

CAPÍTULO I

LEGISLACIÓN PENAL

SECCIÓN A: LAS LEYES PENALES LATINOAMERICANAS Y SUS PRINCIPALES NÚCLEOS PROBLEMÁTICOS CON LOS DERECHOS HUMANOS.

1. *Criterio general.*— Si bien no es factible agotar el análisis de todos los aspectos desde los cuales es posible “pensar en clave de Derechos Humanos” un código penal y las leyes penales especiales, hemos procurado atenernos a algunos criterios básicos para obtener la clave de una lectura crítica. En este orden de ideas hemos procurado detectar los núcleos problemáticos que se manifiestan por exceder niveles tolerables o inevitables de *represividad*, *selectividad* o *estigmatización* o por no alcanzar los mínimamente necesarios de *seguridad* o *humanidad*.

Por “represividad” entendemos la general intensidad de las consecuencias penales; por “selectividad” la medida en que permite o consagra privilegios o invulnerabilidad; por “estigmatización”, el grado de señalización social o jurídica desvalorante y socialmente limitadora que prescribe o permite. En cuanto a la “seguridad”, la referimos básicamente al grado de certeza en los límites de lo punible, en tanto que la “humanidad” la entendemos en el sentido del respeto al hombre como persona y, por ende, como único objeto definitivo de la tutela penal.

Aplicando concretamente los referidos parámetros, obtenemos en la sección “A”, el listado de núcleos problemáticos que, en atención a lo señalado, no puede considerarse exhaustivo.

En la sección “B” intentamos analizar la ideología general de los códigos y los peligros que de ellas pueden derivarse para los Derechos Humanos. A este respecto es bueno señalar

que, si bien no es difícil desentrañar la ideología general de un código, lo cierto es que frecuentemente se combinan elementos ideológicamente incompatibles o de ardua compatibilización, especialmente por efecto de reformas parciales. Mucho más difícil aún se hace establecer la filiación ideológica de toda una legislación penal, pues las leyes penales especiales suelen reconocer tendencias dispares dado que, por regla general, se van acumulando como recuerdos represivos de distintos períodos históricos. Por ende, la tarea que allí llevamos a cabo se halla sometida a esas limitaciones, que a nuestro juicio no la invalidan, puesto que delatan los principales peligros de las ideologías generales.

Ante la imposibilidad de un análisis ideológico completo de todos los códigos, en su momento explicaremos el criterio selectivo ejemplificativo que adoptamos.

2. *Declaraciones de garantías defectuosas o incompletas.*—

Los códigos penales latinoamericanos vigentes suelen contener algunas prescripciones garantizadoras generales, particularmente en cuanto a la legalidad (Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú, Salvador, Venezuela). En general, suelen ser garantías que ya están constitucionalmente consagradas, en cuyo caso su reiteración legal no cumple ningún cometido. En otros casos precisan o amplían el contenido de la garantía constitucional. Desde un punto de vista técnico, frecuentemente se ha criticado esta reiteración declarativa.

En la jurisprudencia y en la doctrina reina cierto grado de desconocimiento de la extensión de las garantías fundamentales en materia penal. Los autores latinoamericanos, en general, reconocen ampliamente el significado trascendente de los principios garantizadores del derecho penal, pero es frecuente observar una carencia de profundidad en la aplicación de los mismos a la tarea dogmática concreta. El acentuado positivismo jurídico ha llevado a un cierto aislamiento entre el enunciado general de los principios garantizadores y su aplicación a los casos concretos.

En general, suelen denunciarse las leyes penales inconstitucionales, cuando su contradicción con el texto constitucional es muy evidente, pero no cuando su contradicción debe

inferirse de una adecuada exégesis del texto. Hay una acentuada resistencia a restringir el alcance punitivo de la letra de la ley penal en virtud de principios consagrados en normas de superior jerarquía (constitución o convenciones internacionales ratificadas). Se mira con particular desconfianza toda interpretación teleológica de la ley penal o constitucional, sin distinguir si lleva a restringir o a ampliar la punibilidad.

Es obvio que tanto las constituciones políticas como las convenciones internacionales contienen enunciados generales, con fórmulas que no pueden precisar tecnicismos penales, puesto que su factura responde a técnicas legislativas no penales. Son la doctrina y la jurisprudencia penales las que debieran completar este "vacío" explicitando el alcance técnico penal de tales textos. Sin embargo, en muchos casos vemos que ese vacío no se completa satisfactoriamente. En algunos casos las constituciones son demasiado parcas, en otros cabe reconocer que median interpretaciones intencionalmente limitativas de las garantías, en otros falta una labor doctrinaria o la jurisprudencia hace caso omiso de la doctrina, lo cierto es que el puente entre los textos constitucionales e internacionales y los textos penales es harto precario.

Cabe consignar que lo que hasta aquí hemos manifestado se refiere exclusivamente a lo que suele llamarse "derecho penal constitucional", es decir, a normas penales incorporadas —o que deben incorporarse— a los textos constitucionales y que es necesario que los textos legales expliciten y perfeccionen. No obstante, esto no agota la compatibilidad de los textos constitucionales con los documentos internacionales de Derechos Humanos y las leyes penales, puesto que los Derechos Humanos no se agotan en los derechos individuales, sino que abarcan también los derechos sociales, reconocidos en casi todas las constituciones latinoamericanas y que señalan un contenido, una cierta jerarquía axiológica, que no se deduce legislativamente en materia penal.

Si bien casi todos los países latinoamericanos han introducido los Derechos Humanos sociales en sus constituciones, los contenidos de sus legislaciones penales no suelen receptor la variable axiológica que les imponen las constituciones. La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, tampoco han calado hondo en esta transformación, pues el tremendo peso de una larga tradición de positivismo legal parece impedir la ela-

boración doctrinaria en este aspecto y amedrentar a la mayoría de los autores latinoamericanos.

Ante las señaladas carencias, creemos recomendable:

1) *Que los textos constitucionales se armonicen con los documentos internacionales de Derechos Humanos, consagrando garantías que no sean menores ni menos explícitas que las establecidas en éstos.*

2) *Que los códigos penales expliciten técnicamente los principios fundamentales para la interpretación y aplicación de la ley penal, al menos en lo que hace a las garantías de legalidad, irretroactividad gravosa, retroactividad benigna, límite jurídico (requerimiento de afectación del bien jurídico), culpabilidad (exclusión de responsabilidad objetiva y requerimiento de reproche jurídico), personalidad o intrascendencia, proporcionalidad o racionalidad y humanidad de las penas y de cualquier otra consecuencia jurídico-penal del delito.*

3) *Que el contenido de la legislación penal recepte la jerarquía axiológica impuesta por la consagración internacional y constitucional de los Derechos Humanos sociales, económicos y culturales.*

4) *Que la teoría penal y la jurisprudencia se esfuercen por elaborar interpretaciones que en la medida en que lo permita la legalidad se armonicen con la jerarquía axiológica señalada.*

3. *Retroactividad de la ley penal más gravosa.*— (Textos afectados: Declaración Universal, art. 11,2; Pacto Internacional, art. 15,1; Convención Americana, art. 9). Es sabido que la distinción entre penas y medidas para imputables es harto discutida por la doctrina penal. En la gama de opiniones al respecto pueden mencionarse: *a)* quienes niegan la distinción (monismo penal) considerando que todas son penas (tesis retributiva) y quienes la niegan sosteniendo que todas son medidas (tesis peligrosista); *b)* quienes sostienen la distinción afirmando que las penas retribuyen la culpabilidad y las medidas neutralizan la peligrosidad (dualismo penal); y *c)* quienes afirman que al derecho penal pertenecen sólo las penas, en tanto que las medidas tienen carácter administrativo (monismo penal con dualismo jurídico).

Cualquiera sea la tesis que se sostenga, desde el punto de vista de los Derechos Humanos nos interesa señalar:

a) Que las medidas implican privaciones de derechos y, muy frecuentemente, de la libertad, análogas a las penas, sin que en su ejecución medien diferencias, incluso normativas, puesto que hay países en los cuales se ejecutan de conformidad con las mismas normas.

b) Que las medidas a que nos referimos, al igual que las penas, se imponen a personas que son culpables.

c) Que en la práctica, las medidas se cumplen en los mismos establecimientos que las penas, y que en los pocos casos en que se diferencian los establecimientos, ello responde a que los sometidos a medidas son destinados a institutos calificados como de "máxima seguridad" o de "castigo".

Estas características jurídicas y fácticas de las "medidas" hacen que desde el punto de vista de los Derechos Humanos no puedan distinguirse de las penas, cualquiera sea la denominación que el tecnicismo penal adopte. Sería absurdo que las garantías constitucionales y los Derechos Humanos perdiesen vigencia respecto de un sector de penas, por el simple hecho de que la ley interna les cambie el nombre por el de "medidas", "tutela", "cuidado" o el que fuere. Una privación de libertad resultante de un delito, impuesta a una persona declarada culpable en una sentencia, ejecutada de la misma manera que una pena y en igual o peor establecimiento, debe estar rodeada de las mismas garantías que las penas, incluso admitiendo que se trate de algo diferente.

Sin embargo, es frecuente que en la ley penal latinoamericana se haya establecido la no vigencia del principio de irretroactividad a su respecto (así, Bolivia, art. 4; Brasil, código (derogado) de 1969, art. 3; Costa Rica, art. 15; Cuba, art. 3; Perú, art. 7).

Es recomendable pues: Suprimir cualquier disposición que permita la retroactividad de la ley penal más gravosa respecto de penas, aun cuando se argumente que las restricciones o cancelaciones de derechos de que se trate lo sean a título de "medida" y en el propio beneficio de la persona afectada.

4. *Irretroactividad de la ley penal más benigna.*— (Textos afectados: Pacto Internacional, art. 15,1; Convención Americana, art. 9). Casi todos los códigos latinoamericanos prevén la retroactividad de las leyes penales más benignas: Argentina, art. 2; Bolivia, art. 4; Brasil (1984), art. 2; Colombia, art. 6;

Costa Rica, arts. 13 y 14; Cuba, art. 3; Ecuador, art. 2; Guatemala, art. 2; Honduras, art. 9; Nicaragua, art. 14; Panamá, arts. 13 y 14; Perú, arts. 7, 8 y 9; Salvador, arts. 13 y 14; Uruguay, art. 15; Venezuela, art. 2; "código tipo", arts. 8 y 9. No contienen disposiciones al respecto los de Chile, Dominicana, Haití, México y Paraguay.

Hay códigos en los cuales se establece expresamente la no retroactividad de las leyes más benignas cuando la ley penal infringida fuese excepcional o temporaria (Brasil, art. 3; Costa Rica, art. 14; Guatemala, art. 3; Salvador, art. 15; "código tipo", art. 10). En los restantes, los códigos no se refieren al tema y se suele sostener que la retroactividad de la ley más benigna es una garantía legal y no constitucional, de modo que puede ser legalmente derogada por una ley temporaria o excepcional (así en la Argentina, por ejemplo). El argumento no es válido en los pocos países en que la retroactividad de la ley penal más benigna tiene jerarquía constitucional (Ecuador, art. 19, fracción 17, *c in fine*; Colombia, art. 26; Venezuela, art. 44).

Esto nos revela el siguiente panorama:

a) países en que la retroactividad benigna tiene jerarquía constitucional expresa;

b) países en que la garantía está sólo establecida en la ley, sin admitir excepciones, pero que podrían establecerse por otras leyes;

c) países en que la garantía se establece en la ley y también en ella se expresa la excepción de las leyes temporarias y excepcionales;

d) países que no reconocen la garantía ni constitucional ni legalmente y en los que sólo puede operar por creación jurisprudencial.

A este cuadro puede agregarse otro supuesto: el de los textos que sólo reconocen limitadamente la garantía. (Así, por ejemplo, el art. 15 del código uruguayo, que niega la retroactividad de la ley más benigna cuando ésta se limita a establecer una pena menor y la pena ya estuviese impuesta por sentencia firme).

Es sabido que doctrinariamente se han sostenido criterios bien dispares al respecto, negándose la garantía (en especial por parte de los "defensistas sociales"), admitiéndola por otros en la medida en que no afectan la cosa juzgada, por

otros en la medida en que la condena se estuviese cumpliendo y, por último, también en cuanto pudiera perdurar cualquier efecto del delito. Igualmente se ha discutido si las leyes temporarias y las extraordinarias son dos categorías diferentes. Estas discusiones parecen tocar a su fin, al menos en buena parte, frente a la consagración internacional de la garantía, sin lugar a excepción alguna.

Sin embargo, los textos internacionales pueden dar lugar a dudas. La Convención Americana sólo se refiere al caso de la "pena más leve". No obstante, no puede considerarse excluido el supuesto de la ley desincriminante, puesto que no es más que un caso extremo o límite máximo de la "pena más leve". Igualmente, tampoco establece limitaciones temporales ni procesales, bastando con que la ley más benigna sea posterior a la comisión y prescribiendo que "el delincuente se beneficiará de ello". Está claro que puede sobrevenir la nueva ley durante el proceso, durante el cumplimiento de la condena o, incluso, después de ella. Resulta esto coherente porque la condena no puede considerarse extinguida mientras no se agoten sus efectos e, incluso, aun agotados sus efectos jurídicos, debe seguir beneficiándose la persona porque puede mediar un interés legítimo, como es el derecho a la honra de la persona, reconocido en el art. 11 de la Convención.

Aunque hoy son discusiones anticuadas, al cobrar carácter prescriptivo internacional la garantía que tratamos y por hacer a la racionalidad misma del sistema penal, no pueden haber dudas acerca de que la aplicación de la nueva ley se informe de pleno derecho y de oficio, sin necesidad de requerimiento de parte. Las discusiones técnico-penales quedarían reducidas únicamente a la individualización de la ley más benigna.

Como la Convención Americana reproduce el texto del Pacto Internacional, cabe considerar válidos a su respecto los mismos argumentos interpretativos.

Conforme a lo expuesto es *recomendable*:

1) *Que los códigos penales establezcan expresamente la garantía de retroactividad obligatoria de la ley penal más benigna.*

2) *Que en las legislaciones que la contienen se eliminen las excepciones o las limitaciones a la misma, si las hubiere.*

3) *Que se consagre que la vigencia de la nueva ley se*

opere de pleno derecho y el trámite que fuere necesario se impulse de oficio.

5. *Leyes penales "en blanco" como delegación de funciones legislativas.*— (Textos afectados: Convención Americana, arts. 9 y 23, a; Declaración Americana, art. 20; Pacto Internacional, arts. 9 y 15; Declaración Universal, arts. 11 y 21). La participación republicana en la sanción de las leyes exige que la ley penal sea efectivamente una ley "formal", sancionada con la intervención del órgano legislativo con representación popular, lo que no sucede cuando el legislador con esa representatividad cede a las autoridades ejecutivas esa función. El principio de legalidad tiene un contenido político garantizador como proveedor de certeza de lo prohibido, pero también en el sentido material de que la prohibición y la punición surgen de la voluntad popular, conforme a la Constitución. Dado que todos los países latinoamericanos establecen el sistema republicano de gobierno, la división de poderes del Estado impone en todos ellos la intervención del parlamento en la sanción de la ley penal.

Las vías por las que suele desvirtuarse esta garantía —y con ella el principio republicano— son varias. Una de ellas puede ser el uso deformado que se haga de las llamadas "leyes penales en blanco", cuando la autoridad a la que constitucionalmente corresponde emitir la norma que completa el tipo, introduce en ella elementos que violan la naturaleza de las cosas. Así, la ley de estupefacientes argentina (20.771) se remite a listas que se confeccionan en la órbita del poder ejecutivo pero el poder ejecutivo ha introducido en la lista de estupefacientes las hojas de coca, sin distinguir su destino o cantidad. La naturaleza de las cosas señala que las hojas de coca que se mastican o "coquean" en el altiplano, no son un estupefaciente, dada la ínfima cantidad de cocaína que contienen y la forma de absorción (vía digestiva), en tanto que el clorhidrato de cocaína —que es el estupefaciente— centuplica su poder, lo que se potencializa aún más al ser ingerido por vía respiratoria, que lo transporta mucho más directamente al sistema nervioso, a través del bulbo olfatorio. Al desconocer este dato fáctico, el poder ejecutivo se vale de una ley que tipifica el tráfico de estupefacientes para punir el tráfico de lo que puede ser usado como materia prima para la elaboración de estu-

pefacientes, incluso en el caso de que la cantidad lo haga totalmente inidóneo para tal fin.

En otro caso, en la lista de "armas de guerra", que también se confecciona por el poder ejecutivo, se introdujo el revólver calibre 38, cuando es obvio que no hay ningún ejército que use arma de ese tipo en la guerra, con lo que una vez más se empleaba una ley penal en blanco para exceder el marco del tipo legal.

La complejidad de las relaciones económicas ha llevado frecuentemente a que en un mismo cuerpo o texto legal se incluyan disposiciones penales y administrativas, en forma que meras reglamentaciones de organismos descentralizados o autárquicos no sólo completen tipos penales, sino que describan las mismas conductas que por esta vía se tipifican. El desorden legislativo que en varios países reina en el ámbito de lo que suele llamarse "derecho penal administrativo" genera estas confusiones normativas que, en última instancia suelen ser aprovechadas por los poderes ejecutivos para extender sus funciones normativas al campo penal.

Lo expuesto hace recomendable:

1) *Que los órganos de control de constitucionalidad y los jueces, mediante la correcta interpretación del derecho, vigilen celosamente las disposiciones de los poderes ejecutivos que completan leyes penales en blanco, para que por esta vía no se introduzcan tipificaciones ajenas a la materia de la ley formal.*

2) *Que en las leyes se distingan nítidamente las disposiciones penales y administrativas.*

3) *Que se excluya de la legislación toda posibilidad de que organismos administrativos puedan establecer normativamente conductas típicas, con cualquier pretexto que fuere.*

6. *Tipificación con límites inciertos.*— (Textos afectados: Declaración Universal, art. 11; Pacto Internacional, art. 15; Convención Americana, art. 9. El problema puede comprometer también en forma directa todos los textos que consagran el derecho a la honra, al buen nombre, a la no arbitrariedad de las detenciones, a la libertad de expresión, etc.). La lectura de los textos legales latinoamericanos nos enfrenta con un enorme número de tipos penales cuyos límites semánticos son difusos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia

penal de nuestros países parecen haber pasado por alto estas características, salvo en los casos en que es demasiado evidente y no en todos —y en los que tales tipificaciones tienen un sentido político incuestionable—. La circunstancia de que nos hayamos acostumbrado a estos textos exige que hagamos un replanteo de la cuestión desde el ángulo de los Derechos Humanos.

Un tipo con límites difusos es una grieta en la seguridad de todos los Derechos Humanos y no sólo en la mera garantía de legalidad. Ésta es una afirmación que suele perderse de vista, lo que determina la relativa indiferencia frente al fenómeno. La detención arbitraria, el arbitrario sometimiento a proceso, la prisión preventiva arbitraria, son medidas que afectan múltiples Derechos Humanos, que en el curso de una vida pueden llegar a tener consecuencias imprevisibles y catastróficas: traumas que pueden ser insuperables, afectaciones irremediables a la honra, y al buen nombre, pérdida de trabajo, descenso en la escala social, pérdida de autoestima, asunción de roles desviados, circunstancias todas que en algunos casos han precipitado la destrucción moral y aun física de los afectados. A todo ello puede dar lugar un tipo con límites difusos, aunque la jurisprudencia, en definitiva reduzca su alcance, lo que no logra evitar las arbitrariedades de las autoridades administrativas o de las instancias judiciales o burocráticas inferiores. La amenaza de estas consecuencias provoca que la población sufra una permanente amenaza al ejercicio de cualquier Derecho Humano, que puede resultar lesionado por una investigación o procesamiento por conductas que no son delictivas, que se da cuando las máximas instancias judiciales toleran o confirman la arbitrariedad.

Estas reflexiones nos obligan a extremar el cuidado en la redacción de los tipos penales y a criticar, como violatorios de Derechos Humanos, todos los que no respondan a pautas ciertas de redacción definitoria.

Es obvio que todo tipo reconoce limitaciones definitorias, porque son propias del lenguaje, lo que hace que siempre se requiera la interpretación jurídica, pero también es claro que no resulta difícil distinguir los supuestos en que la interpretación se enfrenta a dificultades propias de la llamada “resistencia semántica” y aquellas en que se enfrenta con redacción negligente, falta de técnica o malintencionadamente imprecisa.

Si cualquier restricción a los Derechos Humanos en razón del derecho penal debe emerger de un acto legislativo, cuando el acto legislativo es impreciso, ello implica una delegación inadmisibles, que amplía las facultades ejecutivas —pues la autoridad preventiva por regla general depende del ejecutivo— y las judiciales, dado que al judicial le está vedado crear los tipos. Una falta de definición contenida en una ley penal, importa, teóricamente, delegar en el poder judicial la función de definir el tipo, en tanto que, en la práctica, importa su delegación en órganos ejecutivos.

Virtualmente no hay Derecho Humano que no resulta directa o indirectamente violado o puesto en peligro por las fórmulas típicas difusas.

Resulta imposible hacer aquí un listado de los tipos penales de límites imprecisos, pues demandaría una labor dogmática abarcadora de todas las tipificaciones penales. Sin embargo, es factible una clasificación de los géneros de imprecisiones, sin perjuicio de reconocer que el valor de la clasificación es relativo, puesto que en definitiva todas las modalidades tienen por resultado hacer incierta la acción prohibida. En tal sentido, entendemos que es posible adoptar las siguientes:

a) *Ocultación del verbo típico*: Es claro que si el tipo describe una acción, requiere un verbo, pues los verbos son las palabras que gramaticalmente individualizan las acciones. Sin embargo, hay tipos penales sin verbo, como por ejemplo los arts. 274 del código uruguayo o 125 del argentino (“corrompiere”), como algunos otros que tampoco contienen verbo al tipificar la corrupción de menores; las fórmulas tan generales del delito que usualmente se denomina “reducción a servidumbre” o “a esclavitud”.

b) *Empleo de elementos descriptivos sin precisión semántica*: Estas expresiones suelen emplearse en leyes de contenido político, tales como el art. 1, ap. a de la ley de seguridad del estado chilena (conforme al texto del 26 de agosto de 1975): “Los que de hecho ofendieron seriamente el sentimiento patrio o el de independencia política de la Nación”; o “los que en los centros o lugares públicos... alteraren el pacífico desarrollo de las actividades sociales” (art. 4 del derogado estatuto de seguridad colombiano, del 6 de setiembre de 1978); etc. No obstante, aparecen en muchos otros tipos penales, en que se tutelan bienes jurídicos enteramente dispares:

por ejemplo, el art. 361, inc. 1, del código uruguayo (“proferir palabras o ejecutar ademanes contrarios a la decencia pública”); el art. 525 del código ecuatoriano (“el que recibiere en su casa mujeres para que allí abusen de su cuerpo”); etc.

c) *Empleo de elementos normativos equívocos*: Si bien no es exacto que las referencias normativas resten certeza a los tipos, pues no acontece esto cuando se trata de remisiones a elementos conceptuales normativos jurídicos bien delineados, son frecuentes los empleos de remisiones a pautas éticas o normativas extra-jurídicas que disminuyen considerablemente el grado de certeza típica. Tal es, por ejemplo, el concepto de “mujer honesta” en el estupro o seducción (Argentina, art. 120; Brasil, art. 215; etc.).

d) *Empleo de elementos subjetivos equívocos*: Las referencias a elementos subjetivos en la forma de particulares direcciones de la intención o elementos de ánimo, sin suficiente claridad, tales como “fin” o “ánimo subversivo”, suman mayores componentes de incertidumbre a los límites típicos.

e) *Tipificaciones abiertas y ejemplificativas*: Los tipos “abiertos” son una modalidad ineludible en los tipos culposos, pero no en otros casos, alcanzando límites muy peligrosos cuando se trata de delitos dolosos de peligro, como en los códigos que tipifican la conducción temeraria o imperita de vehículo (art. 157, inc. 2, del código guatemalteco, por ejemplo), cuyo contenido es prácticamente indefinible. Otra forma de imprecisión típica la constituyen también las tipificaciones enunciativas o ejemplificativas, que ensayan la descripción de una serie de supuestos y apelan luego a la analogía con los mismos, lo que demanda una labor de interpretación que da lugar a opiniones jurisprudenciales contradictorias. En esta forma suele definirse la estafa en varios códigos, lo cual en la práctica lleva a que la mentira y el ardid se identifiquen por vía jurisprudencial, extendiendo insólitamente el ámbito de lo punible.

La constatación de la gravedad y difusión de estos fenómenos hace *recomendable*:

1) *Extremar los recaudos técnicos para emplear el lenguaje más depurado y preciso en la elaboración de los tipos.*

2) *Procurar la mayor precisión en el empleo del verbo típico, evitar las fórmulas típicas que oculten el verbo o no lo expresen con claridad, las referencias descriptivas semántica-*

mente equívocas, los elementos normativos éticos o jurídicos no bien delimitados y los elementos subjetivos inciertos, reducir al mínimo las tipificaciones abiertas y eliminar o reducir las enunciativas o ejemplificativas.

3) Propugnar que la doctrina y la jurisprudencia se erijan en guardianes de la legalidad, forzando al legislador a adaptarse a pautas de certeza semántica, so pena de que sus tipos sean declarados inconstitucionales y que, cuando sus límites sean inciertos, se los interprete invariablemente conforme al mínimo de punibilidad que la resistencia semántica permita.

7. *Lesión a la legalidad en las omisiones.*— (Textos comprometidos: los mismos del número anterior). Algunos códigos latinoamericanos no contienen ninguna referencia a la omisión, en tanto que otros simplemente la mencionan (Colombia, art. 19; Honduras, art. 13; Chile, art. 1; Guatemala, art. 18; México, art. 7; Salvador, art. 35; Uruguay, art. 1). Otros, aproximándose al modelo italiano, expresamente consagran una fórmula que dispone la punición cuando media el deber jurídico de actuar para impedir el resultado (Ecuador, art. 12; Panamá, art. 17). El código de Brasil (1984) establece la fórmula completa de la teoría de la omisión precisando la posición de garante y sus fuentes en forma análoga a los modelos germanos (art. 13, 2º).

En rigor, ninguna de estas soluciones satisface suficientemente los requisitos de la legalidad en los casos en que el tipo omisivo no está escrito en la ley. Puede sostenerse que la legalidad en el supuesto de los tipos omisivos “no escritos” (es decir lo que usualmente se ha llamado “comisión por omisión” y por otros “impropios delitos de omisión no escritos”, según el criterio que sobre la naturaleza de la omisión se adopte) se satisface mucho más con la fórmula germana del reciente código del Brasil, porque la construcción teórica que actualmente domina en la doctrina latinoamericana tiene un mayor asidero legal en ella. Sin embargo, tampoco en este caso nos encontramos con una respuesta legal satisfactoria. La segunda hipótesis de la fuente de la posición de garante del código brasileño indica que se halla en esa posición quien, de otra forma que no fuese por imperio de la ley, asumió el deber de impedir el resultado. Es sumamente difícil determinar en qué casos se llega por esta vía a la posición de garante.

La jurisprudencia de algunos países registra casos realmente lamentables de empleo de la teoría de la omisión en delitos tales como ultraje a los símbolos nacionales o desacato. La participación omisiva en un delito activo, por omisión de denuncia, abre la posibilidad de una inusitada punición de consecuencias inimaginables, según el manejo que la jurisprudencia quiera hacer del tema.

Fuera de los casos más aberrantes, la utilización racional de la teoría del tipo omisivo no escrito tiene lugar, por lo general, en el ámbito de los delitos contra la vida y la integridad física y en algunos delitos contra la propiedad y la administración pública. Ateniéndonos a esta circunstancia no resulta tan descabellado pensar en la posibilidad de dar un texto escrito a los tipos omisivos no escritos que se quiere criminalizar. Si bien es posible que resulten lagunas de punibilidad que la práctica vaya revelando, sería en definitiva el legislador quien, conforme a esa experiencia, vaya colmándolas. De cualquier manera, ante el evidente riesgo de que naufrague el principio de legalidad frente a un afán de completividad punitiva no muy explicable, creemos que es prudente *recomendar*:

1) *Que se trate de elaborar los tipos escritos de las omisiones que hasta hoy no están escritas, conforme a un criterio de racional necesidad político-criminal alimentado por la práctica jurisprudencial.*

2) *Que se interprete siempre restrictivamente el alcance de las fuentes de la posición de garante consignadas en la ley, a fin de evitar aplicaciones aberrantes de la teoría de la omisión.*

3) *Que al menos, de momento, se exprese en las leyes que la construcción omisiva no se admite para ciertos delitos.*

8. *Presunciones de dolo.*— (Textos afectados: Pacto Internacional, art. 14,2; Convención Americana, art. 8,2). Las presunciones de dolo que son frecuentes en los códigos latinoamericanos (Nicaragua, art. 3; Paraguay, art. 16; Uruguay, art. 21; Ecuador, art. 33), tienen el efecto de poner en crisis los principios de inocencia y de culpabilidad mediante la mera comprobación de un proceso causal.

Puede argumentarse que este dispositivo es útil para los supuestos en que el autor pretende eludir su responsabilidad alegando que no quiso producir el resultado contra toda la ló-

gica del curso material de cualquier acontecimiento. Tal fue el fundamento esgrimido en múltiples ocasiones en el siglo pasado para justificarlo. Se añadía que, dado que el dolo es un dato que hace al fuero interno del sujeto, si se exigiese su prueba procesal, resultaría improbable llegar a un veredicto de responsabilidad.

En rigor, estos argumentos han perdido hoy todo valor procesal. El sistema de pruebas legales ha ido cediendo terreno en favor del sistema de la sana crítica y, dentro de éste, una de sus reglas impone que, cuando una persona realiza una conducta que conforme a la experiencia corriente produce cierto resultado, quepa entender que ha querido la producción del resultado, salvo que por otras circunstancias se genere una duda razonable acerca del contenido de la voluntad. Se trata de una simple regla lógica de valoración de la prueba, que no requiere ninguna fórmula legal expresa y menos aún en el contexto del código penal, pues es eminentemente procesal.

En la medida en que la fórmula de "presunción de dolo" de los códigos penales que la contienen sea interpretada como la consagración expresa y sobreabundante de una regla de sana crítica, no habría problema alguno. En este sentido parece inclinarse la doctrina de los países que la consagran.

Sin embargo, la presencia de esta regla en la ley penal, da pie a que se le atribuya un alcance que exceda en mucho el señalado y, como consecuencia de ello, que entren en crisis los principios de culpabilidad en el derecho penal de fondo y de inocencia en el derecho procesal penal. Esto tiene lugar cuando se entiende, como señalamos al principio, que todo curso causal se presume intencional, salvo que se pruebe otra cosa. Semejante presunción importa una extensión absurda, pues *la sana crítica sólo lleva a entender como dolosa la causación cuando otro entendimiento de la misma resultaría violatorio de la sana crítica, pero no en cualquier caso, como lo pretendería este aberrante entendimiento de la presunción de dolo.*

Cuando se cae en esa inusitada extensión de la regla, se afectan varios Derechos Humanos. Por un lado, se lesiona el *derecho de defensa*, puesto que así como no es posible probar acabadamente un hecho interno como la voluntad realizadora del resultado, tampoco es posible probar acabadamente lo

contrario. El estado crearía de este modo una "prueba" artificial en su favor, que estaría dada por la presunción de dolo frente a cualquier causación, por extraña que pueda parecer. Cabe imaginar las consecuencias negativas de esta limitación en el curso del proceso, es decir, en cuanto al innecesario sometimiento al mismo en muchos casos, en cuanto al procesamiento como doloso por hechos realmente culposos, en cuanto a los efectos que esto puede tener sobre la prisión preventiva, etc. En cuanto al *principio de inocencia*, no hay razón alguna que permita considerar como contenido de la voluntad cualquier resultado de un curso causal protagonizado por una persona, sino que tanto los aspectos objetivos como subjetivos del fenómeno deben ser materia de prueba conforme a la sana crítica, que no pasa de ser una técnica elaborada sistemáticamente sobre las reglas metodológicas de reconstrucción histórica. En cuanto al *principio de culpabilidad*, la regla puede llevarse a extremos tales que, ante la impotencia probatoria del sujeto, resulten imputados como dolosos resultados que ni siquiera puedan ser considerados culposos.

Es necesario aclarar que frecuentemente las presunciones de dolo aparecen en la parte especial, referidas a delitos en particular. De allí que, las consideraciones que formulamos, deban entenderse no sólo como abarcando las hipótesis de fórmulas generales de presunción de dolo, sino también los supuestos en que estas fórmulas aparecen limitadas a algunos delitos.

En síntesis: cuando la correcta doctrina se enfrenta con estas fórmulas, las mismas deben ser consideradas sobreabundantes, pues basta la prescripción procesal de la sana crítica. Cuando se le da a las mismas un alcance diferente, se lesionan los principios de inocencia y de culpabilidad.

Ante ello se impone *recomendar*:

1) *Que de lege lata se reduzca la interpretación de las fórmulas legales que consagran la llamada "presunción de dolo" a meras repeticiones innecesarias de una regla de sana crítica en la valoración de la prueba.*

2) *Que de lege ferenda se propugne la derogación de tales fórmulas legales, en razón de que las mismas, por equívocas e innecesarias, dan lugar a interpretaciones aberrantes, que lesionan los principios de inocencia y de culpabilidad.*

9. *Afectaciones del "nullum crimen sine actio"*.— (Textos lesionados: art. 11,2 de la Convención Universal; art. 15,1 del Pacto Internacional; art. 9 de la Convención Americana; todos los textos que consagran la libertad de pensamiento y de expresión). Es elemental que todo delito es una conducta humana. Sin embargo, y pese a que en Latinoamérica las leyes han desechado las formulaciones perimidas que en siglos pasados erigían en delito eventos diferentes de la conducta humana, no deja de haber en las leyes previsiones típicas que parecen lesionar este fundamental principio. Existen varias maneras de lesionarlo, y creemos que las principales son las tipificaciones de "tenencias" (tipos o delitos de "tenencia"); las tipificaciones de raros delitos que hacen referencia a otros hechos distintos de la tenencia, como la "dormición" de centinela; y los tipos de expresión de ideas, que si bien se traducen en una conducta, la intención legislativa va claramente dirigida a reprimir un pensamiento o idea subyacente. Las tres categorías presentan dificultades, pues han sido entendidas desde distintos puntos de vista doctrinarios, lo que exige un somero análisis particularizado.

a) *Delitos de pura o mera "tenencia"*: Tenencias de estupefacientes, armas, elementos destinados a la falsificación, llaves, ganzúas, etc., se hallan tipificadas en casi todas las legislaciones penales de Latinoamérica. Aunque se han emitido opiniones encontradas, lo cierto es que la tenencia, en sí misma, es un hecho, pero no una acción o conducta necesariamente, como podrá ser *adquirir la tenencia* u *omitir hacer cesar la tenencia*. Será discutible la naturaleza de la tenencia en el derecho civil, pero es muy difícil sostener en derecho penal que sea una conducta. Incluso en el caso de admitirse como conducta o acción, resultará aún mucho más arduo explicar en qué consiste concretamente, sin apelar a los momentos de la adquisición de la tenencia o de la omisión de hacerla cesar.

Como por una u otra vía se desemboca en estos momentos, se producen varias dudas: ¿un tipo que se refiere a la "tenencia" debe ser declarado inconstitucional? ¿En caso contrario, habrá que atenerse al momento de la adquisición y al de la omisión que la hace continuar? No creemos que todo tipo que apele a la "tenencia" sea inconstitucional, sino que más bien parece ser un tipo que oculta el verbo, fenómeno

que ya hemos referido. Siendo así, creemos que se impone la misma solución que para todo tipo que oculta el verbo: la doctrina y la jurisprudencia deben salir en defensa de la legalidad, apelando a la interpretación más restrictiva de la punibilidad, que en este caso será la adquisición de la tenencia, puesto que, de otro modo se estaría convirtiendo todo delito de tenencia en un tipo omisivo, colocando automáticamente en posición de garante a cualquier tenedor que hasta ese momento había realizado sólo acciones lícitas. (El legislador podría hacerlo, claro está, pero en tal caso debe construir el tipo claramente de esta manera y así se mostrarán sin tapujos sus intenciones, que serán más fácilmente juzgables desde el punto de vista de su racionalidad).

b) *Tipos carentes de acción propiamente dicha*: El más común de estos tipos es la llamada "dormición de centinela" de los códigos militares. Resulta obvio que el sueño no es una acción, como también que el grado de fatiga puede ser tan extremo que resulte imposible contener el sueño, o sea que, desde ambos puntos de vista nos hallaríamos con supuestos en que no puede hablarse de acciones, pues no media control de la voluntad, sino meros hechos biológicos. Lo único que puede ser típico en este caso, sería la omisión de agotar todos los recursos disponibles para evitar el sueño o la omisión de advertir al personal más próximo la inminencia del mismo o tomar los recaudos que permitan neutralizar al máximo los peligros del advenimiento incontenible del sueño. En cualquier caso se trataría de delitos omisivos ante la inminencia de un hecho biológico, pero en modo alguno sería admisible que se entendiese como típico el hecho biológico en sí mismo.

c) *Delitos de manifestación de ideas*: Es éste el aspecto más complejo, pues en estos delitos hay una acción, que es la de expresar una idea. El problema es que desde el punto de vista de los Derechos Humanos se impone reducir las consideraciones técnico-jurídicas penales e individualizarlos como tipos que violan el requerimiento de una acción, porque la intención legislativa no es alcanzar una acción que afecta un bien jurídico sino reprimir una idea.

El hipócrita argumento de que "no se reprime la idea sino su expresión" es válido en el plano técnico, pero no a la luz de los Derechos Humanos. En definitiva la acción no constituye una tipicidad, sino el "síntoma" de una ideología, de un

pensamiento, lo que lleva a minimizar su importancia o a reducirla a una mera condición de la punibilidad, siempre que el sujeto sea portador de la ideología que se quiere alcanzar con ese género de criminalizaciones.

Como ejemplos aberrantes de tales delitos de expresión pueden mencionarse el art. 51, c, de la derogada ley orgánica de partidos políticos del Uruguay, del 7 de junio de 1982 (“Será castigado como pena de tres a seis meses de prisión, el que en cualquier clase de propaganda política: c) Aludiere o mencionare a personas que tengan el ejercicio de la ciudadanía o los derechos políticos suspendidos, o que se encontraren requeridas por la justicia”); el art. 3 del decreto-ley 77 de Chile, del 13 de octubre de 1973 (“Prohíbese toda acción de propaganda, de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, de la doctrina marxista o de otra sustancialmente concordante con sus principios y objetivos”); el decreto-ley argentino del gobierno de facto de 1955 que prohibía el empleo de cualquier palabra o sigla que se identificase con el partido justicialista; etc.

En estos géneros de violaciones directos o indirectos al *nullum crimen sine conducta* puede observarse que, en muchos casos, se trata de meros recursos para violar otros Derechos Humanos, como es la libertad de pensamiento, pero también la igualdad ante la ley. Este segundo orden de violaciones se comete cuando se pena por tenencia de ganzúas a quien registra antecedentes por delitos contra la propiedad, por ejemplo.

Algo análogo pasa cuando con la tenencia se pretende detectar “personalidades” como en el caso de penar la tenencia de cualquier droga, cualquiera sea la calidad, cantidad y destino, lo que permite un amplio criterio selectivo para el poder policial ejecutivo. Por lo general, pues, no se trata de disposiciones que violan únicamente el *nullum crimen sine actio*, sino que esta violación suele ser el medio para cometer otras.

Ante este panorama, creemos *recomendable*:

1) De lege lata, *reducir por vía de interpretación restrictiva estrictísima el ámbito de punibilidad de los delitos de tenencia a la acción de adquirir la tenencia, y en los delitos referidos a otros hechos, a la conducta más limitativa de la punibilidad, siempre que no sea preferible considerarlos directamente inconstitucionales.*

2) *Postular la inadmisibilidad republicana de cualquier delito de expresión, cuando resulte claro que la acción se describe únicamente como pretexto para la punición de una idea o pensamiento.*

3) *De lege ferenda, eliminar cualquier tipo en que se viole el nullum crimen sine actio.*

10. *Delitos que no afectan bienes jurídicos, abuso de tipos de peligro abstracto y los llamados "delitos de desobediencia".*— (Textos afectados: Declaración Universal, arts. 1 y 6; Declaración Americana, art. 1; Pacto Internacional, art. 9, 1; Convención Americana, arts. 1, 2 y 3). Es condición derivada del reconocimiento de la calidad de persona a todo hombre, el libre ejercicio de sus derechos en la medida en que no perjudiquen los derechos ajenos. De allí se deduce un necesario límite a la injerencia del Estado y, por ende, un campo que pertenece a la moral, a la convicción íntima, a la fe y, en definitiva, a la conciencia individual, y en el cual un Estado respetuoso de los Derechos Humanos no puede entrometerse. Algunas constituciones latinoamericanas consagran expresamente este límite (Argentina, art. 19; Paraguay, art. 49; Costarricense, etc.), aunque la falta de una disposición expresa no implica en modo alguno su desconocimiento, desde que es inherente a la esencia del Estado republicano.

Este límite general impone el rechazo de cualquier pretensión de tipificar acciones que no afecten, por lesión o por peligro, bienes jurídicos. Esta pretensión compromete en cualquier caso la persona humana, porque invade su ámbito de acción reservado a la conciencia. Si bien, como se verá en el curso de esta investigación, son muchos los caminos que fácticamente se siguen para invadir este ámbito, resulta particularmente intolerable que lo viole la propia ley en su texto.

Creemos que hay tres formas principales de incurrir en esta violación de Derechos Humanos.

a) *Tipificación de conductas que no afectan bienes jurídicos:* Hay varias tipificaciones en las distintas legislaciones penales en las cuales el bien jurídico tutelado no existe o es muy dudoso. Es imposible hacer un análisis detenido de cada uno de los casos, por lo cual nos limitaremos a los principales.

El caso más extendido es la tipificación de la mera tenencia de una droga incluida en la nómina de las "prohibidas",

sea o no estupefaciente. En realidad, lo que se procura con esto es facilitar la represión del tráfico de esas drogas, para lo cual se elige el camino de penar cualquier tenencia, puesto que quien trafica por lo general tiene, pero la inversa no es exacta, puesto que no todo el que tiene trafica.

Se argumenta también que cualquier consumidor es un "traficante en potencia", lo cual resulta inexacto especialmente en los casos de drogas que no generan dependencia rígida y, en general, importa una presunción *juris et de jure* de "tipo de autor", lo cual viola la legalidad y la igualdad ante la ley, entre otros derechos, sin contar con que no todo tenedor es consumidor y con que el consumo forma parte del derecho de disposición sobre la propia persona, que no puede ser afectado, pues se trata de un bien jurídico del propio consumidor. En definitiva, es inadmisibles que, para penar las conductas que afectan bienes jurídicos —el tráfico y similares— se criminalice un ámbito mucho más extenso, abarcando una inmensa mayoría de acciones sin bienes jurídicos afectados. Esto implica una *mediatización de las personas*, es decir, la utilización de la gran mayoría de los gratuitamente criminalizados como medio para la criminalización de los restantes, lo que afecta la dignidad de la persona humana en forma incalificable, sin contar con el inadmisibles campo de arbitrariedad que abre.

La mayoría de los códigos latinoamericanos tipifica el incesto (código de 1969, derogado, de Brasil, art. 258; Cuba, art. 360; Chile, 364; Guatemala, 236; México, 272; Nicaragua, 210; Uruguay, 276, Venezuela, 381), una minoría tipifica la sodomía o en forma indirecta la homosexualidad (Chile, art. 365; Nicaragua, art. 205; Cuba, art. 359, a; Ecuador, art. 516), en tanto que en muy pocos permanece como resabio el bestialismo (Ecuador, art. 517). En todos estos casos la afectación de un bien jurídico es altamente discutible. Es obvio que en estos supuestos la ley penal tutela pautas éticas, normas morales, pero no bienes jurídicos. El argumento de que una norma moral también puede ser un bien jurídico lesiona el principio republicano, al confundir la moral con el derecho, y agrede a la persona humana pues no se limita a preservar un ámbito moral, sino que le impone una moral determinada, lo que es propio de un derecho "trascendente", es decir, de una estructura de control social que no tiene por objeto la persona humana sino un fin metahumano.

b) *Tipos de mera desobediencia*: Es sobradamente sabido que las teorías que, en situaciones de totalitarismo o de autoritarismo, negaron la concepción misma del bien jurídico, reducían el tipo a mera desobediencia de la norma, es decir, que pretendían que la punición se derivaba de una violación al deber, lisa y llanamente. Esto implica que el único bien jurídico tutelado, en definitiva, es la autoridad y la voluntad del Estado, sin analizar el contenido teleológico de la misma —que se revela a través del bien jurídico— y menos aún la racionalidad de su relación de medio a fin (racionalidad republicana de la tipificación).

Pese a esto, en casi todos nuestros códigos penales hay tipos en los que el único bien jurídico parece ser la autoridad del Estado o la voluntad de sus autoridades. El caso más claro es el llamado delito de desobediencia a la autoridad (Guatemala, 414; Nicaragua, 347; Brasil 330; Ecuador, 234; México, 178; Perú, 322; Salvador, 455; Argentina, 239; Paraguay, 160; Bolivia, 160; Costa Rica, 305; Cuba, 159; Honduras, 346; Uruguay, 173).

Es obvio que las autoridades estatales pueden y deben impartir órdenes dentro de sus respectivas atribuciones. También es claro que el incumplimiento de estas órdenes debe tener una sanción, que será administrativa, fiscal, civil, etc., pero es inadmisibles que tal incumplimiento pase a ser delito en cualquier caso, pues el bien jurídico desaparece o bien pasa a ser la sola autoridad del Estado un bien jurídico, cuando en realidad esta autoridad es únicamente la encargada de la tutela de los bienes jurídicos y es esa tutela lo único que legitima su título. Es posible, sin duda, tipificar la desobediencia cuando ésta se traduce en una lesión o puesta en peligro a un bien jurídico de cierta entidad, como puede ser la violación de un “cordón sanitario”, por ejemplo, pero es inadmisibles elevar a delito cualquier injusto administrativo de desobediencia, a riesgo de consagrar una tipicidad que sólo afecta la autoridad del Estado en sí misma.

c) *Delitos de “peligro abstracto”*: Por último, si bien es cierto que el bien jurídico puede afectarse por peligro, el equívoco concepto de “peligro abstracto” ha generado serios riesgos de criminalización de conductas que no afectan bienes jurídicos. Doctrinariamente el “peligro abstracto” es un concepto hartamente discutido, por lo cual no proporcionaremos una

definición, lo que desde el ángulo de los Derechos Humanos no es necesario. Lo que aquí interesa son las consecuencias lesivas de Derechos Humanos que por lo general suelen extraerse del concepto, sin perjuicio de admitir la posibilidad de que una limitación o manejo más cuidadoso del mismo puedan evitarlos.

Lo que en definitiva resulta lesivo de Derechos Humanos, cubierto o no con esta denominación es, en primer término, la pretensión de que hay conductas que se presume legalmente, sin admitir prueba en contrario, que hacen peligrar bienes jurídicos. Esta presunción *juris et de jure* provoca que, en el caso concreto en que no haya habido peligro, como no se admite la prueba de esa circunstancia, se criminalice una acción que no afecta el bien jurídico.

Es posible sostener que el peligro abstracto es un “peligro de peligro” o bien, bajo otra denominación, admitir que el “peligro de peligro” es una afectación al bien jurídico. Es bastante difícil establecer en muchos casos concretos si hubo o no peligro, lo cual ha provocado interminables discusiones doctrinarias. Si a esta enojosa cuestión le sumamos un “peligro de peligro”, nos encontraremos en un terreno tan extremadamente opinable que, prácticamente, toda certeza jurídica habrá naufragado. En el caso de admitirse la tentativa en estos delitos, nos hallaríamos en un franco ámbito de arbitrariedad total y desembozada, pues habría que recurrir —como la doctrina lo ha señalado— a un “peligro de peligro de peligro”. Excúsesenos imaginar la hipótesis en que pudiese mediar una tipificación independiente de un acto preparatorio. Esto revela que la tipificación de peligros más o menos remotos lleva, inevitablemente, a la criminalización de acciones en las cuales la afectación del bien jurídico se torna cada vez más dudosa, en razón directa de la lejanía del peligro.

También puede sostenerse que el “peligro abstracto” —u otro fenómeno— determina que en algunos tipos se invierta la carga de la prueba de la afectación del bien jurídico en razón de una presunción *juris tantum*. Aun admitiendo que esto no fuese por sí mismo violatorio de Derechos Humanos, cabe observar que una proliferación de tipos de esta naturaleza en un ordenamiento penal, resulta claramente violatorio de tales Derechos, pues implica una afectación del derecho de defensa, dado que implica una limitación del principio de inocencia

bastante difícil de neutralizar. Incluso en los casos particulares, la circunstancia que obliga a la persona indiciada a una prueba negativa, no siempre sencilla e invariablemente valorable con criterios demasiado subjetivos, merece un atento análisis de cada supuesto a efectos de esclarecer en qué grado afecta el derecho de defensa en juicio.

Como resultado de lo expuesto, creemos recomendable:

1) *Propugnar la inconstitucionalidad de todos los tipos en que no aparezca un bien jurídico tutelado, por vía doctrinaria y jurisprudencial.*

2) *Eliminar tales tipos por vía legislativa.*

3) *Interpretar todo tipo penal partiendo del entendimiento de que el legislador tutela con ello un bien jurídico y, de este modo, limitar su alcance prohibitivo a esta tutela, salvo el caso en que el bien jurídico directamente no exista.*

4) *Rechazar tanto doctrinaria, jurisprudencial como legislativamente la pretensión de que meras pautas morales o la sola autoridad del Estado puedan erigirse en bienes jurídicos.*

5) *Rechazar toda posibilidad de presunción juris et de jure o de ficción jurídica de afectación de bienes jurídicos.*

6) *Rechazar las tipificaciones en que la afectación al bien jurídico se plantea por vía de un peligro remoto o en que el juzgamiento del mismo dependa de una valoración sumamente subjetiva o arbitraria.*

7) *Limitar y en cada caso analizar cuidadosamente las presunciones juris tantum de afectación de bienes jurídicos por peligro.*

11. *Censura penal de espectáculos y de manifestaciones artísticas e ideológicas.*— (Textos afectados: art. 13 de la Convención Americana). Entre la problemática de los delitos sin bien jurídico y la de los delitos de mera expresión, se encuentran las interpretaciones de los diferentes delitos de exhibiciones obscenas y análogas que se hacen en algunos de nuestros países y que afectan directamente la prohibición de censura previa de los espectáculos públicos. La general prohibición de censura a los espectáculos públicos que establece la Convención Americana reconoce excepciones que se enumeran en las fracciones 2 y 4 de su art. 13. Las excepciones que hacen a la problemática interpretativa de los delitos que nos ocupan y a su correcta interpretación, son la referida al control de acceso

para niños y adolescentes —que es suficientemente clara y no ofrece dudas— y la de protección a la seguridad nacional, al orden, salud y moral públicas, que es donde pueden presentarse las mayores dificultades.

Puede argumentarse que la prohibición del art. 13 de la Convención no se refiere al control penal sino exclusivamente al administrativo, puesto que se trata de una censura “previa” y el control penal, lógicamente, no puede ser “previo”. Este argumento sería falaz, porque la amenaza penal constituye una auto-censura heterónomamente impuesta, como es sabido. Además, la censura penal es más grave que la administrativa y sería absurdo que se prohibiese la menos grave y se autorizase la de mayor entidad. La buena fe —que es norma para la interpretación de los tratados— impide un entendimiento exegético del texto en esos términos.

En cuanto a las excepciones cuya interpretación puede acarrear dificultades, es obvio que ninguna de ellas está encaminada a crear obstáculos a la dinámica cultural ni a la creación artística. Aunque alguna vez se hayan usado argumentos relativos al orden público, a la salud pública y hasta a la seguridad nacional, para considerar típicos espectáculos públicos, el más recurrido y problemático es el de la “moral pública”.

Por “moral pública” puede entenderse la “moral” sexual que quiere imponer el grupo dominante, o las pautas morales que son compartidas por un sector extendido o generalizado de la población, en todos los casos referida a la moral sexual, pues poca o ninguna importancia se le otorgan a las otras pautas y no se obstaculizan espectáculos que directamente muestran como única heroicidad la violencia o la guerra. Sin embargo el verdadero sentido de “moral pública” es un conjunto de sentimientos —entre los cuales está el de pudor o reserva— que no deben lesionarse con espectáculos que puedan ser percibidos en forma involuntaria. Este último es el verdadero sentido de la excepción: que a nadie pueda serle impuesto un espectáculo que pueda lesionar su sentimiento de pudor o de reserva.

Este concepto se desvirtúa cuando el derecho penal pretende instrumentarse para prohibir espectáculos de acceso restringido y cuando son adecuadamente publicitados, supuesto en que nadie puede aducir que se le ha ofendido su sentimiento de pudor o reserva, pues ha concurrido voluntariamente al

mismo. Por ende no puede haber afectación a un bien jurídico tutelado y el único propósito de tal instrumentación sería la imposición de pautas morales, lo que implica una grosera confusión de moral y derecho y—como ya vimos— un desconocimiento a la dignidad de persona del hombre.

Lamentablemente, la descuidada redacción de la mayoría de los textos de los códigos latinoamericanos en este aspecto (código argentino, art. 109; boliviano, art. 324; brasileño, art. 234; cubano, art. 359; etc.) da lugar a una jurisprudencia paternalista, frecuentemente utilizada para coartar la creatividad artística, pero, en cualquier caso, lesiva del derecho de expresión y de la autonomía ética de la persona.

En atención a lo expuesto, creemos *recomendable*:

1) *Cuidar la redacción de los textos legales en materia de exhibiciones obscenas y análogos, en forma que no queden dudas de que su único objeto es tutelar el sentimiento de pudor o reserva frente a la percepción involuntaria de espectáculos que lo afecten groseramente.*

2) *Proscribir cualquier forma de control de espectáculos destinados a adultos.*

3) *Vigilar y denunciar cualquier acción del sistema penal que intente manipular la interpretación de esos textos para imponer paternalmente pautas morales.*

4) *Insistir doctrinariamente en una clara definición del bien jurídico en estos delitos y del peligro que para la libre expresión, la creatividad artística y la dinámica cultural implica su distorsión.*

12. *Posibles afectaciones de la libertad sexual y de la privacidad.*— (Textos comprometidos: Declaración Universal, arts. 3, 6 y 7; Pacto Internacional, arts. 16 y 17; Convención Americana, arts. 3 y 7). Siempre que se ha tratado de controlar y someter a personas de un cierto grupo humano, se las ha señalado como inferiores en base a una “disminución” física o psíquica o cultural, reversible o irreversible. Lo cierto es que las ideologías de la “inferioridad” han dado como resultado los peores desconocimientos de la dignidad humana a título de “tutela”, “cuidado”, paternalismo, protección, etc. Este hecho histórico indiscutible, sobre el que volveremos en el curso de nuestra exposición, debe alertar para cualquier va-

loración de los Derechos Humanos en un sistema penal o en el control social en general.

Pese a que esto es suficientemente sabido, el hábito de las ideologías de la tutela es tan grande que frecuentemente no nos permite discernir el sentimiento de algunas tipificaciones tradicionalmente consagradas o de ciertas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales de algunos tipos.

Con el objeto de tutelar la libertad sexual, las leyes sancionan el acceso carnal con una persona que no está en condiciones de ejercer esa libertad. En este sentido suele decirse que el acceso carnal con persona enferma mentalmente es violación. El principio parece coherente, en la medida en que se haga una juiciosa ponderación del mismo, porque de lo contrario implica una terrible lesión a la libertad sexual y a la dignidad humana. Si por persona enferma se entiende una perturbación más o menos permanente, análoga a la que en el caso de un sujeto activo determinaría la inimputabilidad, es incuestionable que las leyes penales estarían consagrando legalmente la esterilización eugenésica del nacionalsocialismo, condenando a cualquier persona con oligofrenia media a no tener relaciones sexuales, por la vía de conminar penalmente en forma gravísima a quien las mantuviese con ella. Si a esto le agregamos que parece haberse practicado —y sin duda sugerido— esterilizaciones de mujeres oligofrénicas, el cuadro alcanza una tétrica similitud con el antecedente señalado. Lamentablemente, una parte de la ideología médica latinoamericana lo confirma. *La victimización es aquí, sin duda, la forma de violar Derechos Humanos*, y, tratándose de una forma poco frecuente o anómala de hacerlo, es tan insidiosa que suele ser pasada por alto por la doctrina, incluso por los autores más liberales y garantizadores.

La costumbre de no pensar los tipos desde el punto de vista de los Derechos Humanos de las víctimas ha hecho pasar por alto que los enfermos mentales no están privados del derecho a la satisfacción de su vida sexual, no pudiendo el derecho penal, so pretexto de tutelar sus derechos, convertirse en un instrumento de marginación social. En este sentido, entendemos que los tipos penales de violación impropia o de abuso sexual de incapaz deben limitarse a los casos en que el padecimiento impide el reconocimiento de la naturaleza del ac-

to o de la identidad de la pareja, pero no a cualquier acto sexual realizado voluntariamente por una persona enferma o disminuída.

Otro caso análogo al señalado lo presenta en algunos textos el tipo de corrupción de menores. En la mayoría de los códigos está correctamente formulado en cuanto al límite de edad, pero dicho límite varía enormemente, desde los catorce años (Colombia, 305), pasando por los diez y seis (Costa Rica, 167), diez y siete (Bolivia, 318), diez y ocho (Brasil, 218); (Uruguay, 274), hasta llegar a los veintiuno o veintidós (Argentina, 125). Es obvio que cuando el texto legal alcanza un límite de tutela tan inusitado como el argentino, se está bloqueando la libertad sexual de una persona que es plenamente responsable en el ámbito sexual —conforme a la misma ley— al igual que en el político y administrativo. Al ocuparnos de los menores insistiremos en este aspecto, limitándonos de momento a señalar esta incoherencia gravemente violatoria de la dignidad humana.

Por lo señalado, estimamos *recomendable*:

1) *Cuidar tanto en la acuñación de los tipos de abusos sexuales contra incapaces, como en su interpretación jurisprudencial y en la elaboración doctrinaria, que la tutela del incapaz no se convierta en una privación del derecho del mismo a relacionarse afectiva y sexualmente.*

2) *Observar la misma regla respecto de los menores, especialmente en las legislaciones en que el límite de edad de la víctima, en los delitos de corrupción y análogos, puede lesionar la libertad sexual.*

13. “*Versari in re illicita*” y la responsabilidad “*objetiva*”.— (Textos afectados: arts. 9 y 11 de la Declaración Universal; arts. 9, 14 y 15 del Pacto Internacional; arts. 7 y 9 de la Constitución Americana). El principio de culpabilidad puede interpretarse de distintas formas, según sea la posición que respecto a la sistemática del delito se sostenga. Una de ellas es la que identifica “culpabilidad” con “dolo” y “culpa”, posición vinculada a la tesis llamada “psicologista”, aunque no necesariamente. Las restantes posiciones, incluyen más requisitos o componentes en la culpabilidad o dejan en la misma las exigencias que hacen a la reprochabilidad o al criterio po-

lítico criminal y consideran al dolo y a la culpa como parte del injusto. Desde el punto de vista de los Derechos Humanos sólo indirectamente interesa esta disputa doctrinaria, pues lo fundamental es:

1º) que no puede haber delito si no es doloso o culposo;

2º) que no puede haber delito si razonablemente no podía exigírsele al sujeto la acción conforme al derecho u otra con menor contenido injusto. Sea cual fuere el nombre que doctrinariamente quiera dársele a estos requisitos del delito, la omisión de los mismos para calificar legalmente una acción como delito es una violación a los Derechos Humanos. Aquí nos interesa la primera de ellas.

La pretensión de penar una acción que no se subsuma en la idea de producción voluntaria o negligente de una afectación típica a un bien jurídico es lesiva de varias disposiciones de los documentos internacionales de Derechos Humanos. Las disposiciones jushumanistas que prohíben la detención o la lesión arbitraria de derechos son violadas porque es arbitrario privar a alguien de derechos a título punitivo en razón de la producción de un resultado que ha sido causado en forma que ni siquiera era razonable exigirle a la persona que lo previese como seriamente posible.

Igualmente resulta lesionada la *ratio legis* del principio de legalidad, pues la exigencia de la ley previa responde a la necesidad de que la persona pueda conocer las conductas que están prohibidas y penadas. Es indiscutible que, de lo que se trata, es de que alguien puede conocer la prohibición de una acción y, por ende, serle exigible su omisión, pero a nadie puede exigírsele que se abstenga de causar un resultado que es una consecuencia accidental de una acción.

A la responsabilidad penal sin dolo ni culpa suele llamársela "responsabilidad objetiva" y es frecuente que se repita que fue característica de las legislaciones penales primitivas o poco evolucionadas, afirmación que es harto discutible. En cuanto a su vigencia actual, cabe observar que un limitado sector doctrinario latinoamericano aún la considera como una tercera forma de responsabilidad penal, en tanto que la mayor parte la rechaza, actitud que parece tender a generalizarse.

En cuanto a la legislación penal, por regla general las disposiciones que la admiten o que dan base a una interpreta-

ción que la admita, constituyen diferentes formas de aparición del principio *versari in re illicita*, esto es, el principio según el cual *quien quiso la causa quiso el efecto*.

Las manifestaciones más habituales del *versari in re illicita* son: a) previsiones especiales referidas a la provocación de estados o situaciones de inimputabilidad o inculpabilidad (especialmente la intoxicación llamada "voluntaria") y b) los llamados "delitos calificados por el resultado".

a) *Previsiones especiales referidas a la provocación de estados de inimputabilidad o de inculpabilidad*. Las más comunes se refieren a la embriaguez. Su relevancia legal obedece a una general tendencia —que hoy parece tender al retroceso— a su punición a título de responsabilidad objetiva en razón de la vinculación del alcoholismo con la teoría de la "degeneración" y a las tesis más o menos abiertamente racistas (el alcohol como factor de empobrecimiento biológico de las "razas" indígena y negra y como amenaza para los criollos o "raza" blanca), todas fomentadas por el positivismo penal latinoamericano. Con este fondo ideológico, la tendencia jurisprudencial en casi todos los países fue a sancionar como doloso el injusto cometido en estado de embriaguez completa y voluntaria (entendiendo por tal la ingesta voluntaria de alcohol). Se opusieron los argumentos racistas a los racionalistas de Carrara y Carmignani, que fueron los más frecuentemente esgrimidos en su contra y que postulaban el principio *actio libera in causa*.

No obstante, en las leyes positivas, no todos los códigos contienen disposiciones que consagran la responsabilidad objetiva en caso de embriaguez, lo que demuestra que, en la mayoría de los casos, es una creación o "invención" jurisprudencial y, lo que es más penoso, doctrinaria.

En efecto: hay códigos que no mencionan la cuestión (Dominicana, Haití, Argentina, Chile). Otros se limitan a establecer que la embriaguez voluntaria o culposa no excluye la imputabilidad (Brasil, art. 28; Cuba, art. 20) o que la embriaguez "preordenada" opera como agravante (Guatemala, art. 27; Panamá, art. 28; Salvador, art. 41), lo que es una consecuencia de considerar a la premeditación como agravante. Algunos más recientes establecen el principio *actio libera in causa* (Bolivia, art. 19; Colombia, art. 32; Costa Rica, art. 44). De todos estos textos es posible hacer interpretaciones que

para nada lesionen el principio de que no hay delito sin dolo o culpa, de modo que las versiones de responsabilidad objetiva en estos países corren por cuenta de la jurisprudencia.

Con respecto al principio *actio libera in causa*, consagrado en algunos códigos y admitido hoy por la mayor parte de la doctrina latinoamericana y una buena parte por la jurisprudencia cabe advertir que en ciertos casos, la criminalización a título doloso importa un derecho penal de ánimo, pero frente a la enorme extensión de casos en que se produce en otros planteos la responsabilidad objetiva, esta consecuencia de la tesis de la *actio libera in causa* es un mal menor, desde el punto de vista de los Derechos Humanos.

No obstante lo expuesto, hay un reducido número de textos legales en los cuales la responsabilidad objetiva aparece consagrada en la ley misma. En general se trata de textos de origen italiano (Rocco), cuyo cuño idealista no lo exime de resabios racistas, particularmente la necesidad de defender la "estirpe" y la autoridad del Estado que no quiere que se beba alcohol, porque afecta la producción. De allí que la embriaguez "habitual" sea considerada como agravante (Paraguay, art. 33; Ecuador, art. 37; Honduras, art. 26; Nicaragua, art. 29; Venezuela, art. 64, este último agrava la pena con una medida). Siguiendo este criterio de responsabilidad objetiva, se consagra expresamente el *versari in re illicita* (quien quiso la embriaguez quiso el delito), mediante la irrelevancia penal de la embriaguez voluntaria (Ecuador, art. 37; Paraguay, art. 33) o relevándola únicamente como atenuante (Honduras, art. 26; Nicaragua, art. 29; Uruguay, art. 46; Venezuela, art. 64). El máximo de responsabilidad objetiva legal lo consagra el texto paraguayo, que a la embriaguez accidental y completa le reconoce sólo valor atenuante (art. 33). En síntesis, los códigos que de una u otra forma consagran la responsabilidad objetiva en esta materia son los de Nicaragua, Honduras, Paraguay, Uruguay, Venezuela y Ecuador.

b) *Los "delitos calificados por el resultado"*. En todos los textos hay tipos que prevén formas de punición más graves cuando sobrevienen ciertos resultados más lesivos. Es innecesario ejemplificar, pues la profusión es notoria. Su presencia acarrea problemas interpretativos, que en algunos casos el propio texto resuelve en cierta medida. Al menos cuando el código limita las formas de responsabilidad al dolo y a la cul-

pa o al dolo, a la culpa y a la preterintención, o consagra claramente el principio de que no hay delito sin que al menos haya negligencia (así, Bolivia, art. 13; Colombia, art. 5; Costa Rica, 30; Brasil, 19; Cuba, 9; Paraguay, 6; Salvador, 32; Puerto Rico, 14; Uruguay, 18; Guatemala, 11 y 12; México, 8; Honduras, 13), resulta muy difícil o imposible una interpretación que pretenda imponer las penas agravadas como mera consecuencia del advenimiento del resultado, es decir, en función del *versari in re illicita*, bajo la forma de manifestación de la responsabilidad objetiva que se conoce con el nombre de “delitos calificados por el resultado”. En los restantes (Argentina, Chile, Dominicana, Ecuador, Haití, Venezuela) suelen presentarse serios problemas interpretativos (lo mismo sucede en Perú, donde el código dice que puede haber responsabilidad penal sin dolo ni culpa, fundando medidas, art. 83).

Un modo frecuente de caer también en la responsabilidad objetiva es la tipificación o la interpretación jurisprudencial del delito de cheque sin provisión de fondos como la mera omisión objetiva de pagar el importe del cheque en un término perentorio, entendida en forma automática.

Cabe consignar que incluso rechazando la tesis de los “delitos calificados por el resultado”, el problema sigue vigente a otro nivel, pues como los textos no dicen si el resultado debe haberse causado dolosa o culposamente, con mucha frecuencia resultados culposos agravan la pena inusitadamente, lo cual lesiona la racionalidad de la pena, sin que la doctrina repare en ello.

En razón de lo expuesto creemos *recomendable*:

1) *Propugnar que, en lo posible, el principio de culpabilidad y la necesaria correspondencia de la pena con los aspectos subjetivos del delito se consagren constitucionalmente.*

2) *Propugnar interpretaciones de los textos legales que lo permiten, que en materia de embriaguez y de cualquier inimputabilidad o inculpabilidad provocada no lesionen el principio de que no puede haber delito sin dolo o culpa.*

3) *Tener en cuenta que confundir el dolo del delito con la voluntad de embriagarse o de ingerir un tóxico es una aplicación del principio *versari in re illicita* y, por ende, de responsabilidad objetiva.*

4) *Propugnar interpretaciones de la fórmula *actio libera**

in causa, en los textos que la consagran, que no se traduzcan en manifestaciones de un derecho penal de ánimo.

5) *Rechazar la teoría de los llamados “delitos calificados por el resultado” en la medida en que con ella se entiende la consagración de una forma del versari in re illicita.*

14. *Legítima defensa de la propiedad.*— (Textos comprometidos: Declaración Universal, art. 3; Pacto Internacional, art. 6; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 1; Convención Americana, art. 4). Es casi una verdad incuestionada en la doctrina de los diferentes países latinoamericanos que cualquier bien jurídico es defendible legítimamente. Los requisitos de la legítima defensa varían en los respectivos textos, pero en general parecen autorizar la legítima defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor. Incluso un buen número de códigos mantiene la llamada “legítima defensa privilegiada” (Argentina, Colombia, Costa Rica, Honduras, Chile, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, Uruguay), siendo de destacar que dos países que la habían abolido la han repuesto (Costa Rica y Perú). Creemos que sólo frente a dos de los textos vigentes la admisión de la legítima defensa de la propiedad contra cualquier agresión a costa de la vida del agresor puede presentar reparos (sería el inc. 4 de la fracción III del art. 15 del código mexicano y el art. 29 del código colombiano).

Es sabido que la admisibilidad de esta defensa como legítima se ha cuestionado seriamente en Europa, a la luz de lo dispuesto por la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 2), que únicamente admite la muerte intencional en defensa de la persona contra violencia ilegal. El debate dividió la opinión europea, pues algunos consideraron que el art. 2 se refiere al Estado y no a acciones de particulares. De cualquier manera, la cuestión encierra un cuestionamiento de fondo, puesto que sin duda la Convención Europea revalora altamente la vida humana. Esta cuestión de fondo tiene también vigencia en América, puesto que, si bien ninguno de los textos que rigen entre nosotros consagra una disposición análoga al art. 2 de la Convención Europea, no es menos cierto que todos ellos y muy especialmente la Convención Americana revaloran

muchísimo la vida humana, imponiendo cierta jerarquía de valores que no puede ser desvirtuada por el derecho interno.

Frente a esta circunstancia se impone una revisión de la doctrina y de la jurisprudencia de nuestros países en cuanto a la legítima defensa, para la hipótesis que nos interesa. Si bien, como lo hemos observado, sólo dos textos legales plantean una adecuada limitación más compatible con la Convención Americana, los restantes, en general, suelen contener ciertos recaudos limitativos jurídicos, como puede ser la racionalidad, proporcionalidad o adecuación de la defensa, que prudentemente interpretada compatibilizaría sus fórmulas con la Convención. No obstante, tampoco pueden excederse las reglas de la resistencia semántica de la fórmula, porque se estaría violando la garantía de legalidad, dado que se trata de un límite de punibilidad. No obstante, no deja de ser alarmante que la jurisprudencia de casi todos los países en modo alguno muestre una tendencia restrictiva de la legítima defensa en el caso que nos ocupa y que la doctrina casi ignora la cuestión.

Estas dificultades indican que es *recomendable*:

1) *Que la doctrina y la jurisprudencia traten de compatibilizar las fórmulas de la legítima defensa con el valor prioritario que cobra la vida humana en los textos internacionales.*

2) *Que se procure el perfeccionamiento de las fórmulas legales de la legítima defensa en el sentido señalado.*

15. *Manipulación de excesos y errores en la defensa y en el deber jurídico.*— (Textos comprometidos: los mismos del número anterior). Uno de los puntos más debatidos dentro de la dogmática latinoamericana de los años sesenta y setenta fue la naturaleza del exceso en la legítima defensa o en las justificaciones y la del error vencible de prohibición. Las soluciones dogmáticas han sido dispares, por regla general siguiendo los cauces alemanes, elaboradas primero, generalmente, a partir de textos legales que eran sumamente escuetos o que omitían el tratamiento del problema. Ejemplo típico de mención escueta en la ley es el código argentino, que sólo se refiere a la eficacia eximente del “error o ignorancia de hecho no imputable” (art. 34, inc. 1) y a la pena del delito culposo para el exceso (art. 35).

Las diferentes opiniones doctrinarias fueron las que también se sostuvieron en la República Federal de Alemania so-

bre un texto también escueto, respecto del error vencible: *a*) sancionar como culposo cualquier error vencible (teoría unitaria del error); *b*) sancionar como doloso el error vencible de prohibición y como culposo el de tipo (teoría estricta de la culpabilidad); *c*) sancionar como doloso el error vencible de prohibición directo y como culposo el de tipo y el de prohibición indirecto (teoría limitada de la culpabilidad). Obviamente en este debate se hallan comprometidos los conceptos de dolo, de culpabilidad y la llamada "consciencia de la antijuridicidad" y, con ellos, toda la estructura teórica del delito.

A medida que se desarrollaba el debate se fueron elaborando proyectos y códigos que tomaban partido por diferentes soluciones, al tiempo que también la jurisprudencia las fue recogiendo. Tomando en cuenta, en forma ejemplificativa, algunos de estos textos, veremos que todos resuelven los casos de error vencible acerca de la justificación como culposos (Bolivia, art. 12; Brasil, art. 20; Colombia, art. 40; Costa Rica, art. 34; Panamá, art. 23), en tanto que en el exceso algunos lo resuelven como culposo (Bolivia, art. 12), otros lo atribuyen a dolo o culpa, según el caso (Brasil, art. 23) y otros autorizan una prudente atenuación de la pena (Colombia, en una escala no menor de un sexto del mínimo ni mayor de la mitad del máximo, art. 30; Panamá de igual modo, art. 22; Costa Rica, atenuación discrecional facultativa, art. 79).

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos no nos corresponde tomar partido en este debate, salvo en forma indirecta, en la parte en que algunas de sus consecuencias prácticas puedan afectar Derechos Humanos. Creemos que los puntos en que inciden sus consecuencias prácticas, por sus efectos político-criminales, son sustancialmente los siguientes: *a*) forma de punición de los errores vencibles acerca de situaciones fácticas de justificación (mal llamada "justificación putativa"); *b*) punición de los errores vencibles acerca de los límites jurídicos de la justificación, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho y de la falsa suposición de la existencia de una causa de justificación no reconocida por el derecho; *c*) punición del exceso en la justificación y, especialmente, en el cumplimiento de un deber jurídico.

Creemos que éstos son los puntos críticos, porque en general en estos excesos y errores, quedan abarcados fundamentalmente agentes del Estado. Es sabido que en nuestra área se

opera un fenómeno de graves proporciones, que es la ejecución sin proceso y, en mayor medida, una acción intimidatoria o de contención por parte de funcionarios de cuerpos de seguridad que, en algunos países, son acompañados de grupos no oficiales —privados— de agencias de seguridad o policía particular, cuya magnitud difiere, pero los hay que igualan y aun superan la capacidad operativa policial estatal.

En estas condiciones, a las que se agrega la estudiada admisión de la legítima defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor (como lo destacamos en el número anterior), surge un evidente peligro para la vida de cualquier persona, que puede verse privada de la misma o afectada en su integridad física ante cualquier valoración apresurada o superficial de un agente armado o ante la defectuosa preparación técnica del mismo para valorar una situación o para resolverla de modo menos violento.

Si a esto agregamos que dentro del concepto de “exceso” en las justificantes se incluye el llamado “exceso intensivo”, es decir, la desproporción o irracionalidad *ab initio* de la acción defensiva, en realidad el ámbito del “exceso” se extiende de modo casi ilimitado, lo cual, en el caso de los agentes del Estado o de seguridad llegaría a abarcar cualquier reacción por absurda que fuere.

En el ámbito de estos errores y del exceso se plantean problemas cotidianos de afectación de la integridad física o de la vida de personas que se encuentran alcanzadas por efectos desmedidos o inmotivados de personal armado, aunque también tienen lugar situaciones aberrantes a nivel de violencia institucional más directamente política, en la cual se pretende introducir dentro del concepto de “exceso” o bajo el rubro de “errores” actos incalificables contra la humanidad, como secuestros, desaparición forzada de personas, homicidios, torturas, robos a mano armada, etc., cometidos por el aparato de fuerza estatal.

En todos estos casos resolver la responsabilidad como culposa o con la pena del delito culposo, lleva a soluciones aberrantes, dada la general benignidad de la pena del delito culposo en comparación con el doloso y, aún más, la falta de pena para el caso de culpa en ciertos delitos que no admiten esa forma de responsabilidad en la mayoría de los códigos (secuestro, torturas), lo que se traduciría en lisa y llana impuni-

dad. A igual resultado conduciría una escala penal de marcada benignidad.

En todos estos supuestos el Estado estaría violando por omisión la adecuada tutela de bienes jurídicos fundamentales, como son la vida y la integridad física, la libertad, la integridad psíquica, el patrimonio y, en general, la dignidad humana. El caso es aquí más grave aún que la admisión irrestricta de la defensa legítima de la propiedad a costa de la vida del agresor, porque en este supuesto se trata de bienes jurídicos de personas que no agredieron ni tienen nada que ver con la agresión o de hipótesis en las que ni siquiera hay agresión, es decir que se trata de la dignidad humana de personas ajenas al conflicto, completamente inocentes.

Ante este panorama creemos prudente recomendar:

1) *Que se revisen atentamente las fórmulas legales y las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto del error vencible con relación a cualquier situación fáctica de justificación o la existencia o límites jurídicos de las mismas, a efectos de no caer en una punición que por demasiado benigna deje desprotegidos bienes jurídicos fundamentales, particularmente frente a los agentes del Estado.*

2) *Que se proceda de la misma manera respecto del exceso o de las eximentes incompletas.*

3) *Que se cuide muy especialmente, tanto en lo legal como en lo doctrinario y lo jurisprudencial, que no se traduzcan en una incalificable benignidad o impunidad para los agentes del Estado que afectan bienes jurídicos fundamentales de modo ilícito.*

16. *Obediencia jerárquica aberrante.*— (Textos afectados: los mismos de los números anteriores). Como resultado de una vieja institución del derecho inglés, tomada en cuenta en el proyecto de Livinstone para Louisiana, recogida por el código imperial del Brasil y de allí por la legislación española, en casi todos los códigos latinoamericanos se menciona la obediencia jerárquica como una eximente autónoma (Argentina, art. 34; Brasil, 22; Colombia, 29; Costa Rica, 36; Cuba, 25; Guatemala, 25; Honduras, 24; México, 15; Nicaragua, 28; Panamá, 35; Paraguay, 21; Perú, 86; Puerto Rico, 20; Salvador, 40; Uruguay, 29; Venezuela, 65); No obstante, el tratamiento legal difiere como consecuencia de la debatida natura-

leza jurídica de la eximente, a la cual un sector doctrinario la consideró identificada con el deber jurídico, otros limitada a la orden legítima y otros abarcando órdenes de contenido ilícito. Dada la diferente extensión, unos la consideran causa de justificación y otros de inculpabilidad, aunque también se la ha considerado un supuesto de ausencia de acto. Semejante disparidad revela, para otros, su falta de autonomía científica y, por ende, la conveniencia de suprimir su tratamiento legal autónomo. Los propios códigos han reflejado esta sucesión de malentendidos, de modo que, los requisitos de unos le otorgan una extensión que no le reconocen otros y su ubicación sistemática difiere notoriamente.

Aunque la confusión que reina en torno de esta eximente es muy grande, al punto que quizá fuese conveniente pensar en su supresión, habida cuenta de que una buena estructuración de las restantes no le dejaría supuesto autónomo alguno que cubrir, desde el punto de vista de los Derechos Humanos lo que nos interesa no es averiguar cuál es la mejor técnica legislativa al respecto, sino que se tomen todos los recaudos necesarios para que una fórmula que ha devenido tan debatida y confusa no se traduzca en una vía para la desprotección de Derechos Humanos fundamentales.

Es de toda evidencia que se han registrado casos en los cuales se pretendió cubrir con la obediencia debida crímenes contra la humanidad. Pese a que esto es unánimemente rechazado por la doctrina latinoamericana, esta pretensión se ha esgrimido, para centrar la responsabilidad en las cabezas del poder y eximir a todos los cuadros intermedios.

Ante estas circunstancias, estimamos *recomendable*:

1) *Cuidar la redacción de las fórmulas legales de la obediencia jerárquica como eximente, en los casos en que se elija mantener su autonomía legislativa, en forma que no pueda nunca amparar delitos aberrantes.*

2) *Denunciar como violatoria de Derechos Humanos cualquier tesis doctrinaria o jurisprudencial que permita que los crímenes atroces puedan ampararse en la eximente de la obediencia jerárquica.*

17. *Arbitrariedad por vía del error juris nocet.*— (Textos comprometidos: arts. 1 y 11 de la Declaración Universal; art. 15 del Pacto Internacional; art. 1, frac. 2, de la Convención

Americana). Casi todos los textos legales latinoamericanos contienen un enunciado conforme al cual la ignorancia de la ley no excusa o alguna más o menos equivalente. Dichas fórmulas se entendieron con diferente amplitud y sentido. Uno de esos sentidos fue la consagración del principio *error juris nocet*, es decir, la absoluta irrelevancia del llamado “error de derecho”. En la actualidad son varios los textos latinoamericanos que expresamente rechazan tal principio en su letra y establecen la relevancia de todo error, sea que se adopte la clasificación de error de hecho y de derecho (Bolivia, art. 16) o la de error de tipo y de prohibición (Costa Rica, arts. 34 y 35, aunque adopta la vieja denominación). El código del Brasil consagra la regla de que la ignorancia de la ley no excusa y a continuación le otorga relevancia eximente al error sobre la ilicitud (art. 21), lo cual deja bien en claro que el error sobre la antijuridicidad —que depende de todo el ordenamiento jurídico— no es igual al error sobre la ley penal, que puede dar lugar a un error de punibilidad, pero no de prohibición. Los códigos de Colombia (art. 40) y de Panamá (art. 33), parecen dejar en la supralegalidad el error directo de prohibición. La disposición más extraña es la del art. 87 del código peruano, que sólo le reconoce efecto atenuante a cualquier error invencible. Da la impresión de que se ha deslizado un error en esa redacción, aunque sería susceptible de mejorarse por vía interpretativa.

Hace tiempo que la doctrina latinoamericana y también la jurisprudencia, ante la evidente iniquidad a que conducía la aplicación irrestricta del *error juris nocet*, intentó limitarlo acudiendo a la distinción entre “error de derecho penal” (irrelevante) y “error de derecho no penal” (penalmente relevante). Esta última distinción era rechazada por los sostenedores del *error juris nocet* irrestricto con el remanido argumento conforme al cual, cuando la ley no distingue el intérprete no debe distinguir, frase hecha a la cual, como sabemos, se puede responder con otra y así al infinito. En definitiva, esa distinción no era otra cosa que la división conceptual entre ley penal y antijuridicidad. En las últimas dos décadas se ha ido afirmando la tesis de que el *error juris nocet* es insostenible en el campo penal y, como resultado de ello, se lo ha derogado expresamente en los códigos citados y en casi todos los proyectos de los últimos años. Son hoy muy pocos los doctri-

narios que continúan sosteniendo su vigencia, aunque la jurisprudencia suele mostrarse más remisa.

Cualquiera sea el argumento que se emplee (el más corriente es el de la supuesta quiebra de la "seguridad jurídica") creemos que es de toda evidencia que la consagración irrestricta del *error juris nocet* importa una seria violación de Derechos Humanos. La identificación de todo hombre con la persona humana (Convención Americana), o, lo que es lo mismo, la afirmación de la dignidad de todo hombre al admitirse que está dotado de "razón y conciencia" por el solo hecho de ser hombre (Declaración Universal), implica que a todo hombre se le reconoce su capacidad de elección entre valores y, por ende, de actuar conforme a un sentido valorante. Esta capacidad es en la que se fundamenta precisamente su responsabilidad y, más especialmente, su responsabilidad penal. Para que esta capacidad pueda ejercerse en forma efectiva es menester, sin duda, que el hombre disponga de los elementos entre los cuales elegir, es decir, que pueda conocer el valor y el desvalor jurídicos. Sin duda que sin esa posibilidad sigue siendo persona, pues la capacidad de elección la conserva, pero es evidente que no puede ejercerla. Resulta, por ende, altamente lesivo a la dignidad de la persona humana que se le reproche por una elección que no pudo hacer y que se genere responsabilidad penal cuando su capacidad de elección no pudo ejercitarla.

Tal pretensión no puede ser, sino, una supervivencia del derecho penal que no tenía por objeto la protección de la persona, sino el apuntalamiento del Estado, queriendo mostrar cómo su voluntad onnímoda se cumplía en cualquier caso, como si fuera una ley física que, en sus expresiones más abiertas, llevaba el principio hasta igualar a las personas con las cosas, sobre las que hacía caer las mismas consecuencias penales. Tales ideologías son absolutamente incompatibles con los principios fundamentales de los Derechos Humanos.

El *error juris nocet* es otra de las manifestaciones de la violación al principio de culpabilidad penal, que, en el ámbito jurídico-penal, se deriva claramente también del principio de legalidad, pues el fundamento racional de este último es la necesidad de que la persona haya tenido la posibilidad de reconocer el desvalor jurídico de su acto antes de realizarlo. Dado que, conforme a ello, posibilitar la culpabilidad es la principal

función del principio de legalidad y de la consiguiente prohibición de la ley penal retroactiva más gravosa, no puede entenderse la legalidad como una mera formalidad acompañada de una ficción, sino como un principio dotado de un contenido material que debe concretarse en cada caso particular como requisito para la existencia de un delito.

Como consecuencia de lo expuesto creemos *recomendable*:

1) *Que en los países en los cuales no se ha introducido la derogación expresa del error juris nocet, se lo haga a la brevedad.*

2) *Que la doctrina y la jurisprudencia se esfuercen por interpretar sus leyes conforme a los Derechos Humanos, consagrando la relevancia eximente de cualquier clase de error invencible cuando otro criterio resulte lesivo del principio de culpabilidad.*

18. *Inimputabilidad y lesión de garantías.*— (Textos comprometidos: Declaración Universal, arts. 3, 5, 6, 12; Pacto Internacional, arts. 7, 9, 17; Convención Americana, arts. 1, 5, 7). Prácticamente todos los textos latinoamericanos distinguen entre imputables e inimputables (Argentina, art. 34; Bolivia, 17; Brasil, 26; Colombia, 31; Costa Rica, 42; Cuba, 20; Chile, 10; Dominicana, 68; Ecuador, 34; Guatemala, 23; Haití, 48; Honduras, 23; Nicaragua, 28; Panamá, 24; Paraguay, 18; Perú, 85; Puerto Rico, 30; Salvador, 38; Uruguay, 30; Venezuela, 62). Quizá la única excepción abiertamente positivista, después de la derogación del código colombiano de 1936, fue el código mexicano, hasta la reforma de 1984, que se plegó al criterio dominante (art. 15). De cualquier manera, casi todos los códigos estatales mexicanos se afiliaban a la corriente general. Salvo los códigos franceses puros (Dominicana y Haití), los restantes asocian a la inimputabilidad medidas de seguridad. En general se atienen al peligro o a características del autor, sin tener en cuenta si el hecho tuvo o no cierta gravedad (así, Argentina, 34; Bolivia, 80; Brasil, 97; Colombia, 95, 96; Costa Rica, 42; Cuba, 20; Ecuador, 34; Guatemala, 87, 88; Honduras, 82, 83; México, 68; Nicaragua, 67, 68; Panamá, 115; Perú, 91; Puerto Rico, 70; Salvador, 38; Uruguay, 94). Sólo unos pocos textos exigen gravedad en el hecho para imponer una medida al inimputable (Chile, art. 10; Paraguay,

18; Venezuela, 62). En todos, sin excepción, las medidas curativas son indeterminadas, salvo el mexicano, que desde 1984 señala como límite el máximo de la pena.

Este panorama nos muestra que hay códigos muy antiguos que no establecen medidas para inimputables, otros antiguos que las prevén sólo para hechos de cierta gravedad y, finalmente, los más recientes, que las prevén para cualquier clase de hechos y que casi todos los que prevén medidas curativas lo hacen por tiempo indeterminado. Se tiene evidentemente la impresión de que en la legislación latinoamericana se considera un avance progresista la introducción de las medidas de seguridad curativas para inimputables por tiempo indeterminado y para cualquier hecho.

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos, cabe preguntarse cuál es la valoración de esa regulación. En principio, es de toda evidencia que, cualquiera sea el objeto que se le asigne a la "medida curativa" —incluyendo el tutelar— ésta implica una privación de libertad y un tratamiento médico forzoso. Sin duda, implica una limitación o pérdida de Derechos Humanos de considerable entidad, la cual debe estar rodeada de ciertas garantías y limitada racionalmente. Conforme a las legislaciones vigentes, no cabe duda de que se trata de una consecuencia penal de un hecho, aunque no se le reconozca carácter de pena, como también que esta consecuencia compromete bienes jurídicos del sujeto en mayor medida que la pena, pues el tratamiento médico psiquiátrico es susceptible de afectar la integridad psíquica del hombre. Es perfectamente sabido que la institucionalización manicomial prolongada provoca un deterioro irreversible.

Si la pena, que se le impone a una persona culpable, requiere la racionalidad y la humanidad, con mayor razón lo habrá de requerir una consecuencia del hecho a la cual no se le asigna carácter punitivo. A la luz de este razonamiento, conforme al cual sería elemental que *un incapaz no puede estar en peor situación que quien tiene completa capacidad para delinquir*, no sería admisible que un inimputable que comete un hecho de escasa entidad pueda verse privado de libertad perpetuamente (por ejemplo un oligofrénico que cometa un pequeño daño o un hurto; es obvio que puede seguirlos cometiendo —sería "peligroso" en la terminología penal usual— y que su enfermedad es irreversible).

Por otra parte, la "medida" importa un "tratamiento" psiquiátrico, y ningún límite legal expreso se consagra en casi ningún código, de modo que la naturaleza de ese tratamiento queda librada al criterio arbitrario del juez, que puede autorizar o tolerar tratamientos neuro-quirúrgicos, electro-choques, medicación con psicofármacos por tiempo indeterminado, terapias reflexológicas, reducciones de delirios por abscesos de fijación, etc. Es incuestionable que muchas de estas formas de tratamiento sólo pueden autorizarse con severo control judicial y de las partes y que algunas no se podrían autorizar casi en ningún supuesto, porque la lesión que implican a la integridad física y psíquica de la persona es enorme y en modo alguno puede disponerse de ella arbitrariamente, so pena de inferir una gravísima lesión a los Derechos Humanos.

Además de lo expuesto, la medida curativa debe respetar su naturaleza. Es sabido que la internación o institucionalización es una forma extrema de tratamiento, de modo que su prescripción legal resulta en muchos casos lesiva de la salud del inimputable, que puede requerir un régimen de salidas, tratamiento ambulatorio, participación en una comunidad terapéutica, etc. La ley debe respetar las necesidades del tratamiento psiquiátrico adecuado y permitir las, sin prescribir invariablemente la internación sino el sometimiento a un instituto de tratamiento con el cual el juez acuerde el régimen conforme a la evolución del mismo.

En rigor, aun cuando sea explicable por razones ideológicas, el camino que se ha seguido respecto de las "medidas" para inimputables es altamente lesivo o peligroso para los Derechos Humanos, pese al tinte "progresista" que se le ha dado.

Recuperado el camino de un derecho penal de culpabilidad, lo correcto sería que las medidas respecto de los inimputables que las requieran, no dependan de la potestad punitiva ni queden vinculadas a la misma. Como en su oportunidad veremos, urge una legislación psiquiátrica ordenada y con garantías judicialmente controladas. En esta legislación (y no en la ley penal) es donde debe hallar ubicación el tratamiento de una persona absuelta por inimputabilidad cuyo estado lo requiera. Hasta el momento, las construcciones doctrinarias que procuran justificar la naturaleza penal y el simultáneo carácter no punitivo de las "medidas" para inimputables se deba-

ten en una contradicción insuperable. Si una persona no es culpable, nada tiene que hacer a su respecto la ley penal.

Sin embargo, no está próximo el momento en que la conciencia jurídica latinoamericana permita plasmar verdaderos códigos psiquiátricos con garantías jurisdiccionales y casi toda la ideología médica del área conspira contra ello. La radical eliminación de estas "medidas" de la ley penal en estas condiciones puede causar males mayores para los Derechos Humanos (esta tesis ha sido sostenida en el curso de la discusión del documento en Buenos Aires). Esas personas quedarían prácticamente en manos policiales y libradas a la arbitrariedad de autoridades administrativas, estigmatizadas por haber transitado por la justicia con el rótulo de "peligrosos", lo que daría pie a cualquier género de lesión a los Derechos Humanos, so pretexto de "seguridad", sin control judicial alguno.

En estas condiciones, y sólo hasta que los ordenamientos jurídicos se hagan cargo de una legislación psiquiátrica adecuada a las exigencias de los Derechos Humanos, pese a reconocer que en puridad teórica poco o nada tienen que ver con el derecho penal, sería prudente mantenerlas limitadamente y rodeadas de cuidadosas garantías, en la ley penal.

En principio, sólo podrían mantenerse, para los casos que revistan gravedad, es decir, para aquellos supuestos en que la estigmatización del "peligro" haga necesario preservar más cuidadosamente los derechos de los abusos que podrían cometerse con el pretexto de neutralizarlo. Por supuesto que, además de la gravedad del hecho por el cual se hubiese absuelto a la persona por inimputabilidad, sería requisito ineludible que la misma requiera un tratamiento más o menos severo, es decir, que haya un padecimiento psíquico serio.

Por otra parte, resulta inadmisibles que la "medida" sea absolutamente indeterminada. Una "medida" que supere la media de la pena que le hubiese correspondido al delito no puede justificarse. Si una persona permanece institucionalizada ese tiempo, sin recuperarse, se encontrará ya suficientemente deteriorada como para que se le mantenga el etiquetamiento del "peligro" y bien puede pasar a ser tratada como cualquier enfermo mental, en un encuadramiento psiquiátrico ordinario.

Además, no sólo debe establecerse un límite temporal de

la "medida", sino también límites materiales, proscribiendo tratamientos contrarios a la dignidad de la persona humana.

Es obvio que las soluciones que postulamos reclaman un nítido cambio de signo en cuanto a las "medidas" para inimputables: la ideología positivista pretende que estas medidas "defienden a la sociedad" de las agresiones de "locos peligrosos" (aunque la terminología pueda variar y encubrirse bajo expresiones más disimuladas). Nuestra propuesta es que la única protección para todos consiste en una regulación jurídica que garantice un tratamiento óptimo, conforme a los recursos terapéuticos, y respetuoso de la dignidad humana, para cualquier paciente psiquiátrico, sin distinguir entre los pacientes psiquiátricos absueltos por inimputables por la justicia y quienes nunca se hubiesen hallado en ese trance. La supervivencia de las "medidas" para inimputables en los códigos penales, sólo se justificaría coyunturalmente, como medio de evitar que el paciente psiquiátrico absuelto por inimputable reciba un tratamiento diferencial y lesivo para su salud, como resultado del prejuicio de la "peligrosidad".

Como resultado de lo expuesto, creemos *recomendable*:

1) *Fomentar la tendencia a eliminar las llamadas "medidas" para inimputables de la legislación penal, en relación con el establecimiento de una legislación psiquiátrica rodeada de garantías, que no apele a distinciones formales que conlleven el etiquetamiento de "peligroso" para cualquier paciente que hubiese sido absuelto por inimputable.*

2) *En tanto que las "medidas" para inimputables permanezcan en las leyes penales, se limite su aplicación a personas que por su enfermedad requieran un tratamiento estricto y que hayan protagonizado hechos de gravedad.*

3) *La limitación temporal de las mismas a un período que no exceda del término medio de la pena que le hubiese correspondido a la persona en caso de ser imputable, sin perjuicio de que si permanece la enfermedad, pueda ser sometido al régimen legal para enfermos mentales ordinarios.*

4) *La limitación material de las medidas para inimputables a tratamientos que no importen el deterioro del psiquismo o pérdida de tejido nervioso o peligro serio de los mismos, ni sensaciones dolorosas intensas.*

5) *La limitación de la internación a lo que sea necesario para el tratamiento de la persona, permitiendo que el juez*

concerte con la institución responsable del tratamiento las modalidades del mismo, conforme a la evolución del paciente.

6) Postular dichas limitaciones de lege ferenda como también de lege lata, propugnando una interpretación doctrinaria y jurisprudencial en tal sentido, integrando dogmáticamente la ley penal con los textos constitucionales e internacionales de mayor jerarquía normativa.

7) Cuidar que el sentido de estas "medidas", en tanto permanezcan en la legislación penal, sea el de procurar un adecuado tratamiento a la persona, poniéndola a cubierto de los efectos de una arbitraria asignación de "peligrosidad" por parte de autoridades administrativas o sanitarias.

19. *Imputabilidad disminuída con consecuencias lesivas de garantías.*— (Textos comprometidos: los mismos del número anterior y los que afectan la legalidad). Entre la imputabilidad y la inimputabilidad se admite doctrinariamente que hay supuestos en los cuales el sujeto es imputable, pero debe reconocerse una notoria disminución de la culpabilidad que debe tener algún efecto sobre las consecuencias jurídicas del delito. Se denomina a este fenómeno "imputabilidad disminuída" y también "semi-imputabilidad", denominaciones que han sido discutidas y objetadas.

En las leyes penales latinoamericanas podemos distinguir los textos que no admiten una fórmula general de la llamada "imputabilidad disminuída" (Argentina, Haití, Dominicana, México, Puerto Rico, Paraguay), otros en que la misma opera o puede operar como un atenuante de la pena (son textos en los que la pena se establece conforme a una tabulación de agravantes y atenuantes: Chile, art. 11; Colombia; Guatemala; Honduras; Salvador, art. 41; Nicaragua; Uruguay, art. 46) y, finalmente, otros que contienen una fórmula general (Bolivia, art. 18; Brasil, art. 26; Costa Rica, art. 43; Cuba, art. 20; Ecuador, art. 34; Panamá, art. 25; Perú, art. 90; Venezuela, art. 63).

Los códigos que no recogen una fórmula general tienen el inconveniente de que en ocasiones no permiten adecuar la pena a la culpabilidad, lo cual lesiona el derecho a la racionalidad de la pena. En los códigos en que únicamente puede operar como circunstancia atenuante ordinaria para la individualización de la pena se opera un fenómeno análogo. Sus-

tancialmente el problema en ambas regulaciones es el mismo, sólo que su diferente tratamiento obedece a la modalidad legislativa en la técnica cuantificadora de la pena en general (fórmula genérica en unos y tabulación de agravantes y atenuantes en otros).

Un problema diferente, desde el punto de vista de los Derechos Humanos, plantean la mayoría de los códigos que admiten la fórmula genérica de la imputabilidad disminuída y algunos que tampoco contienen tal formulación genérica. En principio hay textos en que la llamada imputabilidad disminuída está formulada genéricamente pero no atenúa la pena por debajo de los mínimos legales ordinarios (Panamá, art. 25; Costa Rica, art. 43; Salvador, art. 41), esto es, que plantean el mismo problema que el grupo anteriormente mencionado. En los restantes que la mencionan expresamente, opera como atenuante específica (Bolivia, art. 18; Brasil, art. 26; Cuba, art. 20; Ecuador, art. 35; Perú, art. 90; Venezuela, art. 63). Sin embargo, en casi todos estos códigos —salvo Ecuador y Venezuela— (es decir en los textos de Bolivia, arts. 80 y 81; Brasil, art. 98; Costa Rica, art. 98; Cuba, disposiciones sobre estado peligroso; Panamá, art. 115; Perú, art. 91; Salvador, art. 110) se plantea un problema aún más grave para los Derechos Humanos, que es la posibilidad de imponer una “medida” análoga a la que se impone a los inimputables y también por tiempo indeterminado, a un semi-imputable o persona con imputabilidad disminuída.

No es del caso repetir aquí todo lo que hemos dicho respecto de las medidas de seguridad para inimputables, pero podemos darlo por reproducido, con la agravante de que se trata de personas que tienen capacidad psíquica y que son autoras de delitos. Desde el punto de vista de los Derechos Humanos es inadmisibles que se cambie el nombre de la respuesta jurídica a un delito y con ello la misma se convierta en una privación de derechos fundamentales por tiempo indeterminado. El límite entre la imputabilidad y la inimputabilidad es frecuentemente difícil de discernir. Es lógico pensar que mucho más opinable y subjetivo será distinguir entre la “imputabilidad disminuída” y la plena imputabilidad. En la medida en que esa relativa incerteza rija para beneficiar al sujeto, no por la incerteza de los límites de un beneficio se le habrá de privar del mismo, pero en la medida en que sirva para agravarle

su situación sometiéndolo a una privación de libertad por tiempo indeterminado, que también importe un tratamiento médico obligatorio, resulta violatorio de la legalidad y de la racionalidad de la reacción penal. Cualquier neurosis, trastorno de la personalidad o superficial apreciación de signos o síntomas que pueden ser variables más o menos corrientes de personalidad, o pautas culturales mal comprendidas por el juez o simple rechazo por parte de éste de algunas características del procesado, cuando no valoraciones simplemente morales del tribunal, tendrán por esta vía el efecto de someter a cualquier persona, responsable por cualquier delito, sea cual fuere la entidad del mismo, a una privación de libertad por tiempo indeterminado, a un tratamiento obligatorio y a una injerencia consiguiente en ámbitos de su personalidad en los que de ninguna manera el magisterio punitivo del Estado puede penetrar.

Cualquiera sea el nombre que el derecho penal quiera darle a la usualmente llamada "imputabilidad disminuída", como también el que se le dé a la consecuencia jurídica de la misma —pena o "medida"— desde el punto de vista de los Derechos Humanos, lo que se requiere es que la consecuencia jurídica pueda adecuarse a la culpabilidad, sin exceder su medida en forma irracional, y que en su contenido no afecte la dignidad humana.

Por consiguiente, creemos *recomendable*:

1) *Que las leyes penales contengan fórmulas que en cualquier caso permitan adecuar la pena a la entidad de la culpabilidad.*

2) *Que en las legislaciones que contengan una fórmula de la "imputabilidad disminuída", se entienda que, en los casos que lo requieran, únicamente, la pena adecuada a la culpabilidad pueda tener un contenido ejecutivo análogo al de las medidas para inimputables con todas las limitaciones señaladas para éstas y que en ningún caso pueda exceder la pena impuesta en concreto.*

3) *Que la doctrina y la jurisprudencia se esfuercen por construir dogmáticamente la teoría acerca de la llamada "imputabilidad disminuída" y de sus consecuencias, conforme a estos principios.*