



PROGRAMA INTEGRADO (LA CONDAMINE) DE DOBLE TITULACIÓN:
ABOGACÍA FRANCO-ARGENTINA

**LA LITERATURA EN Y COMO EL DERECHO: ANÁLISIS DE CRIMEN Y
CASTIGO SEGÚN LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA**

Tesina de **Denise Schalet**

Profesores tutores conceptuales: Drs. Matías N. Tonon y José A. Barbón Lacambra.

Profesor tutor metodológico: Lic. Danisa Riera.

2014

Gracias a mi madre por haberme introducido en la lectura, a S.D. por la convicción, a Fédor por su genialidad y a mis tutores por dirigirme pacientemente en la tarea.

INDICE

Prefacio.....	4
1. Introducción.....	4
2. El Derecho y la Literatura. Marco teórico.....	6
2. A Cuestión Referencial.....	6
2. B Marco teórico propiamente dicho.....	10
2. C Estado del arte.....	12
3. Derecho Penal argentino vigente.....	15
3. A Delitos.....	18
3. A. i. Concursos de delitos.....	20
3. B Penas.....	21
4. Derecho Procesal Penal argentino vigente.....	24
4. A Pruebas.....	33
5. Apartado metodológico.....	34
6. Respecto del Derecho Penal argentino vigente según el código penal/legislación penal stricto sensu.....	35
6. A El Crimen punible.....	36
6. A. i. Motivaciones.....	45
6. B El Castigo.....	46
7. Respecto del Derecho Procesal Penal argentino vigente según el código procesal nacional/legislación procesal.....	51
7. A Pruebas.....	52
7. A. i. Allanamiento/requisa domiciliaria.....	52
7. A. ii. Confesión.....	54
7. A. ii. a. Motivaciones.....	57
8. Conclusiones.....	59
9. Bibliografía.....	60
10. Anexos.....	63
10. A Ampliatorios.....	63
10. B Documentales.....	95

LA LITERATURA EN Y COMO EL DERECHO: ANÁLISIS DE LA OBRA CRIMEN Y CASTIGO SEGÚN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

PREFACIO

Considerando que presentar una tesina como trabajo final es un requisito ineludible para recibirme de abogada, que mejor decisión que unir mis estudios profesionales alcanzados en la Universidad del Salvador y la Sorbona de París, con uno de mis grandes placeres, la literatura.

Así es como surge este proyecto, gestado de la mano de las tantas descripciones, experiencias y casos expuestos en las obras literarias que hoy se lucen en mi biblioteca, principalmente las pertenecientes a Fédor Dostoievski, un genio de la literatura universal, un gran historicista, jurista, sociólogo, antropólogo y porque no psicoanalista: el director de esta orquesta.

1. INTRODUCCION

Durante la década del 30, en Europa y Estados Unidos se asomaron las primeras investigaciones y ensayos científicos que tratan al derecho y a la literatura como disciplinas conexas. Ya hacia mediados del siglo XX y más precisamente hacia fines de ese siglo y principios del siglo corriente estos estudios han proliferado, extendiéndose a otras áreas geográficas, principalmente Brasil y la Argentina, como también abarcando revistas y programas académicos de importantes universidades.

Debiendo señalar las causas del tardío impulso, corresponde hacer hincapié en la incorrecta interpretación de las posibilidades y aportes científicos que el análisis en conjunto de ambas disciplinas proporcionaría, como la escasa información y desarrollo de la literatura en carácter de ciencia socio-jurídica además de reconocerle la tarea de representar al bagaje cultural y humanístico de una civilización en particular.

Por lo que, para seguir construyendo teorías de retroalimentación, me parece oportuno no sólo admitir su novedad, sino también aceptar los obstáculos que esto acarrea y las dificultades que se deben sortear a la hora de intentar generalizar e imponer el estudio interdisciplinario entre el derecho y la literatura.

Las obras literarias no obstante ser consideradas "ficciones", no dejan de imprimir un reflejo acabado de la realidad social al partir de los mismos métodos utilizados en el campo científico, con ello me refiero a la observación, el estudio y la interpretación de los hechos reales particulares del caso.

Es así que la finalidad de este trabajo es demostrar de qué manera es posible trazar un puente entre ambas disciplinas, el derecho y la literatura. Comenzando con una exposición y un análisis cronológico de su evolución

histórica tomando como base los estudios ofrecidos por el Dr. Trindade y la Magíster Magalhaes Gubert, de Porto Alegre, Brasil, para culminar como foco de la tesina, en el estudio de un caso concreto, la obra *Crimen y Castigo*, escrita en el siglo XIX por Fédor Dostoievski sobre la cual me pregunto ¿cómo puede analizarse jurídicamente el accionar delictivo de Raskólnikov y el desarrollo de la etapa probatoria en el marco del proceso según el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal argentinos vigentes respectivamente?

Entonces siendo los objetivos principales de este proyecto analizar según el Derecho Penal argentino vigente el accionar delictivo de Raskólnikov, el personaje principal de la obra y según el Derecho Procesal Penal argentino vigente el desarrollo de la etapa probatoria o preliminar en el marco del proceso, se hará hincapié por un lado, en los delitos cometidos por él, sus motivaciones y la pena otorgada según la legislación penal. Por otro lado, en establecer e interpretar si se respetaron las pautas que debe contemplar toda etapa de producción de prueba en la Argentina, según la legislación procesal penal teniendo en cuenta los elementos aportados por la novela y por último en determinar qué fue lo que motivó la confesión de Raskólnikov, siempre respetando el tratamiento de los hechos proporcionado por el autor ruso.

2. EL DERECHO Y LA LITERATURA. MARCO TEORICO

Antes de comenzar con el análisis de la obra que de valor a esta investigación, corresponde explicar cuál es la situación en la que se encuentra actualmente la literatura frente a la práctica jurídica misma y cómo ha sido su evolución.

2. A CUESTION REFERENCIAL

Existen en la actualidad estudios referentes al derecho y la literatura interrelacionadas, que vienen de la década del 30, principalmente en los Estados Unidos, en donde el estudio en los programas académicos del tema integra casi el 40% de las facultades de derecho desde 1980, como también en Europa, especialmente en Francia, Bélgica, Italia, España y Portugal¹ (Trinidade y Magalhaes Gubert, 2009, p.166), donde se han abarcado en mayor medida ambos temas, sin embargo, escasean en practicidad, dado que únicamente se desenvuelven en marcos académicos o de investigación sin poder lograr trascender a los campos de la ciencia jurídica práctica e incluso en beneficio de otras órbitas científicas accesorias a la jurídica como la sociológica, la antropológica, la ético-moral o filosófica.

No obstante su expansión en otros continentes, el resultado en los aposentos latinoamericanos no es el mismo por ser más lento, tanto en Argentina como en Brasil a modo de ejemplo. Pudiendo ejemplificarlo con el trabajo publicado en 2008 por el Dr. Trindade² y la Magíster Magalhaes Gubert³, en Porto Alegre, Brasil, en el cual me basaré para elaborar la introducción conceptual, en donde manifiestan que no obstante los intentos realizados en la última década, aún es difícil incorporar la cultura jurídico-literaria en la realidad social brasilera sea por el carácter novedoso del tema o bien por la falta de preparación o experiencia literaria.

Claro que no puede descartarse el hecho que la novela que elegí en particular haya sido objeto de varios análisis desde perspectivas literarias abstraídas de elementos jurídicos, por ejemplo al compararla con otras obras literarias

¹ TRINDADE, André Karam y MAGALHAES GUBERT, Roberta (2009). *DERECHO Y LITERATURA. ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*. (Pág. 166, en papel y 3 en versión online. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires.) http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0010_investigacion.pdf (30-11-2013)

² Doctorando en Teoría y Filosofía del Derecho (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE/ITALIA). Master en Derecho Público (UNISINOS/BRASIL). Consejero y Investigador del Instituto de Hermenéutica Jurídica (IHJ/BRASIL).

³ Master en Derecho Público (UNISINOS/BRASIL). Profesora de la Facultad de Derecho de la UNISINOS/BRASIL. Presidente y Investigadora del Instituto de Hermenéutica Jurídica (IHJ/BRASIL).

clásicas tales como *La metamorfosis* de Franz Kafka (1915) quizás por su fuerte contenido moral y psicológico, al igual que con *Guerra y Paz* de León Tolstoi (1869), representación de la cultura rusa durante el siglo XIX.

Sin embargo, en defensa del carácter interdisciplinar que las liga, como intentan probar André Karam Trinidad y Roberta Magalhaes Gubert, al cual adhiero y a modo de ejemplificación de lo que ocurre en Europa y Estados Unidos, existen investigaciones de contenido jurídico, como la desarrollada por François OST, un académico belga, quien intenta explicar los tiempos contractuales y sus modificaciones a la par de la relatividad del contrato, partiendo de dos obras literarias clásicas, *El mercader de Venecia* de Shakespeare y *Fausto* de Goethe. También se puede citar *El extranjero* de Albert Camus (1942) dónde está latente un contenido jurídico, que no escapa al contexto histórico durante el cual se desarrolla la novela, con un trasfondo bélico y una Europa herida de guerra, haciendo alusión a la situación por la cual se encontraba pasando Argelia y el sentimiento de extrañamiento que pesaba en los argelinos frente a Francia de quien se independizaron el 5 de Julio de 1962, siendo el propio autor argelino, reforzando así la teoría que considera a la literatura fuente fidedigna de datos histórico-sociales.

A su vez, desde el campo de la Filosofía del Derecho, por ejemplo, al intentar trazar un vínculo con Platón o al asemejar uno de los pensamientos expuestos por Raskólnikov, personaje principal en la obra rusa, al considerar que existe un grupo de personas con derecho a no seguir los dictámenes de la ley común para el resto de los mortales, en palabras mías, con aquella definición de ley que da el sofista, Calicles ⁴ o bien Trasímaco, considerando ésta como la del más fuerte, interpretación a la que se llega de leer *República* de Platón (380 a.C.). Para continuar con el enunciado de obras correspondientes a la etapa de la Grecia Antigua, vale decir que desde los trágicos Homero y Hesíodo (s. VIII a. C.) se comienza a vislumbrar un tinte iusnaturalista en sus relatos literarios - hoy estudiados en cualquier programa de Filosofía brindado en Facultades Jurídicas - aumentando su incidencia durante los tiempos de Pericles, en el llamado siglo de oro. "*La cultura ateniense [...] halló, en la cuestión de la justicia un tópico donde regodearse.*"⁵ Donde en mayor medida se representa esta concepción, es en las obras de teatro, principalmente en *Antígona* de Sófocles (442 a. C.) donde se tratan cuestiones sociales y de estado, propias de la época, cargadas de un alto contenido jurídico, directamente interrelacionadas, proclamándose en paralelo leyes divinas enfrentadas a las del rey-hombre, Creón, tío de Antígona, a quien ella se dirige:

⁴ ASTORGA CAMPOS, Julián. *Ensayo III Comentario de Texto: PLATÓN, Gorgias 484a-c*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Letras, Escuela de Filosofía. Sección de Historia del Pensamiento, Filosofía Clásica I. Prof. Dr. Sergio Rojas. (30-11-2013)

⁵ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. (2007) *Un viaje por la HISTORIA DEL DERECHO*. (1era reimpresión inalterada). Buenos Aires: Quorum.

“[...] no era Zeus el que me daba esa proclama, ni Dike⁶ [...] ellos no establecieron esas normas para los hombres. Y porque juzgué que tus proclamas no tenían tanto poder que, siendo vos un mortal, pudieras pasar por encima de las normas no escritas e inquebrantables de los dioses, [...] que viven desde siempre, y nadie sabe cuándo vieron la luz. No iba yo a sufrir el castigo divino, por temor a la arrogancia de ningún hombre”⁷.

Volviendo a una biblioteca más moderna, se encuentra *El Príncipe*, de Maquiavelo (1513) quien como gran oportunista político, ausente de inquietudes morales, propone como esencial en vísperas de formar al dirigente para no sólo tomar el poder, sino también poder conservarlo “*obtener los fines perseguidos, sean cuales sean los medios utilizados*”⁸, hoy célebre justificativo y de hecho probablemente el argumento más utilizado en los accionares políticos actuales.

O bien, para dar una mayor perspectiva, continuaremos con el análisis realizado por el profesor François OST de la Universidad de Saint-Louis en Bruselas de *El mercader de Venecia* de Shakespeare (1596) que en paralelo con *Fausto* de Goethe (1806) nos permiten también adentrarnos en una esfera contractual desarrollada a lo largo de obras dialogadas. Es él mismo quien argumenta: “*Mientras que la narrativa literaria es "un laboratorio de juzgamiento moral"- y jurídico, podríamos añadir - que encontramos en ambas narraciones una modalidad de pacto eterno y diabólico.*”⁹ En *Fausto*, éste espera al Mefistófeles para que lo instruya, a cambio de ello, le promete que al final del vigésimo-cuarto año, “*el podrá disponer de su alma, conforme su buena voluntad y para la eternidad*”. Una historia que moviliza recursos ético-jurídicos de la responsabilidad y que unidas en su lugar, Antonio y Shylock, Fausto y Mefistófeles, los personajes principales de las obras, hacen de su contrato una máquina infernal, el cual una vez puesto en funcionamiento, no admite vuelta atrás ni reajustarse siguiendo reglas justas hoy secundadas en nuestra legislación, por ejemplo, por la teoría de la imprevisión (Artículo 1198 del Código Civil) o el vicio de lesión, introducido por la Ley 17.711 en el Artículo 954 del mismo Código y de constante aplicación en la práctica actual por nuestros tribunales a la hora de revisar las convenciones entre partes frente a cambios de circunstancias o bien cuando a una de ellas deja de resultarle útil mantenerla en vida, alejada ya del interés inicial que las llevó a pactar.

Retomando *El mercader de Venecia* de Shakespeare, además de permitirnos vincularlo con el Derecho Civil y las cláusulas contractuales o bien el concepto de lo justo, como derecho, entendido así por la Filosofía tomista también nos permite ligarlo al Derecho Penal, variable de este estudio, al analizar en qué circunstancias se desarrolló el juicio celebrado a Antonio, quien había contraído una deuda frente al prestamista Shylock, con quien firmó que en

⁶ Dike era la diosa de la Justicia para los griegos.

⁷ SOFOCLES (2001) *Antígona-Edipo Rey*. (Págs. 37 a 38) Buenos Aires: Puerto de Palos.

⁸ POL-DROIT, Roger. Traducción por María José FURIÓ. (2011) *Una breve historia de la Filosofía*. (Págs. 78 a 87) Madrid: Paidós.

⁹ OST, François. *Temps et Contrat. Critique du Pacte Faustien*. In : *Annales de droit de Louvain*. (1999) (Págs.17-44) Traducción propia.

caso de no pagarle al vencimiento del plazo, le entregaría una libra suya de carne. Es un juicio ausente de jueces y de abogados, donde los derechos de defensa no fueron respetados, ya que es Portia, la amada de Antonio, quien encabeza de alguna manera su defensa, por interés propio, y en dónde la disputa se repartía en cumplir a rajatabla las leyes impuestas en la ciudad, incluso ante tan abrupto abuso de la condición humana, tal como se solía practicar en tiempos romanos donde regía la Ley del Tali3n; o bien, desistir ante la nulidad de esta cl3usula arbitraria e injusta. Y donde partiendo de una controversia plenamente civil – la obligaci3n de cumplir con las cl3usulas del contrato – se adopta una sanci3n de tipo penal, una condena.

Para finalizar, Aguiar e Silva, autora lusitana, afirma que *“la literatura constituye una ventaja para los juristas, pues les posibilita la perspectiva de mundos que son alternativos al tradicional, permitiéndoles experimentar [...] la complejidad de la vida a trav3s de la participaci3n en las elecciones, decisiones y sentimientos de personajes que, en verdad son aut3nticas predicciones”*, concluyendo es debido reconocerle a la literatura el tornar al lector en una persona m3s cr3tica, condici3n fundamental para la pr3ctica del derecho.¹⁰ (Trinidad y Magalhaes Gubert, 2009, p.170). Frente a esto remata Freitas, diciendo que si bien el derecho y la literatura operan en dos universos diferentes, ambas disciplinas convergen al partir y necesitar de la interpretaci3n y cr3tica, para la cual se “retroalimentan” en un agregado personal.

No obstante la lentitud con la cual se inserta la literatura en las distintas 3reas del saber cient3fico, en especial el jur3dico, principalmente en Latinoam3rica, es posible tomar los lineamientos anglosajones y europeos para trazar un puente. As3 declara Enrique E. Mar3, quien cree que entre ambas disciplinas, el derecho y la literatura, hay una r3c3proca influencia.

Por otro lado, retomando los estudios del Dr. Trindade y la Mag3ster Magalhaes Gubert en *“Derecho y Literatura”*, no en vano citan a Barthes, quien considera que de ser necesario eliminar todas las disciplinas a excepci3n de una, se deber3a salvar a la literatura, en raz3n de que todas las ciencias se hacen presentes en el monumento literario. Y a Kaufmann, quien define a la literatura como la transformaci3n de la realidad recreada y retransmitida por la narrativa, siendo 3sta inevitablemente el reflejo de la realidad social.

Seg3n Garc3a Amado, *“la literatura es entre las ciencias humanas, una de las principales formas capaces de recuperar una perspectiva integral del ser humano, de su naturaleza, sus necesidades, sus voluntades [...] es posible valorar y criticar las insuficiencias y defectos del derecho [...]”*¹⁰(Trinidad y Magalhaes Gubert, 2009, p.170). Percy Bysshe Shelley, el esposo de la autora de Frankenstein, deja en claro en su *The Defense of Poetry (1821)*, que la

¹⁰ TRINDADE, Andr3 Karam y MAGALHAES GUBERT, Roberta (2009). *DERECHO Y LITERATURA. ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*. En papel y 3 en versi3n online. Revista Electr3nica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - A3o III, N3mero 4. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires.

http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0010_investigacion.pdf (30-11-2013)

teoría literaria debe ser vista como una importante aliada, en tanto considera a los poetas como los legisladores del mundo no reconocidos.¹¹

2. B MARCO TEÓRICO PROPIAMENTE DICHO

Tal como estiman el Dr. Trindade y la Magíster Magalhaes Gubert en su artículo, influenciados por pensadores europeos y anglosajones, el desarrollo histórico de esta temática puede dividirse en tres períodos diferentes. No es hasta fines de la década del 30 que surgen los primeros escritos sobre Derecho y Literatura en Europa y Estados Unidos, como punto de partida. Un segundo momento representa la etapa de profundización y difusión de estos estudios particularmente en Europa a lo largo de las décadas del 40 y 50; y en la década del 70 en Estados Unidos fruto del movimiento Law and Literature. Ya al tercer período lo encontramos a partir de la década del 80 al incluir el estudio de ambas disciplinas en conjunto en los programas universitarios y centros de investigación, logrando disparar en el siglo XXI en Brasil.

Por otro lado, en la actualidad el estudio del Derecho y la Literatura se desarrolla siguiendo diferentes puntos de vista, pero a fin de cuentas, donde todos parecen coincidir es en que para su trabajo corresponden adoptarse tres categorías:

La primera es denominada, el derecho *en* la literatura (law in literature), categoría desarrollada en las principales capitales europeas, según la cual buscan encontrarle un contenido ético a la narrativa, analizando las problemáticas y experiencias jurídicas representadas en la obra literaria, sean las definiciones y conceptos de justicia, la venganza, el funcionamiento de los tribunales, la defensa en juicio, entre otros; entendiéndola no tanto como ficción sino como “*documento de aplicación del derecho*”¹² (Trinidad y Magalhaes Gubert, 2009, p.196), que otorga mecanismos para mejorar la correcta interpretación y comprensión del derecho, colaborando así con la construcción jurídica.

Existen numerosos ejemplos de temáticas analizadas a partir de textos literarios, por lo que me remito a citar los más célebres: comenzando por el estudio de la negociación de la ley y la metáfora del contrato en el *Exodo* del Antiguo Testamento; siguiendo con el problema de la justicia terrenal en conflicto con la divina en *Antígona* de Sófocles; la secularización ante los criterios morales de clasificación de los delitos y castigos correspondientes en *La*

¹¹ SHELLEY, Percy Bysshe. (2009). <http://www.poetryfoundation.org/learning/essay/237844> (19-05-2014)

¹² TRINDADE, André Karam y MAGALHAES GUBERT, Roberta (2009). *DERECHO Y LITERATURA. ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*. En papel y 3 en versión online. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires. http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0010_investigacion.pdf (30-11-2013)

divina comedia de Dante Alighieri; el problema de la interpretación jurídica del *Mercader de Venecia* de Shakespeare; el individuo y la fuente de derecho natural para él en *Robinson Crusoe*, de Defoe y *Fausto* de Goethe; el estudio acerca de la culpa delictiva y las formas procesales en *Crimen y Castigo* de Dostoievski y *El proceso* de Kafka; la necesidad de humanización del sistema penal por Víctor Hugo en *Los miserables*; entre otros.

Así manifiestan el Grupo de Investigación Lecciones y Ensayos integrado por Carlos Adrián Garaventa, María Soledad Manin y Leandro Mazza en el artículo online *Literatura y Derecho: Crimen y castigo. La justificación de la pena en Crimen y Castigo* donde de manera clara y simple establecen que la obra en cuestión “[...] se trata de un trabajo literario aunque no puramente”.¹³

En segundo lugar aparece el derecho *como* literatura (law as literature), en este caso, predominante en Estados Unidos, por la cual se busca analizar los textos jurídicos siguiendo el modelo de análisis literario, la perspectiva retórica y la forma narrativa, partiendo de la base, que cada caso concreto debe ser estudiado en coherencia con sentencias previas y a futuro, siguiendo el entramado típico de una novela.

“Bajo la perspectiva retórica, el lenguaje surge como un elemento común al derecho y a la literatura, en la medida en que ambas disciplinas operan a través del discurso, [...] orientado en dirección al convencimiento de lo que se intenta transmitir, hasta su compleja capacidad de afirmación de los valores e intereses de la sociedad.”¹⁴ (Trinidad y Magalhaes Gubert, 2009, p.201). A modo de ejemplo, basta tomar las Constituciones Nacionales, que en su mayoría permiten una lectura no del texto literal sino más bien de la historia y valores fundantes de una determinada sociedad.

Por último, nos encontramos con el derecho *de* la literatura (law of literature), pero a diferencia de lo que ocurre con las dos primeras categorías, no constituye una relación complementaria en sí misma al abocarse al estudio de la regulación jurídica atribuida a la literatura, respecto de la propiedad privada intelectual, los derechos de autor, copyrights; los delitos de prensa, contra el honor; lo relativo al derecho de libertad de expresión, censura; las regulaciones administrativas en relación a la práctica profesional literaria, entre otros.

¹³ Grupo de Investigación Lecciones y Ensayos integrado por Carlos Adrián Garaventa, María Soledad Manin y Leandro Mazza. (2011) *Literatura y Derecho: Crimen y castigo. La justificación de la pena en Crimen y Castigo*.

<http://endisidencia.blogspot.com.ar/2011/04/literatura-y-derecho-crimen-y-castigo.html> (22-05-2014)

¹⁴ TRINDADE, André Karam y MAGALHAES GUBERT, Roberta (2009). *DERECHO Y LITERATURA. ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*. En papel y 3 en versión online. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires.

http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0010_investigacion.pdf (30-11-2013)

2. C ESTADO DEL ARTE

En función al desarrollo histórico de la materia literaria y jurídica en conjunto, es recién a partir de la década del 30 cuando comienzan a aparecer las primeras investigaciones, tal como exponen los Drs. Trindade y Magalhaes Gubert en su artículo *Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho*. Seguidos por otros autores brasileros como José Luis Bolzan de Moraes y Lenio Luiz Sreck con su proyecto *Derecho y Literatura: del hecho a la ficción*; Luis Alberto Warat, mediante la obra *La ciencia jurídica y sus dos maridos* en donde busca repensar el derecho.¹⁵

Históricamente comienza en Estado Unidos con la publicación del ensayo *A List of Legal Novels*, de John Wigmore en 1908 donde se apunta al estudio del derecho en la literatura. En 1925, el juez Benjamín Cardozo, estudia el derecho como literatura en un ensayo, *“proponiendo la lectura e interpretación de las sentencias judiciales como ejemplos de la literatura”*¹⁵ (Trinidad y Magalhaes Gubert, 2009, p.176). Ambos sientan las bases para incluir en los programas académicos estadounidenses universitarios la enseñanza del Derecho y la Literatura juntos.

En Europa aparecen los primeros ensayos de la mano de Hans Fehr en Suiza en 1935 y 1936 planteando la consideración de la literatura como fuente del conocimiento y crítica jurídica, a él se le suma en 1936 Antonio D'Amato, italiano que redacta *La letteratura e la vita del diritto* donde la literatura es presentada como un elemento de formación y evolución del derecho. Otra importante publicación es el ensayo *Psicología del sentimiento giuridico dei popoli*, en 1938 por Gustav Radbruch, donde abarca obras literarias célebres de Tolstoi, Flaubert y Dickens.

La segunda etapa, como ya se ha dicho previamente, se desarrolla a mediados del siglo XX con la publicación de la obra de Ferruccio Pergolesi, para quien la literatura *“no puede dejar de ser considerada en sí misma como un complejo material jurídico, [...] contribuye a conocer la historia de su derecho [...] permitiendo comprender también aspectos relativos a la historia social en general”*¹⁵ (Trinidad y Magalhaes Gubert, 2009, p.177). Principalmente, lo hace refiriéndose a obras de Moliere, Beltramelli, Pirandello, Manzioni, y otros.

Hans Fehr, escritor germánico, vuelve al campo científico en 1950 al publicar otro ensayo, *Die Dichtung des Mittelalters als Quelle des Rechts*, abocado a la representación del proceso en obras literarias y a investigar los problemas generales del derecho penal, como errores judiciales, el procedimiento y el fundamento último de la pena.¹⁵ (Trinidad y Magalhaes Gubert, 2009, p.177).

Ya en la década del 70 con James Boyd White se intenta imponer mediante el ensayo titulado *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*, el trato del derecho como un “sistema

¹⁵ TRINDADE, André Karam y MAGALHAES GUBERT, Roberta (2009). *DERECHO Y LITERATURA. ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*. En papel y 3 en versión online. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires.
http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0010_investigacion.pdf (30-11-2013)

cultural en el que participan la imaginación y la creatividad literarias, como componentes de la racionalidad jurídica.”¹⁶

Durante la tercer y última etapa, por el momento, en donde se consolida el estudio en los ámbitos académicos, época en la cual se concretiza el Movimiento Derecho y Literatura (Law and Literature Movement) como reaccionarios a la no utilización de elementos literarios en el estudio jurídico, corresponde citar a Goldoni y Manzoni como autores que han reflexionado acerca del problema de la justicia, particularmente en el derecho penal, y a Bruno Cavallone, quien se ocupó de analizar el proceso en general y el rito de la instrucción, utilizando como base a *Alicia en el país de las maravillas* escrito por Carroll. Son los alemanes quienes también le dedican su tiempo al estudio del proceso y la criminología.

A su vez, en Francia comienza a llamarse a congresos sobre el tema, en donde las principales obras consultadas fueron, *Antígona* de Sófocles, *El mercader de Venecia* de Shakespeare, *Orestéia* de Esquilo, *Don Quijote* de Cervantes, entre otros. Siendo volcados los resultados de las mismas en artículos, pudiéndose destacar las participaciones de Francois Ost, como traductor de los mismos y canal conductor, especialmente para Brasil.

En el marco italiano, se destacan los estudios de Sansone del 2001, que indirectamente son fuente de este trabajo al haber sido elegidos como la fuente principal de los autores brasileiros de quienes yo me baso.

Y en el español, podemos nombrar a Antonio Sánchez-Bayón, quien toma, para un artículo redactado en el año 2005, como objeto disparador de conclusiones, acerca de la promoción y protección de los derechos humanos como parte de un paradigma de democracia sostenible e integral, la misma obra que nos compete en este caso, *Crimen y Castigo* de Dostoievski. Lo que propone analizar lisa y llanamente es si puede existir un crimen sin castigo y si se hace bien en aplicar agravantes, atenuantes y eximentes para los crímenes.¹⁷

Sin embargo, es Estados Unidos el principal director en esta materia no sólo al haber creado el Movimiento sino por la subsiguiente elaboración de conferencias y revistas especializadas en el tema, tal como *The Yale Journal of Law and the Humanities* y *Cardozo Studies in Law and Literature* y la creación de asociaciones, como la Law and Humanities Section of the Association of American Law Schools, entre otras razones.

Tres son los protagonistas esenciales de esta evolución: White, Posner y Weisberg. Para este último, *“la literatura constituye una excelente fuente de conocimiento del derecho, porque trata dimensiones del fenómeno jurídico que normalmente no son abordadas por los métodos tradicionales. Cuatro son los elementos básicos demostrados por*

¹⁶ TRINDADE, André Karam y MAGALHAES GUBERT, Roberta (2009). *DERECHO Y LITERATURA. ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*. (Página 178) En papel y 3 en versión online. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires.

http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0010_investigacion.pdf (30-11-2013)

¹⁷ SANCHEZ-BAYON, Antonio. (2005). *Crimen y Castigo ¿Literatura o realidad jurídica? Retos del camino hacia la Democracia y la Paz*. Versión online. Revista de Ciencias Jurídicas N° 108 (11-32) setiembre-diciembre 2005.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/9711/9157> (07-06-2013)

las historias y eventos literarios: (a) cómo los juristas se comunican, esto es, se expresan y construyen sus discursos; (b) cómo los juristas se relacionan con los otros, especialmente a partir de las obras de Camus y Dostoievski; (c) cómo los juristas estructuran sus argumentaciones y, finalmente, (d) cómo los juristas se sienten”.¹⁸ (Trinidad y Magalhaes Gubert, 2009, p. 184). Por otro lado, Posner asume la posición interdisciplinaria, mediante el estudio de obras de Sófocles, Shakespeare, Dickens, Dostoievski, Melville, Kafka, Camus, entre otros.

A su vez, cabe agregar que Ronald Dworkin también se destaca en este área en razón de ser un jurista muy reconocido por los integrantes del movimiento jurídico-literario, esencialmente por proponer una técnica literaria de interpretación jurisprudencial, fundado en la hermenéutica¹⁹. Esta técnica consiste en estudiar al derecho como a la literatura, a partir del romance en cadena (chain novel), en donde los jueces del sistema jurídico Common Law, para sentenciar en un caso concreto nuevo, deberán tener en cuenta y analizar los precedentes, que serían los capítulos anteriores de una novela, en función de determinar si realmente se trata de un nuevo caso, como también en caso de obtener una respuesta afirmativa, la sentencia para el caso tendrá que indicar de qué precedente habrá partido, añadiendo en conclusión un nuevo capítulo a la novela.

Finalmente, en el campo jurídico argentino, cabe apuntar al trabajo que se realiza desde el proyecto “Lectores para la Justicia” desarrollado en el marco de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires buscando profundizar y ampliar las relaciones entre lectura, literatura y justicia. Este proyecto comenzó en el año 2009, queriendo “hacer teoría desde la ficción”. El grupo está conformado por abogados, estudiantes y profesionales de otras ramas, es dirigido por Sandra Wierzba, abogada, quien recientemente en una entrevista realizada por Matías Máximo para Infojus Noticias en abril de 2014, opinó que “los abordajes más tradicionales y ricos que hay en análisis de literatura y Derecho provienen de la Filosofía del Derecho, ya que los abogados y jueces no son por lo general de seguir esa línea de producciones. Creemos que existen tantas lecturas e interpretaciones como lectores y que la nuestra es una más”.²⁰

En uno de sus trabajos, dejaron expresado el papel fundamental que debe reconocérsele a la literatura a través del ejemplo de lo que ocurría en tiempo de regímenes políticos totalitarios, los cuales buscaban a toda costa impedir que los ciudadanos tuvieran alcance a los libros, en razón de considerarlos contenedores de pensamientos y teorías alentadoras de reflexión ideológica, facilitándoles así la tarea del dominio de voluntades.

¹⁸ TRINDADE, André Karam y MAGALHAES GUBERT, Roberta (2009). *DERECHO Y LITERATURA. ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*. En papel y 3 en versión online. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires. http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0010_investigacion.pdf (30-11-2013)

¹⁹ En la filosofía de Hans-Georg Gadamer, teoría de la verdad y el método que expresa la universalización del fenómeno interpretativo desde la concreta y personal historicidad. Real Academia Española.

²⁰ MAXIMO, Matías. (2014) *La literatura también es cuestión de Derecho*. Infojus Noticias online. <http://infojusnoticias.gov.ar/nacionales/la-literatura-tambien-es-cuestion-de-derecho-3130.html> (10-02-2014)

Citándolos: “La literatura de ficción [...] toca los mismos temas. Pero, sin duda alguna, las obras literarias aportarán un punto de vista distinto. Pues no buscan un resultado correcto en la solución de una contienda. Así, permiten al lector ampliar sus horizontes respecto de los comportamientos humanos, proponiendo otra mirada sobre el conflicto y, en ocasiones, otra posible solución.

[...] La Literatura, que muchas veces retrata los conflictos jurídicos desde otra óptica, puede generar un espíritu crítico, y quizás actuar como motor de cambio de la sociedad, y por ende de las normas que la regulan. En tal sentido podría decirse que la Literatura introduce un poco de “aire” en el pensamiento de los estudiosos del Derecho, que puede obrar como factor de transformación. Claro que este argumento no es lineal, ya que en muchas oportunidades el texto literario “confirma” al lector su escala de valores, la justicia del sistema y no hace otra cosa que estratificar desde otro ángulo la tendencia conservadora antes descripta. A este respecto, los mediadores de lectura podrán jugar un rol esencial a la hora de favorecer el intercambio, la discusión, la apertura del pensamiento, y en definitiva, el cambio.”²¹

3. DERECHO PENAL ARGENTINO VIGENTE

Con la finalidad de facilitar la comprensión de los resultados obtenidos se definirán aquí algunos de los conceptos sobre los cuales se centra el análisis siguiendo principalmente los lineamientos del Dr. Zaffaroni en razón de ser especialista en la materia penal y juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), pero alternando los mismos con teorías de otros autores célebres, que en definitiva remiten a él.

Para comprender que es el Derecho Penal, corresponde comenzar por ubicarlo, según palabras de Zaffaroni, éste derecho integra al **Sistema Penal** como ilustración completa del control social punitivo institucionalizado que cubre todos los recovecos del accionar delictivo, desde que se denuncia o sospecha de la comisión de un delito hasta que se impone y ejecuta la pena en el marco del proceso pertinente, “*presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza todo el procedimiento*”²², la actuación de los funcionarios judiciales y policiales, del público y los medios masivos, señalando también los casos y condiciones para actuar. Pese a que los casos a punir se encuentren previamente señalados en la ley penal, existe la tendencia a considerar, al menos según la teoría de Zaffaroni, que en la práctica el sistema penal persigue personas, estigmatizándolas y no acciones determinadas.

²¹ WIERZBA, Sandra M.; VINDERMAN, Felisa; VILA, Rosa; VILA, Ana María; BASSO, Daiana; ORFILA, Bartolomé y VILLEGAS, Carlos María. (2013) *Lectura, Literatura y Justicia en la formación universitaria*. (Páginas 182 a 185) Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 11, número 21, 2013, pp. 175-191. Buenos Aires, Argentina (ISSN 1667-4154)

http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/21/lectura-literatura-y-justicia-en-la-formacion-universitaria.pdf (22-05-2014)

²² ZAFFARONI, Eugenio Raul. (1991) *Manual de Derecho Penal*. (Página 31). (6ta Edición) Argentina: EDIAR.

Por otro lado, “[...] no hay una única ideología del sistema penal, sino una pluralidad de ideologías que se traduce en la multiplicidad de los discursos. El discurso jurídico o judicial, por regla general es garantizador, basado en el retribucionismo o en la resocialización (en la Argentina suelen combinarse ambos); el discurso policial es predominantemente moralizante; el discurso penitenciario es predominantemente terapéutico o de tratamiento”. (Zaffaroni, 1991, p.34). Siguiendo de cerca los tradicionales discursos, se puede concluir que proclaman el fin y la función preventiva del sistema penal, tanto resocializando al delincuente como advirtiéndole a la sociedad que esa conducta no es digna de ser simulada. Sin embargo, citando las palabras del juez de la CSJN, “En modo alguno está probado que el sistema penal prevenga conductas de los que no han delinquido, porque es claro que los criminalizados aumentan o disminuyen con independencia de las variantes del sistema”.²³ (Zaffaroni, 1991, p. 36).

Para Zaffaroni, el **Derecho Penal de Fondo** (la legislación penal) sienta bases dentro de las cuales se desenvuelve el sistema penal seleccionando y criminalizando personas. Es orientadora más no realizadora, su carácter es de tipo programático, da a conocer un ámbito de acción, siendo luego, el sistema penal el operario, quien cuenta con propios principios, permitiéndose excederse de los límites enunciados por la ley penal. Es una rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho. Por otra parte, la legislación penal es definida como “[...] el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos, [...] cuya violación se llama “delito”, y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, llamada “pena”, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor”.²³ (Zaffaroni, 1991, p. 56) Por lo que la meta fundamental para el derecho penal es proveer a la seguridad jurídica. En nuestro derecho positivo existe un límite para el despliegue de la coerción, es el Artículo 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN) que dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

El Delito lesionará la seguridad jurídica es dos aspectos: un objetivo, al afectar bienes jurídicos y el subjetivo, al generar una situación de alarma social. Sin embargo, la pena también implica lesión a bienes jurídicos del autor del delito sea su libertad, patrimonio, derechos según las penas que merezca en un marco determinado, pero se encuentra justificado a fin de garantizar los bienes jurídicos del resto de los integrantes de la sociedad.

Además, hay que tener en cuenta que el Derecho Penal, es una rama jurídica de derecho público, regulando las relaciones de los hombres con el Estado como persona de derecho público. A su vez, éste tiene como característica cumplir la función de proveer a la seguridad jurídica por medio de la coerción penal distinguiéndose de los otros

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. (1991) *Manual de Derecho Penal*. (6ta Edición) Argentina: EDIAR.

tipos coercitivos jurídicos por su carácter preventivo y reparador al reprimir a los delincuentes aplicando penas que pueden o no ser privativas de libertad, que también podrían utilizarse en conjunto sea al aplicar alguna medida de seguridad ante comportamientos típicos y antijurídicos inimputables o bien ante determinadas situaciones como el desamparo de un menor. El derecho penal es predominantemente sancionador y excepcionalmente constitutivo ya que sólo agrega tutela penal para con los bienes jurídicos, no los crea.

Este derecho como ya se dijo previamente, es un conjunto de leyes, por lo que se expresa mediante normas, caracterizadas por ser construcciones bimembres: compuestas por un antecedente, la descripción de la conducta delictiva, es decir, el delito y su consecuencia, que es la pena.

Para Eduardo Marquardt en definitiva el derecho penal tiene como misión propia la protección mediante las penas y las medidas de seguridad, de los bienes jurídicos tutelados en los antecedentes. A este fin puede agregársele que, según Creus, este derecho se preocupa por evitar futuros desequilibrios ante un hecho desequilibrante pero no por reconstruir el mismo, tal como ocurre en el Derecho Civil por ejemplo.²⁴

Volviendo al tema planteado a comienzos del apartado, respecto de la existencia de un derecho penal de autor opuesto al de acto, aún resta encontrar un criterio uniforme sobre qué significa derecho penal de autor, sin embargo, en lo que todos los doctrinarios convienen es en que tal afirmación que no prohíbe el acto en sí, sino más bien el acto como manifestación del ser, corrompe la práctica penal. Se analizarían personalidades como parámetros mensurables para determinar los patrones que poseen las personas llamadas delincuentes.

No obstante la crítica, existe una concepción del derecho penal de autor admitida, es la que analiza la culpabilidad por oposición a la teoría de la peligrosidad según personalidades. Me adelanto a decir que la teoría de la culpabilidad lo que realiza es tomar en cuenta la personalidad no del actor sino la revelada en el acto, es decir, la intención con la cual se actuó.

Para finalizar, Zaffaroni admite que existe un derecho penal común u ordinario, que se integra con el Código Penal (en adelante CP), como también por leyes especiales que remiten al código. A su vez, se llama derecho especial penal a aquél que modifica principios generales de la parte general en razón de especiales requerimientos de la materia punible, como lo es el derecho contravencional. Además, existen otras ramas del saber jurídico que la complementan que no son derecho penal stricto sensu, como el derecho penal administrativo, el derecho de la minoridad, el derecho de ejecución penal, encargado de regular la forma en que se debe realizar la privación de bienes jurídicos del penado para garantizar la prevención.

²⁴ CREUS, Carlos. (1992) *Introducción a la nueva doctrina penal. La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito*. (Página 33 a 37). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

Respecto de este último derecho especial, gran parte de la doctrina a la cual adhiero, considera que más bien se trataría de un conjunto de principios subyacentes al derecho penal, abarcando el procesal y el administrativo.

3. A DELITOS

Ahora bien, corresponde dejar en claro el significado de **Delito**, que para Zaffaroni, tiene la impresión de no ser una realidad social individualizable por las razones siguientes. Primeramente, el delito para él es una construcción social representada por medio de conductas, acciones o comportamientos, que importan conflictos a resolver en el marco de un sistema institucionalizado. Es observable a su vez, que este fenómeno afecta en mayor medida a sectores determinados en la sociedad, principalmente los de más bajos recursos y que frente a estas conductas cuestionables no siempre las instituciones dan una respuesta similar, generando una jerarquía de bienes jurídicos tutelables, o en contra partida de delitos perseguibles.

Para estudiarlo, se hace uso de la llamada Teoría del Delito, “[...] *parte de la ciencia del derecho penal, que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito. [...] es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto*”.²⁵

Los delitos en cuestión puede clasificarse en dolosos, directos, cuando se tiene la intención efectiva de cometerlo, indirectos, cuando si bien no quiere provocarlo, se presenta ese resultado como posible, o culposos, donde pese a no haber previsto esa finalidad, lo realiza por imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión, inexperiencia o bien por no atender reglamentaciones específicas. Por otro lado, pueden ser de acción u omisión en los casos donde se exige que se lleve a cabo conducta alguna. También pueden ser delitos consumados, cuando el autor realiza todos los elementos requeridos por el tipo; o bien, tentados, donde no se alcanza ese estado por causas ajenas, pero habiéndose comenzado la ejecución del mismo. Y por último, de autoría o participación según si es realizado por la misma persona que tiene el dominio del acto, sea autor inmediato, cuando ejecuta o autor mediato, en donde pese a tener el dominio, no ejecuta directamente; o bien, con la intervención previa de otro/s para el ejercicio únicamente, como el cómplice (primario, por ser indispensable o secundario) o el instigador. Tanto el cómplice primario como el instigador llevan la pena del autor.

Siguiendo lineamientos más modernos y pertinentes en Núñez, los dos primeros caracteres de la infracción punible o delito son la conducta, o acción, entendida como “*el movimiento corporal causado por un acto de voluntad [...]*”

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. (1991) *Manual de Derecho Penal*. (Página 318 a 320). (6ta Edición) Argentina: EDIAR.

*determinada (motivada) [...]*²⁶ (Núñez, 1999, p.117) y la tipicidad, como especie del género conducta, que no es el hecho punible sino que se limita a determinar conceptualmente la figura formal del mismo. Un segundo carácter específico es la antijuridicidad, es decir, oponerse al derecho en su totalidad.

La conducta típica y antijurídica para el derecho penal es un injusto penal, pero esto no significa que sea un delito, para serlo no solo tiene que estar tipificada esa conducta sino que a su vez, debe serle reprochable al autor, habiendo tenido la oportunidad de actuar diferente. La reprochabilidad es lo que se denomina culpabilidad, constituyendo el tercer carácter específico del delito. Al leer el Artículo 34 del CP (ANEXO 10. B II) se observa que no toda conducta típica y antijurídica es delito, por ejemplo en los casos donde el actor no puede comprender intelectualmente por incapacidad psíquica la antijuridicidad de su accionar (citándolo a Zaffaroni, el vulgarmente llamado “loco”). En definitiva, para él el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable.

Según establece Marquardt tanto en la concepción positivista del derecho como en la clásica, aparece el delito entendido como un ente sustentado sobre relaciones de carácter mecánico, oponiendo a las fuerzas del delito, físicas y morales, las fuerzas de igual carácter de la pena. Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre ambas doctrinas y es la actitud tomada frente a las exigencias de la seguridad jurídica. Para los clásicos, como Carrara, la esencia del delito reside en la infracción a la ley, como imperativo político, en cambio, para los positivistas, la norma jurídica resulta un “*cuerpo extraño en esa idea*”. Para ellos el delito es un fenómeno social y no un ente jurídico, pensamiento que conllevaría a la sanción de un Código Penal sin parte especial alguna en donde se tipifican los delitos.²⁷

Respecto del elemento “tipicidad” de la teoría del delito, Núñez aclara que “[...] *los conceptos de tipo legal y figura delictiva no son equivalentes; la figura delictiva es una hipótesis de acción antijurídica y culpable; el tipo legal es en cambio, o bien una abstracción que se construye a partir de la faz objetiva de las figuras delictivas, o bien la parte de esas figuras que se refiere sólo a la acción antijurídica y su resultado; [...] debería pues llamarse tipicidad, en sentido técnico, no a la conformidad con la figura delictiva, sino con el tipo legal. Este criterio es indispensable para comprender plenamente el dolo y la culpa, que deben ser referibles al tipo.*”²⁶ (Núñez, 1991, p. 138 a 150)

²⁶ NÚÑEZ, Ricardo C. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte General.* (4ta Edición actualizada). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner. Editora Córdoba.

²⁷ MARQUARDT, Eduardo H. (1977). *Temas básicos de Derecho Penal.* (Páginas 11 a 25). Buenos Aires: Abeledo-Perrot

3. A. i CONCURSOS DE DELITOS

Otro concepto a tener en cuenta vinculado con el delito, es el concurso. Al hablar de concurso, me estoy refiriendo al sistema de aplicación elegido por nuestro derecho penal para juzgar delitos cometidos por una misma persona. Los delitos ya juzgados no originan concurso alguno, sino más bien la reincidencia del condenado.

Nuestro Código Penal comprende el concurso material o real y el formal o ideal.

No habiendo definiciones opuestas, opto por citarlo a Núñez, en quién encuentro mayor claridad, *“existe concurso ideal si el autor comete un hecho que cae bajo más de una sanción penal. (Artículo 54 del CP²⁸) Sanción no significa pena, sino precepto o ley que la impone, vale decir, el tipo delictivo y la pena respectiva.*

El concurso ideal presupone que los tipos penales no se excluyen entre sí en razón de un concurso aparente de leyes penales. [...] significa desde un punto de vista real que existe un solo hecho natural sometido por la ley a varias calificaciones delictivas. De ahí la denominación de concurso ideal o formal de delitos. A los efectos de la pena la unidad de hecho, que implica unidad de culpabilidad, determina la unidad de la pena. [...]

El Código penal, que aquí sigue el principio de la absorción, unifica la pena en la pena mayor conminada para el hecho por la ley.”²⁹

Entonces son dos las características, por un lado, la comisión de un hecho por el autor y por el otro, la pluralidad de sanciones penales que lo comprenden. Concurriendo así varios tipos en una misma conducta, como agrega pertinentemente Zaffaroni.³⁰

También según afirma Núñez, *“existe un concurso real (material) de delitos cuando concurren varios hechos independientes cometidos por una misma persona. La concurrencia puede ser simultánea o sucesiva. En el segundo caso existe una reiteración delictiva.*

El concurso real presupone: 1) dos o más hechos; 2) la independencia de esos hechos, y 3) su concurrencia. [...] La pena del concurso real varía, pero siempre rige el principio de la pena única. [...] Si se trata de hechos reprimidos con una misma especie de pena, el Artículo 55³¹ establece una acumulación jurídica, [...] no es aritmética, sino jurídica, porque la penas correspondientes a los distintos hechos no se suman simplemente, [...] pues el máximo de

²⁸ **ARTICULO 54 del CP.**- Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

²⁹ NÚÑEZ, Ricardo C. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (Página 261 a 267). (4ta Edición actualizada). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner. Editora Córdoba.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. (1991) *Manual de Derecho Penal*. (Página 617). (6ta Edición) Argentina: EDIAR.

³¹ **ARTICULO 55 del CP.**- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.

Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

la pena única no puede exceder del máximo legal de la especie de pena que se trate".³² El mínimo de la pena será el mínimo mayor de las penas correspondientes a los delitos concurrentes.

Por otro lado, en caso que los delitos estén castigados con reclusión algunos y otros con prisión, corresponde guiarse por el Artículo 56 del CP³³. *"La regla, al disponer que se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor, establece el sistema de la conversión, que en sustancia consiste en la reducción de todas las penas concurrentes a la especie de la más grave entre ellas. La ley establece ese sistema porque, según el Art 56, párrafo 2º, únicamente la pena no divisible que concurre con otras divisibles, puede aplicarse sin modificación alguna, como pena única. [...] El monto de la pena única debe arreglarse a la última disposición del Art. 55.*

Si alguna de las penas correspondientes a los delitos concurrentes no es divisible, se aplica únicamente esta pena, salvo el caso en que concurran la prisión perpetua y al de reclusión temporal, en el que se aplica la reclusión perpetua, Art 56.

La inhabilitación y la multa se aplican [...] sin sometimiento al régimen de acumulación de las penas concurrentes."³²

3. B PENAS

La **Pena**, para evitar confusiones debe ser entendida como las restricciones de carácter coactivo que le impone el Estado al autor de un delito, restringiéndole de esta forma sus derechos, no obstante debe ser proporcional al delito cometido.

Como ha dicho Montesquieu, *"toda pena que no deriva de la necesidad absoluta, es tiránica."* Por justicia, Beccaria, entiende el vínculo necesario para mantener unidos los intereses particulares, que sin él se disolverían en el antiguo estado de guerra: todas las penas que superan la necesidad de conservar ese vínculo son injustas por naturaleza. El fin de las penas no es otro que impedirle al reo cometer nuevos delitos y alejar a los otros ciudadanos de igualarlo. El soberano que dicta las normas generales no puede juzgar que se haya violado el contrato social, de hacerlo, la sociedad se vería dividida en dos, una representada por el que afirma la violación del contrato, y la otra por el acusado, que la niega. Así, surge la necesidad de contar con un tercero imparcial que juzgue la verdad del hecho, el juez.³⁴

³² NÚÑEZ, Ricardo C. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (Página 261 a 267). (4ta Edición actualizada). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner. Editora Córdoba.

³³ **ARTICULO 56 del CP.**- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor. Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.

³⁴ BECCARIA, Cesare. (1999) *De los delitos y de las penas*. Traducción por Antonio Bonanno. (Páginas 34 a 35, 54 y 70 a 71). (1era Edición en Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento) Buenos Aires, Argentina: Losada.

Para Ricardo Núñez, doctrinario reconocido en materia penal, “la pena es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito”.³⁵

Sin embargo, Carlos Creus, también especialista en la materia, considera que es un grave error mantener la concepción en la cual se ve como retributivo el fin de la pena. Si lo es para un derecho penal de culpabilidad, pero si entendemos a este derecho como aquel que busca reforzar la protección de los bienes jurídicos su función no sería tanto retributiva como preventiva, tal como lo expresé previamente.

Existen diferentes tipos de pena, los cuales se pueden agrupar en 1) privativas de vida, como la **pena de muerte**, prohibida en la República Argentina ya sea por causas políticas así consagrado en la CN y en general desde la firma del Pacto de San José de Costa Rica; 2) privativas de libertad ambulatoria, la **reclusión** “Artículo 6º del CP.- La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.” y la **prisión** “Artículo 9º del CP.- La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.”; 3) privativas de capacidad, que puede ser perpetua o temporal y es la **inhabilitación absoluta** “Artículo 19 del CP.- La inhabilitación absoluta importa: 1º. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; 2º. La privación del derecho electoral; 3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; 4º. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión [...]” o la **inhabilitación especial** “Artículo 20 del CP.- La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere.” y 4) privativas de patrimonio, con la **multa** “Artículo 21 del CP.- La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado. Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio. El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello. También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado. Artículo 22 del CP.- En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad [...]” o el **decomiso** “Artículo 23 del CP.- En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las

³⁵ NÚÑEZ, Ricardo C. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (Página 277). (4ta Edición actualizada). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner. Editora Córdoba.

cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.” Las mismas pueden ser aplicadas de manera principal o bien accesoria a otra.

Pero a su vez, como sustitutos se han creado las medidas de seguridad para no descuidar el fin preventivo que en general debe terminar al cesar la situación de peligro. Por ejemplo al ser inimputable, en los casos donde no existe responsabilidad moral del sujeto activo; también donde el actor no cometió delito pero corre peligro algún bien jurídico personal, como un menor en situación de abandono o bien en caso de reincidencia, ante la inutilidad de la aplicación de alguna pena.

Las mismas se clasifican en 1) **medidas curativas** o de práctica de tratamientos médicos en reclusión manicomial o en establecimientos especiales, por ejemplo para los ebrios, toxicómanos, alienados, etc; 2) **medidas educativas**, aplicables por ejemplo a menores sean víctimas de delitos o actores y por último 3) **medidas eliminatorias**, recluyendo o aislando al individuo que presenta un alto grado de peligrosidad, por ejemplo los reincidentes. En este último caso, la medida es de duración indeterminada.

Además, para la correcta aplicabilidad de una pena, se deben tener en cuenta ciertas condiciones de operabilidad, como lo son ciertas causas personales que excluyen la pena, por ejemplo entre parientes, en el caso de daño a la propiedad, o que cancelan la pena, como lo hace un indulto, o bien que extingan la acción penal ya en el marco procesal, según el Artículo 59 del CP³⁶, entre otras.

A su vez, corresponde individualizar la misma para el caso concreto, ergo, precisar en qué cantidad y calidad de los bienes jurídicos se puede privar al autor de un delito para procurar la resocialización. En la Argentina, se sigue el sistema del libre arbitrio/sana crítica del juez, donde él decidirá la cantidad de la pena aplicable en base a la escala penal propuesta en la consecuencia de la norma penal incluida en el código. Para ello, tendrá en cuenta ciertas causas de atenuación (Artículo 40 del CP³⁷) y agravantes (Artículo 41 del CP (ANEXO 10. B I)), para aumentar o disminuir la pena, por ejemplo condiciones personales, como la edad, educación, costumbres y la conducta precedente del sujeto. Además de estudiar la magnitud del injusto en correlación con la escala penal provista, se debe prestar atención a la culpabilidad, es decir, las motivaciones del autor que pueden operar a modo de justificativos o bien eximirlos de responsabilidad penal y por último, admitir el correctivo de la peligrosidad.

³⁶ **ARTICULO 59 del CP.**- La acción penal se extinguirá:

1º. Por la muerte del imputado.

2º. Por la amnistía.

3º. Por la prescripción.

4º. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

³⁷ **ARTICULO 40 del CP.**- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

4. DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO VIGENTE

Como sucede en todas las ramas del derecho de fondo, que regulan conductas, tipifican hechos y sus consecuencias, existe a la par una legislación que dirige los pasos a seguir para realizar judicialmente el derecho en cuestión. Este es el **Derecho Procesal Penal, o Formal**, que tal como se desprende de su nombre, regula la forma en que se realiza el primero.

“Debido a ello se habla de “derecho penal de fondo” y “derecho penal de forma” (que sería el derecho procesal penal)”. Esta denominación induce a error, puesto que da la sensación que el derecho procesal penal es una rama del derecho penal cuando, en realidad, es una rama del derecho procesal, que se subdivide en derecho procesal civil, penal, comercial, administrativo, laboral, etc.”³⁸

No obstante, tal como aconseja Creus, pensamiento al cual adhiero por considerarlo coherente, para evitar que se deforme el proceso penal, debe ser estudiado según los principios y finalidades del derecho penal y no siguiendo la teoría general del proceso civil, con quien sólo comparte ciertas formalidades³⁹ y conceptos fundamentales, como los de acción, jurisdicción y proceso.

Alsina sostiene que *“el derecho procesal es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo, y su estudio comprende: la organización del Poder Judicial y la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la sustanciación del proceso”*.⁴⁰ (Levene, 1993, p. 5).

Ahora bien, el proceso penal para Alfredo Vélez Mariconde en *Los principios fundamentales del proceso penal según el Código de Córdoba*, es *“el conjunto o una serie gradual y progresiva de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos o por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante el cual se procura el esclarecimiento de la verdad para aplicar en concreto la ley penal”*.⁴⁰ (Levene, 1993, p. 207).

También Manzini sostiene que el proceso penal es *“el conjunto de actos concretos, previsto y regulados en abstracto por el derecho procesal penal para obtener del órgano jurisdiccional (juez) la confirmación de la pretensión punitiva deducida por el órgano ejecutivo (ministerio público) y, eventualmente, para realizarla en forma coactiva [...]”*. A su vez define derecho procesal penal como *“aquel conjunto de normas, directa o indirectamente sancionadas, que se funda en la institución del órganos jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el derecho penal sustantivo”*⁴⁰. (Levene, 1993, p. 7).

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. (1991) *Manual de Derecho Penal*. (Página 98). (6ta Edición) Argentina: EDIAR.

³⁹ CREUS, Carlos. (1992) *Introducción a la nueva doctrina penal. La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito*. (Páginas 40 y 41). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

⁴⁰ LEVENE, Ricardo (h.) (1993) *Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo 1*. (2nda Edición) Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Para Ricardo Levene el objeto del proceso pertinente es restablecer el orden jurídico, aplicando la ley a una situación concreta. Quedando así inferido que la relación de derecho penal sustantivo es su objeto principal, el cual surge del hecho sospechado delictuoso, que tiene lugar entre su actor, una vez individualizado y comprobado el hecho y el Estado. Dicha relación es de carácter público, de la cual derivan dos principios. Por un lado, el de la no disponibilidad del objeto del proceso, según el cual las partes no pueden desvirtuar o restringir el objeto del proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en el derecho procesal civil donde son las partes quienes limitan la controversia. Así como no puede limitarse el objeto de estudio tampoco es posible detener el proceso una vez iniciado tanto de oficio o por las partes, en los casos de delitos de acción pública, o sólo por las partes en lo de acción privada, dado que una vez iniciado la oficialidad la lleva el juez. Es diferente ante los delitos de instancia privada donde el impulso lo tiene única y exclusivamente la víctima.

No obstante buscar restablecer el orden jurídico, esta finalidad puede ir acompañada por la búsqueda del resarcimiento patrimonial del daño ocasionado, por medio de la devolución de lo sustraído, el pago de costas, entre otros.

Los sujetos de esta relación son tres: como partes el actor y el demandado, y el juez sobre quien recae el ejercicio de la función jurisdiccional en nombre del Estado. Para que la relación sea válida es menester que se cumplan con determinados requisitos de procedencia tanto de las partes, como su capacidad para intervenir, como también respecto de la demanda. Además de los sujetos principales pueden intervenir otros sujetos de tipo secundario como los son la parte o actor civil, el civilmente demandado o responsable por el daño resultante del delito, y el civilmente obligado al pago de la multa. También podemos encontrar órganos auxiliares del ejercicio de la actividad del juez, el secretario, el oficial de justicia, la policía judicial, etc, y de las partes privadas, sus representantes y defensores y terceros ajenos a la relación procesal pero de la cual participan aportando pruebas, son los peritos, intérpretes, testigos y los traductores.

La relación procesal se desarrolla, a su vez, conforme a ciertos principios. El principal consiste en la búsqueda de la verdad real o material, que significa aplicar la pena correspondiente a los culpables y absolver a los inocentes conforme la realidad de los hechos, como consecuencia de una instrucción/investigación a profundidad libre de perjuicios, o de direccionamientos por las partes. Por lo tanto, para desentrañar la verdad real/material o histórica en el proceso penal no rigen las limitaciones establecidas para las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas. Así queda establecido en el Artículo 193 del Código Procesal Penal Nacional⁴¹. Otros, según establece Levene en el Tomo 1 de su *Manual de Derecho Procesal Penal*, son la

⁴¹ **ARTICULO 193 del CPPN** - La instrucción tendrá por objeto:

1°) Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.

2°) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.

3°) Individualizar a los partícipes.

obligatoriedad del proceso penal, donde el Estado tiene el deber de ejercer la actividad jurisdiccional; la oficialidad, siendo el juez el competente para ordenar las diligencias procesales, principio que se compagina con el de inmediación, sobre el pesa la responsabilidad de mantener un contacto personal y directo con las partes; el principio de la contradicción, por el cual los actos de procedimiento deben efectuarse con intervención de la parte contraria; la oralidad; y de legalidad, según el cual sin reunir los requisitos legales nunca podrá haber pretensión punitiva. (Levene, 1993, p.207 a 235).⁴²

Por lo tanto, en ese afán de averiguar la verdad y garantizar los derechos de las partes a lo largo del proceso existe un entramado de garantías procesales y derechos consagrados en varios artículos de la Carta Magna argentina, estudiada por el derecho constitucional, rama con quien el derecho penal tiene mantiene “*una íntima relación y hasta dependiente*”.⁴² (Levene, 1993, p.16).

Fundamentalmente, es en el Artículo 18 de la CN donde encontramos las principales garantías y derechos a consagrar en todo proceso y por el sistema jurídico, respaldado por las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, al cual la República Argentina se encuentra adherida.

“Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

Por otro lado, es importante señalar que en la sección tercera del título primero de la Constitución, es decir, del que corresponde al gobierno federal, se trata al Poder Judicial, determinando su naturaleza y duración, como sus atribuciones.

4°) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.

5°) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque el damnificado no se hubiera constituido en actor civil.

⁴² LEVENE, Ricardo (h.) (1993) *Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo 1* (Página 207 a 235). (2nda Edición) Buenos Aires, Argentina: Depalma.

A su vez, todos los jueces deben supeditarse al principio contenido en el Artículo 16 de la misma, que establece el principio de igualdad ante la ley, según el cual todas las personas deben ser tratadas por igual, siempre que las circunstancias sean las mismas.

Se debe tener presente, que en caso de violación de algún precepto constitucional quedará expedita la vía judicial, a través del recurso extraordinario previsto en el Artículo 14 de la Ley 48, ante la CSJN.

Para poder comprender mejor las dimensiones de los preceptos principales corresponde analizarlos individualmente.

Comenzando por el análisis de la primera parte *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.”* se desprende que toda sentencia debe ser precedida por un proceso dirigido por los jueces naturales en el cual se le haya dado la oportunidad al denunciado de ser oído y defenderse de una acusación que incluya la clara descripción de la conducta imputada. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que las garantías constitucionales en materia criminal consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia.

Claro que para hablar de un juicio previo, se debe partir de la consagración del derecho constitucional a la jurisdicción, es decir, concurrir ante los tribunales de justicia, para obtener de ellos una sentencia útil, lo más rápido posible y firme. De lo contrario, el habitante se hallaría en un supuesto inconstitucional de privación de justicia.

Y por otro lado, de la consagración de otro derecho, el de ser juzgados por jueces naturales, asegurando así una justicia imparcial e independiente. El juez natural es aquel designado previo a la apertura de la litis conforme a la ley, contando con la competencia suficiente para decidir.

Emparentado a este precepto está el principio de legalidad, ya que como establece el artículo, nadie puede ser penado sin juicio previo, *“fundado en ley anterior al hecho del proceso”*. A su vez, teniendo en cuenta la ulterior modificación constitucional realizada en 1994 que eleva determinados instrumentos internacionales a jerarquía constitucional, cabe nombrar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica (en adelante PSJCR) ratificada en 1984, que obliga a la interpretación de las leyes penales en consonancia con las disposiciones de la misma añadiendo en su Artículo 9 que *“nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”*

Es al poder legislativo a quien le compete determinar el tipo penal y la conducta punible, según el principio de reserva. Acorde a nuestro sistema constitucional cuando se sostiene que es competencia del poder legislativo la determinación del tipo penal, se hace referencia estrictamente al Congreso Nacional, ya que es a él a quien compete el dictado del Código Penal y sus leyes accesorias (Artículo 75, inciso nº 12 de la CN), sin embargo,

conforme a los Artículos 5 y el Título Segundo de la Sección Tercera de la Segunda Parte de la Constitución, la legislación procesal penal corresponde a las legislaturas provinciales como poder no delegado. De igual modo, el CP legisla en tanto sobre materia de acciones penales y otras claramente procesales sin volverlas inconstitucionales ya que por un lado no existe disposición que determine una reserva total y por otro lado, la retención de potestades legislativas procesales tiene lugar siempre y cuando no afecte el principio consagrado por la CN en el Artículo 16: *principio de igualdad ante la ley*, de ahí que el Congreso Nacional pueda dictar normas armonizadoras.

Sin embargo, existen normas que no necesariamente son precisas y por ende, las consecuencias de su aplicación puede ser contempladas por el juez o el Poder Ejecutivo, éste último caso se ve principalmente en los regímenes autoritarios. No obstante, debe quedar claro que necesariamente el rango punitivo tiene que ser impuesto por el Congreso.

Tal como señaló la Corte Suprema en el caso “Musotto” (Fallos 310:1909), *“el concepto constitucional de ley previa no implica necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y que no existe óbice constitucional para que el contenido de los deberes y prohibiciones dependa sustancialmente de la valoración que realizará el juez en vista de circunstancias concretas no susceptibles de enumeración previa”*.⁴³

Este precepto es la recepción del postulado *nullum crimen, nulla pena sine lege*, conforme al cual no puede haber sanciones de tipo retroactivas. Esta ley debe ser una norma general, no aceptándose normas particulares, debiendo describir un tipo penal y determinando cuál será la pena conveniente de aplicar.

Debe quedar claro que la exigencia de ley anterior al hecho rige únicamente para el proceso penal, ya que en el civil el juez puede aplicar los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia o, en su defecto, principios generales del derecho en caso de haber lagunas legislativas.

En consecuencia, se desprenden tres objetivos accesorios que son el de evitar las leyes penales retroactivas, sin embargo, esta prohibición sólo hace hincapié en leyes que empeoren las condiciones de los encausados, no así en caso de tratarse de leyes benignas, cuya aplicación es perfectamente constitucional, incluso si es posterior al hecho del proceso. Otra es la prohibición que pesa sobre el juez de crear figuras penales, principalmente al interpretar analógicamente las normas penales.

Como también la irretroactividad de la pena, entendiéndose que al momento de producirse un hecho, éste sólo podrá ser considerado delictivo si así está establecido en alguna ley preexistente al hecho.

Por otro lado, corresponde aclarar que el derecho penal occidental, incluido el argentino utiliza por lo común la noción de derecho penal de acto, sustentada en el hecho cometido, sancionando así conductas y no personalidades

⁴³ SAGUES, Néstor P. (2007) *Manual de derecho constitucional*. (Página 887) (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea).

como se hace bajo los lineamientos del derecho penal de autor. Si analizamos las disposiciones constitucionales, en el mismo Artículo 18 se hace lugar a la teoría occidental al condenar a alguien *“por el hecho del proceso”*.

Ahora bien, otro precepto constitucional es el derecho a la defensa al cual me referí previamente *“Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”*. La primera manifestación del mismo es el derecho a ser oído, excluyendo así el dictado de sentencias en rebeldía/in absentia. La segunda es el derecho a elegir defensor o bien a renunciar a la asistencia letrada. Sin embargo, como se desprende del análisis del caso *“Avenida Independencia”* (Fallos 308:1557) la CSJN señaló que *“si el Estado acusa por medio de un fiscal letrado, el acusado debía estar también asesorado jurídicamente. Surge así la exigencia de la defensa obligatoria, en el ámbito penal, por lo que si los procesados, al formular sus descargos, no tuvieran asistencia letrada ni se les hizo saber su derecho a contar con dicho auxilio, corresponde absolverlos [...]”*.

Lo mismo ocurre si el acusado no es asistido en su indagatoria judicial por el letrado designado con anterioridad al acto. [...] aún contra la pretensión del propio interesado de defenderse por sí mismo”.⁴⁴

También me parece oportuno detenerme en el análisis del derecho de ofrecer y el deber judicial de producción de pruebas. *“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; [...] El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.”*

Respecto al principio de incoercibilidad de la confesión, restringida al campo penal, se puede decir que abarca el derecho a no declarar, por lo que nadie debe ser sometido a ningún tipo de coacción o amenaza para obtener así su declaración, como también el silencio no puede ser comprometedor. Además, abarca la prohibición de tormentos y azotes para exigir compulsivamente una confesión, que comprende la tortura psíquica, entre otros.

En cuanto a los otros medios de prueba, la CSJN estableció que sólo será constitucional aquella prueba obtenida de forma válida, y no mediante procedimientos condenados por la ley. Así, serán inválidas las pruebas obtenidas como consecuencia de la violación de garantías constitucionales. Asimismo, la Corte entendió que si el único camino de investigación estuvo viciado de ilegalidad, las pruebas originadas a través de él, también serán consideradas nulas. *“En “Montenegro” (Fallos 303:1938), la Corte revocó una condena fundada en hechos probados mediante una investigación basada en la confesión extrajudicial del reo, lograda mediante apremios legales”*.⁴⁴

De la última parte del Artículo 18 de la CN, donde se afirma que *“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución*

⁴⁴ SAGUES, Néstor P. (2007) *Manual de derecho constitucional*. (Página 866 a 872) Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”, se impone la concepción de la pena no como un castigo, sino más bien como el método de reforma y readaptación del condenado. A su vez, como se desprende de la lectura, las cárceles están destinadas a aquellas personas que cuenten con una sentencia firme condenatoria, por lo que hasta ese entonces debiera regir el principio de inocencia. Es así, que la prisión preventiva debe ser entendida como una medida excepcional por su severidad, procedente en los casos donde se pruebe fundadamente que el inculpado intentará eludir la acción de la justicia, buscando su impunidad o simplemente perjudique la acción de la justicia.

Cabe hacer alusión a los trabajos forzados impuestos junto con alguna pena privativa de libertad, los cuales son válidos siempre y cuando no afecten la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluso.

También le sigue el principio de respeto a la autonomía ética consagrado en el Artículo 19: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Con el subsiguiente principio de reserva: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

Es más, aún puede añadirse otro principio subyacente, tal como declara Ricardo G. Uncal, profesor titular de la materia Filosofía del Derecho en la Universidad del Salvador, el de la proporcionalidad *“que busca reconocer en el proceso penal la misma importancia a las garantías de defensa que se deben al imputado por su dignidad humana, que a las garantías de eficacia de la investigación que se deben a los demás individuos no imputados, en procura de su seguridad física y jurídica.”* (ANEXO 10. A. I))

Para terminar con la explicación de los principios constitucionales que resultan útiles para analizar el proceso seguido a Raskólnikov en función de remarcar si fueron respetados, quiero dejar en claro que existen otros varios principios penales de rango constitucional, como el principio de *non bis in idem*, por el cual nadie puede ser penado dos veces en razón del mismo delito; el *in dubio pro reo*; el derecho a la doble instancia y a recurrir, entre otros, que si bien son de suma importancia para los procesos en general, no demuestran correspondencia con el caso en concreto.

Las etapas que todo proceso debería respetar son: la instructora (que se divide en una parte inicial y una intermedia con el auto de procesamiento) y de juicio. La instructora necesita la mera sospecha de la comisión de un delito para que luego el juez explique las razones por medio de pruebas que lo lleven a confirmar que el imputado es responsable del delito. Luego de la indagatoria debe sobreseerlo (quizás porque el imputado es inimputable) o elevarlo a juicio (con el auto de procesamiento) y cuando no se han podido disipar las dudas con el hecho hipotético se le concede la libertad por falta de mérito suficiente para sobreseer o para elevar a juicio. El auto de procesamiento es una declaración de mérito cuando el juez considera que hay motivos bastantes para considerar al

imputado culpable, autor del hecho. Se adopta incluso después de haberlo escuchado al imputado. Puede conllevar o no la prisión preventiva. Se usa para regularizar el estado de una persona al cual se le ha imputado penalmente un delito. En cambio, la sentencia declaratoria necesita la certeza.

Como se ve las finalidades son diferentes, en la primera se averigua si en principio se cometió el delito y quién es el responsable para poder legitimar luego un requerimiento fiscal, en cambio la segunda es para posibilitar la sentencia condenatoria. A su vez, también varían las formas, la primer etapa es escrita en contraste con la segunda que es oral, salvo la prueba irreproducible, tomada en la instrucción y volcada al juicio.

La primera de ellas, desde un punto de vista clásico, es la preparatoria o instructoria porque intenta adquirir pruebas tendientes a verificar mínimamente la existencia de un hecho punible y de la persona responsable de ese hecho. A la par de adquirir conocimiento tenemos que realizar una actividad que nos asegure que llegado el momento de la sentencia, esta se pueda cumplir. Comienza con una denuncia, acción que tiene el ministerio público fiscal. Luego, le sigue un requerimiento fiscal de instrucción, para delimitar el hecho, sujetos y elementos de prueba. Será condicionante para que el juez de instrucción pueda llevar a cabo su análisis. A continuación la declaración indagatoria como primera oportunidad que tiene el sujeto de ejercer su derecho de defensa y de prueba. Después viene el auto de procesamiento donde se determina en qué situación se encuentra un sujeto, 10 días posteriores a la declaración indagatoria por resolución judicial. Se puede dictar el auto de procesamiento con elementos de convicción suficiente, en carácter absolutorio/sobresiendo o la intermedia que es la falta de mérito (faltan elementos suficientes para alguna de las otras dos resoluciones por ejemplo si quedan pendientes medidas de prueba). Si no quedan pendientes el juez debería resolver y ante un caso de duda se hará lugar al principio *in dubio pro reo*.

Como etapa intermedia está la crítica instructoria que el código de procedimiento no determina como etapa y tiene como finalidad saber si hay elementos para elevar a juicio. Se le da vista a las partes para que determinen si se da por concluida la etapa de prueba o se opongan excepciones. Es valorativa de los elementos de prueba que se realizaron en la etapa de instrucción, si el fiscal considera que faltan pruebas le devolverá la causa al juez pero no es vinculante para el tribunal y este podría acusar si quisiese. Allí, el juez revisará si se cumplieron los elementos de prueba propuestos en el requerimiento fiscal.

El defensor sólo puede instar el sobreseimiento frente a los elementos que se dieron u oponer excepciones procesales, estas son defensas formales (dilatorias o perentorias) y son cuestiones relativas al procedimiento que corren por vía incidental, separadas del cuerpo principal. Las incidencias se sustancian correspondiendo correr traslado a la otra parte para que se expida.

El fiscal es hoy quien acusa, investiga y muchas veces decide porque si no impulsa la acción el juez no podrá decidir. Por lo que en definitiva se asemeja al sistema inquisitivo. Si el fiscal considera que no debe seguir instando la acción, el juez deberá sobreseer. Si el juez quiere sobreseer pero no el fiscal, éste podrá apelar en cámara.

El sobreseimiento siempre es apelable porque se lo equipara a una sentencia definitiva por ende puede llegar a casación.

Por último, está el auto de elevación a juicio fundado por resolución de elevación a juicio. Si hay oposición de la defensa se elevará por auto (fundado), si no hay oposición, atento a esto, se eleva por decreto, pudiéndose recurrir.

La fundamentación de los recursos tiene como fin que pueda ser reprochado, el defensor o el fiscal pueden hacer una crítica pero no es recurrible. A pesar de ello por falta de fundamentación se podría decretar la nulidad.

Luego está la etapa de juicio que se realiza ante un tribunal, compuesto por tres jueces, salvo en lo correccional, que es unipersonal. Su finalidad es preparar el debate, comenzando con la citación a juicio por cédula para notificarles e intimando el ofrecimiento de prueba, en un plazo de 10 días. En razón de regir la contradicción absoluta, lo no ofrecido en tiempo oportuno no podrá ser considerado, salvo que se tome conocimiento de hechos nuevos.

En principio se proveerá de la prueba de la etapa de instrucción. Las pruebas complementarias instadas por las partes o el juez se llaman instrucción suplementaria pero se debe fundar el porque se las conoció después y que no sean repetitivas de los probado previamente para que la declaren conducente. Los medios de prueba son los mismos, lo que no se incorpora allí no podrá ser parte del debate. Realizada la prueba, se fija audiencia para el debate, que comienza con la lectura del requerimiento de elevación a juicio que no es más que la acusación en sí misma, el hecho, en calidad de qué participaron los imputados, cual es la calificación jurídica, elementos de prueba, etc.

La etapa de debate comienza con una nueva declaración indagatoria, para que nuevamente puedan defenderse, tiene la misma naturaleza jurídica que en etapa instructoria (defensa y prueba). Esta etapa de prueba inicia con la prueba testimonial, primero declara la víctima o el querellante salvo en caso de homicidio. Después declaran los testigos especializados sobre sus pericias, las cuales se someterán a consulta de todos los presentes, no pudiéndose preguntar nuevos puntos de pericias porque sería introducir nuevos elementos de prueba dificultando la defensa, por eso es que se habla de la *inmutabilidad del objeto procesal*, sí es posible exigir aclaraciones en caso de contradicciones entre pericias.

Luego de la producción de prueba, se pasa a los alegatos, donde se valora y se cuestiona la procedencia de la prueba presentada. En consecuencia están las réplicas, consideraciones legales sobre las observaciones que hicieron las otras partes. Si hay nuevos hechos en alegatos se deberá pedir la nulidad de la acusación.

El juicio culmina con el pedido de pena y acusación por parte del ministerio público fiscal o el de absolución si no lo quiere condenar o en posición de la defensa con su inocencia o una disminución de la pena.

Una vez realizada la acusación, se retira el cuerpo del tribunal a deliberar sobre la sentencia condenatoria o absolutoria, a la cual se llega por simple mayoría, pudiendo dar los considerandos con posterioridad. La sentencia obtenida es apelable, en casación únicamente por cuestiones de derecho, claro que también queda expedita la vía del recurso extraordinario por sentencias arbitrarias ante la CSJN.

Entre el mínimo y el máximo de la pena el juez tendrá en cuenta las circunstancias y motivos personales como índices mensuradores de la pena sean atenuantes o agravantes (Arts. 40 y 41). Respecto de la figura del arrepentido, ésta no está legislada en el código, salvo para determinados delitos sea reduciendo o eximiendo de pena aunque el tribunal podría considerarlo así, es completamente jurisprudencial.

4. A PRUEBAS

A la misma suele definírsela como “el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido al proceso. [...] en el penal es obtenida en su mayor parte por el juez y se rige por la verdad material, efectiva o real, más fácil de alcanzar por los mayores poderes del órgano jurisdiccional. Si el fin de la prueba es esclarecer la verdad a los efectos de una justa resolución de la causa, su objeto reside en su mayor parte en los hechos, y por excepción en las normas de experiencia y en el derecho [...] Concretamente el objeto es el hecho punible y la autoría”⁴⁵

Antiguamente en los códigos derogados o viejos, reinaba el principio de las pruebas legales que significa que el código establece la forma y medio a través de los cuales se prueban determinados hechos. Era típico que la prueba plena se obtuviese con la declaración de dos testigos hábiles, uno solo no servía.

Hoy día se deja en manos de los jueces la forma en que ha de concluir, si se reconstruyó o no, apelando solamente a las reglas de la sana crítica, leyes o razón del juez, para inferir si se tiene por acreditado o no un hecho.

En relación con la prueba Manzini introdujo el concepto “cuerpo del delito” haciendo referencia a los medios materiales que sirvieron para preparar el hecho, las cosas sobre las cuales se lo cometió, las que lo constituyen, las huellas dejadas por el delincuente o el delito, entre otras. Sin embargo, la doctrina moderna lo considera más bien como el conjunto de aspectos que exteriorizan el hecho delictuoso, la prueba de su ejecución y no sólo la manifestación instrumental.

En el homicidio, el cuerpo del delito puede quedar probado por la confesión, si está corroborada por otras circunstancias, así lo estableció la Suprema Corte de Buenos Aires.

⁴⁵ LEVENE, Ricardo (h.) (1993) *Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo 2.* (Página 565 a 609) (2nda Edición) Buenos Aires, Argentina: Depalma.

En cuanto a los medios de prueba son generalmente enumerados de forma taxativa aunque surjan continuamente nuevas técnicas, que de igual modo pueden ser clasificadas dentro de alguno de los medios tradicionales.

Los medios hoy admitidos en el Código Procesal Penal Nacional explícita e implícitamente utilizados en la instancia de instrucción son: la inspección judicial y reconstrucción del hecho; registro domiciliario y requisa personal; secuestro; testigos; peritos; intérpretes; reconocimientos y careos; prueba documental y las presunciones e indicios necesarios en el sistema de la sana crítica, criterio rector para el juez penal. La confesión también puede ser un medio de prueba pero no es suficiente por sí mismo, sino más bien es un indicio.

Sin duda, también existen medios prohibidos como los tormentos y azotes a los cuales se hace referencia en el Artículo 18 de la CN, principalmente utilizados ilegítimamente para obtener la confesión.

5. APARTADO METODOLOGICO

Difícil sería encarar el análisis desde una óptica de refutación o acuerdo dado que el estudio en cuestión es bastante específico con variables cualitativas, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal argentinos vigentes, ramas jurídicas considerablemente estudiadas, lo cual permite plantear un estudio descriptivo, precisando y predeterminando los aspectos relevantes a analizar de la unidad de análisis, o sea, la obra Crimen y Castigo “- puesto que no es posible abarcar la total multidimensionalidad de ningún fenómeno, por acotado que sea -” (Horacio Chitarroni, 2008, p.123)⁴⁶. Entonces en intención de analizar e interpretar nuestro objeto de estudio se debe partir desde un enfoque cualitativo por medio de un análisis de contenido, vale decir, de la obra Crimen y Castigo de Dostoievski y como datos secundarios los recolectados de las diversas fuentes propuestas como bibliografía consultada. Ya que, como sostiene Hans Gadamer, filósofo alemán, “[...] el modo de comprender humano es típicamente interpretativo, realizando la comprensión constructiva que traduce de una realidad captada a la propia realidad comprendida. De allí que todo conocimiento es, a su vez, interpretación que implica el reconocimiento de la realidad que se comprende”.⁴⁷

Este tratamiento nos permitirá triangular las distintas teorías extraídas de las fuentes secundarias elegidas como las más relevantes, tanto ensayos y/o artículos de autoría académica jurídica sobre los aspectos de la realidad susceptibles de adoptar categorías, en este caso, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal argentinos vigentes, ya sea habiendo estudiado específicamente a Crimen y Castigo desde su campo científico o bien en la

⁴⁶ CHITARRONI, HORACIO (coordinador), AGUIRRE, S. M., COLOTTA, M., CONIGLIO, V., DESTRO, L., DIYARIAN, V., ESCANES, V. y MAESTRO, C. (2008). *La investigación en Ciencias Sociales: lógicas, métodos y técnicas para abordar la realidad social*. (1ª ed.) Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador.

⁴⁷ LUGO RENGIFO, G. (2002). “Esbozos sobre la hermenéutica de Gadamer”, disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos11/gadamer/gadamer.shtml> (21-05-2014)

generalidad de la materia con los “*datos producidos “a la medida”*” para esta investigación como fuente primaria, según palabras de Horacio Chitarroni (2008, p.127).⁴⁶

En consecuencia, el modelo de análisis que se desprende es lógicamente el inductivo, al estudiar las variables intentando extraer de las mismas un principio general implícito tal como lo define la Real Academia Española.

A su vez, la elección de la obra rusa, Crimen y Castigo de Fédor Dostoievski, queda justificada por el destacado lugar que ocupa en las bibliotecas y cátedras literarias mundiales, sea por su carácter moralista o bien, precisamente por los diferentes matices jurídicos que presenta. Considerando que el desarrollo de la novela constituye la única unidad de análisis de este trabajo, éste denota una temporalidad transversal, ya que se trata de un punto determinado en el tiempo marcado por el inicio y fin de la obra, no pudiendo extender el análisis de la unidad a otro tiempo, eso implicaría modificar la obra.

Por otro lado, existen pruebas fehacientes de que ha influenciado a personajes científicos desde los campos de la psicología con Freud, del económico con Marx, como al mismísimo Albert Einstein, quien ha dicho “*Ningún científico me ha dado tanto como Dostoievski*”⁴⁸, ya en el marco de lo literario-filosófico podríamos nombrar Nietzsche, así también a escritores de su misma talla como Kafka, Faulkner, Stevenson.

Es así que el muestreo adoptado para este trabajo se infiere que es el no probabilístico, al haber elegido la obra pertinente voluntariamente y dentro de éste, de tipo intencional que como explica Horacio Chitarroni : “*En este tipo de muestreo no buscamos en modo alguno que la muestra se parezca a la población. Por el contrario, nos interesamos exclusivamente en cierto tipo de casos, que nos resultan relevantes desde el punto de vista teórico*”⁴⁹. Ergo, las conclusiones obtenidas en este trabajo no pueden ser extensibles a otro objeto de estudio distinto del intentar llevar ésta ficción literaria, situada en la Rusia del siglo XIX, a la realidad penal de la sociedad argentina del siglo XXI.

6. RESPECTO DEL DERECHO PENAL ARGENTINO VIGENTE SEGÚN EL CÓDIGO PENAL/LEGISLACIÓN PENAL STRICTO SENSU

Entendiendo al derecho penal como un conjunto de leyes, cuya manifestación es mediante normas caracterizadas por presentar una estructura bimembre, compuestas por un antecedente descriptivo del delito y su consecuencia punitiva, me detendré en analizar individualmente cada conducta delictiva descrita en la novela rusa y su correlativa pena.

⁴⁸ MARTINOVA, BELA. (2010). *Fiódor M. Dostoievski Cuentos*. (1ª ed.) Buenos Aires: Debolsillo.

⁴⁹ CHITARRONI, HORACIO (coordinador), AGUIRRE, S. M., COLOTTA, M., CONIGLIO, V., DESTRO, L., DIYARIAN, V., ESCANES, V. y MAESTRO, C. (2008). *La investigación en Ciencias Sociales: lógicas, métodos y técnicas para abordar la realidad social*. Pág. 245 (1ª ed.) Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador.

6. A EL CRIMEN PUNIBLE

A lo largo de este capítulo, nos concentraremos en indagar acerca de qué delito/s cometió el personaje principal de la obra *Crimen y Castigo*, bajo el nombre Rodión Románich Raskólnikov.

Sin embargo, previo a poder analizar el iter criminis, ergo, el completo desarrollo de la conducta delictiva, desde los parámetros penales del derecho argentino vigente, tal como se haría en la práctica, corresponde exponer acabadamente los hechos.

Superficialmente hablando, Raskólnikov era un joven que se encontraba en situación de humildad, razón por la cual había tenido que suspender sus estudios universitarios en derecho. Él vivía en un cuartucho que alquilaba en el callejón S. de San Petersburgo, Rusia. El alquiler incluía el almuerzo y la atención de la sirvienta. Aplastado por la pobreza, hacía algún tiempo se encontraba en un estado de tensión e irritación. Era delgado, esbelto y de una estatura mayor a la media.

Debido a su pobreza, frecuentemente se aparecía en la casa de una vieja usurera, que se dedicaba a realizar empeños a muy bajo interés para el depositante. Desde el punto de vista delictivo, la usura está condenada (ANEXO 10. B III)), más aún en caso de practicarse habitualmente, pero en razón de no tratarse de un delito cometido por el personaje principal, excede las dimensiones temporo-espaciales de este trabajo.

Ya en las primeras páginas de la novela queda expuesto aunque de manera difusa el preordenamiento al delito a producirse. *“Le faltaba poco para llegar, sabía incluso cuántos pasos había desde la puerta de su casa [...] alguna vez los había contado, cuando forjaba sus sueños.”* (*Crimen y Castigo*, Colihue, 2007, p. 6)⁵⁰ La señora vivía en el tercer piso de un edificio, él sabía también que allí se encontraba viviendo, en otro departamento, un alemán con su familia, que parecía estar mudándose, lo cual le hizo entender que en ese piso sólo quedaría alquilado el departamento de la vieja. *“Esto viene bien...por cualquier cosa...”* (Palabras de Raskólnikov en *Crimen y Castigo*, Colihue, 2007, p. 7).

Una vez dentro, con el fin de dejar a empeño un reloj de plata de su padre, procede a memorizar y aprender todo lo que se encontraba en la habitación, recordando la disposición de la misma, en caso de ser necesario. Todo el departamento consistía en dos habitaciones.

En la visita surge un problema, ya que había vencido el plazo para retirar un anillo depositado previamente, por lo cual, por el reloj, cobrándose la vieja el interés, no recibió mucho. Sin embargo, Raskólnikov sabía que *“había venido por otra cosa”*. (*Crimen y Castigo*, Colihue, 2007, p. 8).

“La vieja metió la mano en el bolsillo para sacar las llaves y fue a la otra habitación tras las cortinas. El joven, al quedar solo en el medio de la habitación, aplicaba el oído con curiosidad y cavilaba. Se oía como abría la cómoda

⁵⁰ DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007). *Crimen y Castigo*. Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

[...] las llaves, entonces, las lleva en bolsillo derecho...todas en un solo manajo [...] y hay una llave el triple más grande que todas, [...] que por supuesto no es de la cómoda...Entonces, hay todavía algún estuche o baulito... [...]" (Crimen y Castigo, Colihue, 2007, p. 10).

Antes de partir, adelantó que volvería con una cigarrera de plata también para empeñar. Una vez fuera expresa "de que suciedad es capaz mi corazón" (Crimen y Castigo, Colihue, 2007, p. 11). Todos estos elementos confirmarían el 1er momento en su premeditación.

El segundo momento ocurre luego de leer una carta proveniente de su madre acerca de las futuras nupcias de su hermana. "De repente se estremeció: un solo pensamiento, también de ayer, vino de nuevo a su cabeza [...] un mes atrás, [...] se trataba de sólo una fantasía [...]"(Crimen y Castigo, Colihue, 2007, p. 58).

A Raskólnikov le sigue un tercer momento, a través de un sueño en donde la víctima era una yegua, incongruentemente, en este caso se representa directamente el arma homicida: "¿es posible acaso que yo tome realmente un hacha, la golpee en la cabeza, le aplaste el cerebro?... [...] voy a forzar la cerradura, robar y temblar; esconderme todo manchado de sangre [...] ¿es posible?" (Crimen y Castigo, Colihue, 2007, p. 75).

Una vez elegida el arma, accidentalmente se le pone a disposición información de suma importancia que termina motivándolo en la ejecución final. Aliona Ivánovna, la vieja, vivía con su hermana menor, Lizavieta, acerca de quien escucha en conversación con una familia de vendedores que alrededor de las 6 de la tarde, al otro día, dejaría sola la casa para sacar adelante un negocio, quedando la usurera sola y desprotegida. Esta circunstancia lo dejaba a él un paso más cerca del éxito.

Antes de cometer el delito conversando en un bar con un oficial y otro estudiante sobre esta mujer, el estudiante confiesa que podría matarla y robarle sin el menor remordimiento. Agrega que a la par de su exagerada riqueza hay varios jóvenes perdidos sin alcanzar sustento alguno, familias enteras que podrían ser salvadas de la miseria, corrupción, la muerte, el vicio, y todo con su dinero. "Si se la asesinara y se tomara su dinero, para después consagrarse con su ayuda al servicio de toda la humanidad y el bien común: ¿qué crees?, ¿acaso no se expía un insignificante crimen con mil buenas acciones?"⁵¹. A tal punto, esta conversación le sirvió a Raskólnikov de una "extraordinaria influencia", casi como una instigación involuntaria. De poder probar la voluntariedad en la instigación al homicidio, el estudiante podría haber quedado como partícipe instigador del delito cometido por nuestro personaje.

Ahora bien, es posible realizar un análisis jurídico de esta situación, por un lado, queda clara la intención de matarla y robarle pero lo que aún falta dilucidar es si matarla es un medio para cometer el robo, de ser así nos

⁵¹ DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007). *Crimen y Castigo*. Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. (Página 82) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

encontraríamos frente a un homicidio agravado *criminis causa*, Artículo 80 inciso n° 7 del CP⁵², aquí el homicidio sería elegido como medio para facilitar, consumir o preparar el robo; o bien, los delitos se presentarían como independientes, queriéndola matar por un lado (homicidio simple, Artículo 79 del CP u homicidio calificado por otra agravante Artículo 80) y robarle por el otro, Artículo 164 del CP (ANEXO 10. B V)), respuesta que se obtiene al avanzar en la lectura de la obra.

No obstante, aparece un elemento de suma importancia para el análisis del *iter criminis*, y es la alevosía, otro agravante del homicidio simple, Artículo 80 del CP, inciso n° 2⁵³, con la cual el personaje principal decide actuar. En caso de optar por la primera interpretación, el delito cometido sería un homicidio doblemente calificado para facilitar, consumir o preparar la comisión de otro delito (el robo) realizado con alevosía y en caso de la segunda interpretación los delitos cometidos serían: homicidio agravado por alevosía, ya no la figura simple; y el robo corriendo independientemente.

Lo único seguro por el momento es el accionar con alevosía en la producción del homicidio, que explicaré a continuación. La alevosía opera como un calificante o agravante del delito homicidio, es por ello que corresponde explicar en qué consiste este delito.

El homicidio es el primer delito tipificado en el código penal en el libro segundo, De los Delitos, abarcado por el Título Primero, donde se tratan todos los delitos contra las personas, específicamente por el Capítulo 1, donde el bien jurídico tutelado es precisamente la vida humana, que va del Artículo 79 al 88 englobando las figuras de homicidio simple, agravado, atenuado, instigación al homicidio, homicidio culposo y la figura del aborto. (ANEXO 10. B IV)).

Puede decirse que hay vida humana en el momento en que una persona existe, entendiéndose desde que es concebida por medio de la unión de las células germinales para el derecho civil, en cambio, para el derecho penal vida humana hay desde que el óvulo es anidado en el seno materno, teniendo consideración de los métodos nuevos de fecundación. No hay duda alguna, en que más allá desde que momento comience la vida, siempre culmina con la muerte. No obstante, es importante diferenciar al sujeto pasivo en el homicidio de la figura del aborto, en el caso del homicidio, sólo es practicable desde que comienza a nacer con los primeros dolores, cualquier otro momento previo podrá hacer lugar al aborto.

Lo tutelado esencialmente es el funcionamiento vital del complejo orgánico en palabras de Carlos Creus en su *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 1*, esto quiere decir que la ley no tutela la actividad autónoma de un órgano ni de un conjunto de órganos separados del organismo. No habrá vida cuando el complejo orgánico

⁵² **ARTICULO 80.** - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:
7° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

⁵³ **ARTICULO 80.** - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:
2° Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

hubiese dejado de funcionar incluso si algunos órganos siguen haciéndolo, pero sí a la inversa, siempre que el complejo funcione aunque precariamente. No interesa tampoco, si el funcionamiento del complejo está subordinado a ayuda artificial, siempre y cuando no lo reemplace por completo.

La acción típica definida en el Artículo 79 del CP es la de matar a otro, y éste hace referencia al homicidio simple, delito de tipo subsidiario, cuya pena (prisión o reclusión de 8 a 25 años) sólo corresponde aplicar en caso que en el código no se estableciese otra más oportuna. Matar debe entenderse por extinguir la vida de alguien. No estarían contemplados en la figura simple los casos de aborto, homicidio culposo, atenuado o agravado y los casos donde expresamente el homicidio esté visto como resultado agravatorio de otros delitos.

En busca de mayores sustentos para garantizar este bien jurídico, sin ir más lejos, ya lo encontramos en el quinto mandamiento “No matarás”. Como explican Petrinelli y Witemburg, “*El homicidio es la acción de matar voluntaria e injustamente a un ser humano. El quinto mandamiento afirma que no puede darse muerte injustamente, golpear, herir o hacer cualquier daño al prójimo en el cuerpo, ya por sí o por otros.*

Es gravemente pecaminoso el homicidio directo y voluntario. [...]

También se prohíbe hacer algo con intención de provocar indirectamente la muerte a una persona.”⁵⁴

Es un delito de comisión, que puede realizarse por medio de omisiones, en los casos donde el autor ha contraído la obligación de preservar la vida del sujeto pasivo.

A su vez, se trata de un delito de resultado, es decir, la muerte tiene que haber sido causada por el accionar del autor. Tiene que haber una relación de causalidad no interrumpida, sin embargo esto no quiere decir que el tiempo transcurrido entre la conducta y el resultado altere jurídicamente la relación causal. Además la acción del sujeto activo puede detenerse en tentativa y no consumarse en absoluto, también en ese caso será penado.

Respecto de los medios utilizados, cualquiera parecería oportuno, tanto morales como físicos, el elegido debe haber sido utilizado con intención de causar la muerte, aceptando el riesgo de causarlo al hacer uso de él.

Al hacer referencia a los elementos que integraban la teoría del delito, hicimos hincapié en la culpabilidad, es decir, la reprochabilidad de la conducta del autor. En el caso de esta figura, se requiere un dolo, que puede ser tanto directo como eventual y a su vez, en el homicidio básico cabe el llamado homicidio premeditado, objeto de una prolongación deliberada del agente.

Analizando el comportamiento de Raskólnikov, podría decirse que cometió un homicidio simple premeditado, sin embargo, si bien es cierto que hubo una deliberación prolongada acerca de matar a la usurera, lo principal que motivó la comisión fue conocer que tal día a una determinada hora, su hermana menor, no iba a estar haciéndole compañía con lo cual, su tarea se vería rápidamente facilitada por la indefensión que podría presentar una señora

⁵⁴ PETRINELLI y WITEMBURG. (2007) *Fundamentos de Ética, Aspectos de lo ético-social*. (Páginas 216 a 221) Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.

mayor. Es por ello que es certero que el homicidio de Aliona Ivánovna fue cometido con alevosía y por lo tanto le corresponde la pena del homicidio agravado del Artículo 80 inciso nº 2, que es prisión o reclusión perpetua.

Creus y Boumpadre definen la alevosía como un modo que agrava la pena “*por las menores posibilidades de defensa de la víctima. [...] es obrar a traición y sobre seguro. [...] por traición se entiende el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y sobre seguro la intención del agente de obrar sin riesgos para sí*”⁵⁵.

Para recapitular, como requisito objetivo encontramos la indefensión de la víctima y la ausencia de riesgos para el victimario. No es indispensable la total ausencia de resistencia, basta una mínimamente riesgosa. Como requisito subjetivo, entonces, el autor debe querer obrar sobre seguro, sin riesgos, analizando la situación que procede del ataque mismo, y no de la reacción posterior que asuman terceros. Ello requiere una preordenación, esto no implica una premeditación, aunque en el caso en cuestión sí se haga manifiesta por un lado por haber estado planeándolo hace tiempo. Como se desprende del día del acto delictivo, Raskólnikov se acerca a la casa de la usurera, con una cajita de madera que aparentaba ser la cigarrera de plata a empeñar como había prometido, envuelta de una manera casi imposible de desatar, a propósito, con el objetivo de distraer a la anciana durante un tiempo y de ese modo aprovechar el momento. Tal cual expone el profesor Jorge Luis Villada, “*Matar con alevosía [...] Sea que esta muerte se logre ganándose la confianza de la víctima o despreviniéndola [...]*”⁵⁶.

A su vez, añade que gran parte de la doctrina especialmente extranjera considera que la indefensión debe ser consecuencia del maniobrar del agente, es decir preordenada, circunstancia que sí se observa en el análisis de esta obra. Sin embargo, no es necesario que siempre ocurra así, pudiéndose el autor aprovecharse de ese estado.

En palabras del Dr. Matías Tonon, debemos recordar que el personaje conocía con antelación a la usurera, tenía relación, la frecuentaba, razón por la cual no le fue un obstáculo poder ingresar a su vivienda sin levantar sospecha alguna respecto de sus intenciones, aprovechando la "confianza" por parte de la víctima de permitirle el ingreso sin ningún tipo de reparo. El autor se aprovechó de esa situación que le permitió actuar con sorpresa, tomando a la víctima indefensa y sin que se le genere peligro alguno.

El día del crimen, lo único que le faltaba era tomar prestado el hacha del portero, sin que se de cuenta, que luego devolvería una vez limpia.

⁵⁵ CREUS, Carlos y BUOMPADRE (2010) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1.* (7ma edición actualizada y ampliada) (1era reimpresión) (Páginas 20 a 22) Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

⁵⁶ VILLADA, Jorge Luis. (2004) *Delitos contra las personas. Homicidio, aborto, lesiones, duelo, abuso de armas, abandono, omisión de auxilios.* (Página 38 a 41) Argentina: Editorial La Ley.

El tiempo que le llevó terminar con los preparativos hizo que se hicieran las 7, recordando que Lizavieta, la hermana menor, no iba a estar desde las 6, mientras más tarde se hacía, más eran las posibilidades que ella regrese y lo sorprenda.

Al llegar, descubre, que no sólo el otro departamento del piso estaba vacío sino también el mismo departamento en el piso de abajo. Una vez adentro, Raskólnikov entrega aquel objeto prometido para empeñar, del cual tratando de desatar el cordón, obliga a la usurera a dejarlo solo por unos segundos, poniéndose de espaldas a él, y ahí es cuando procede y descarga el hacha sobre ella, más precisamente sobre su parietal, ocasionando la muerte. A continuación, toma las llaves del bolsillo derecho y corre hacia el dormitorio. Sin embargo, de alguna manera piensa que la usurera podría seguir viva por lo que regresa a la primera habitación y en procura de chequear la efectiva situación, toma el impulso para descargar nuevamente el hacha, pero desiste. En ese accionar, advierte un cordoncito en el cuello de la víctima del cual colgaba una bolsita y dos cruces, corta el cordón y toma todo sin siquiera ver que había dentro de la bolsita. Al volver al dormitorio, comienza a probar las llaves en la cómoda pero ninguna parecía ser la indicada con lo cual, reflexiona y cree que las llaves pueden corresponderle a un baúl. Abandona la cómoda y se arrastra hacia debajo de la cama, allí aparece un baúl, el cual logra abrir. Dentro de él encuentra trapos, ropa y objetos de valor entremezclados, los cuales toma sin pensar hasta llenar todos sus bolsillos.

Una vez que escapa esconde todo lo robado sin realizar cuenta alguna, tampoco procura abrir la bolsita que encontró en el cuello de la víctima, sobre la cual más adelante en la novela, nos enteramos que había una cantidad de dinero interesante.

Svidrigáilov, antiguo patrón de la hermana de Rodión, había escuchado salir la primera confesión del mismísimo Raskólnikov en conversación con Sofía Semiónovna, una joven huérfana que se había ganado su confianza y cariño. *“Es un asesino. Asesinó a una vieja funcionaria, usurera, a quien él mismo le empeñaba cosas; asesinó también a la hermana, una vendedora, de nombre Lizavieta, que entró inadvertidamente en el momento del asesinato de su hermana. Las asesinó a las dos con un hacha que llevó consigo. Las asesinó para robarles, y robó, tomó dinero y algunas otras cosas... Todo esto se lo transmitió palabra por palabra a Sofía Semiónovna, que sola conoce el secreto [...]”*⁵⁷

Todo este análisis me permite elegir la primer interpretación entre las dos previamente señaladas, en donde tenemos un homicidio doblemente agravado por la conexidad/crimins causa, es decir, un homicidio como medio para facilitar, consumir, preparar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí

⁵⁷ DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007). *Crimen y Castigo*. Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. (Página 603) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito (Art. 80, inciso nº 7), y también por la alevosía (las calificantes del homicidio no se excluyen si bien no incrementan la pena, que sigue siendo prisión o reclusión perpetua) operando en concurso material, entre sí y con el robo, cuya pena correspondiente será tratada en el siguiente apartado del cuerpo de este trabajo.

Como establece Creus en su texto *“el homicidio criminis causa se conecta ideológicamente con el otro delito. Esa conexión puede ser final o impulsiva. Es final cuando el otro delito ha sido el motivo que ha inducido al agente a actuar; el lo que ocurre cuando el homicidio se comete para preparar, facilitar, consumir u ocultar el otro delito o procurar la impunidad para el mismo agente o para otro o asegurar los resultados [...] Es impulsiva [...] cuando el otro delito ha sido la razón por la que el agente actuó, es el caso en que el agente mata por no haber logrado el fin propuesto.”*⁵⁸

Son varias las posibilidades que se desprenden de este artículo, no obstante, considero más oportuno para el análisis de la muerte ocasionada a la vieja usurera, el supuesto por el cual Raskólnikov la mata para facilitar la comisión de otro delito, el robo.

Según lo define Jorge Luis Villada, *“el autor mata previamente, para posibilitar el mejor modo de accionar en el otro delito propuesto. Matando en su creencia o realidad, se eliminan riesgos u obstáculos para cometer el otro delito. Se asegura de ese modo reprochable la empresa delictiva.”*⁵⁹

Entonces, siguiendo este razonamiento, antes de analizar la figura del robo, quiero adelantarme al pensamiento del lector y explicar porque además de haber matado con alevosía no puede decirse que lo hizo motivado por la codicia, otro agravante enumerado en el inciso nº 4 del Artículo 80 del CP.

Primero y principal, por las causas ya expuestas en los párrafos anteriores, parecería ser que para Raskólnikov si bien se encontraba en una situación de pura miseria, las expectativas de riqueza no eran su móvil, análisis fácil de probar si se demuestra que del robo lo único que buscaba era pagarse sus estudios y mantenerse.

*“[...] una vez que me apropiara del dinero de la vieja lo utilizaría para mis primeros años, sin atormentar a mi madre, para mi mantenimiento en la universidad, para los primeros pasos después de la universidad [...]”*⁶⁰

Por otro lado, como se define en el libro de Laje Anaya, Homicidios Calificados, la codicia como motor, *“significa el aumento del deseo de ganancia en una medida extraordinaria, malsana y moralmente chocante”* y según cita a

⁵⁸ CREUS, Carlos y BUOMPADRE (2010) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1.* (7ma edición actualizada y ampliada) (1era reimpresión) (Páginas 32 a 36) Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

⁵⁹ VILLADA, Jorge Luis. (2004) *Delitos contra las personas. Homicidio, aborto, lesiones, duelo, abuso de armas, abandono, omisión de auxilios.* (Página 52) Argentina: Editorial La Ley.

⁶⁰ DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007). *Crimen y Castigo.* Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. (Página 512) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

Núñez, *“La codicia no debe confundirse con la simple finalidad lucrativa [...] no basta, por consiguiente, el simple objetivo de lucro, sino que es necesario que el acto lucrativo denote, aunque sea de manera eventual, inclinación exagerada al lucro”*.⁶¹ Ninguno de estos elementos se hace presente en la descripción de los hechos, la ventaja económica exagerada no fue su móvil por lo tanto no correspondería aplicar la agravante aunque Raskólnikov haya deliberado sobre la posibilidad de obtener ventajas.

Ahora bien, la figura del robo, Artículo 164 al 167 bis del CP (ANEXO 10. B V)) está incluida en el Capítulo Sexto del Libro Segundo del Código penal, destinado a la protección individual, más precisamente a un bien jurídico que no es atributo de la personalidad y que le es extrínseco, y es la propiedad como dice Creus. La propiedad entendida tal como otorga extensión la Constitución Nacional en el Artículo 17, comprendiendo no sólo el dominio y las demás relaciones jurídicas con las cosas, constitutivas de derechos reales, sino también el poder que se tiene sobre bienes, incluso si se llega a el de forma ilegítima o que se puede llegar a tener en virtud de derechos que reconocen su fuente en relaciones personales, es decir, las obligaciones. La finalidad buscada al cometer alguno de estos delitos debe ser disminuir el patrimonio del sujeto pasivo, la víctima, aunque le compense la pérdida. El agente debe actuar en contra de la voluntad de la víctima o bien viciándola. Todo consentimiento libremente emitido elimina la tipicidad.

Es oportuno explicar porque se trataría de robo y no hurto. El robo es una figura que para perpetrarse exige un despliegue de fuerza en las cosas o violencia en las personas, antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

Siendo fácil advertir la fuerza ejercida sobre el cordoncito al cortarlo del cuello y la violencia desplegada haciendo uso de un hacha sobre la usurera para poder facilitararlo, puntualmente para vencer todo tipo de resistencia al quitarle las llaves. Quiero reiterar que el homicidio se cometió con plena intención, por ello es que hay un homicidio *criminis causa* para facilitar el robo, y no un caso de muerte en ocasión de robo, como agravante del robo en el Artículo 165 del CP.⁶²

Para continuar con el análisis, siguiendo las posibilidades que nos otorga el código y que encontramos en el anexo 10. B V) podemos pensar que se trata de un robo simple o de un robo agravado por el uso de armas, teniendo en cuenta la utilización del hacha.

Sin embargo, a mi entender, me parece oportuno descartar la posibilidad del agravante por uso de armas, Artículo 166, inciso n° 2, cláusula 1⁶³, según deja en claro Creus, *“ [...] el arma debe haber sido utilizada en la comisión del hecho, esto es, en la etapa ejecutiva del apoderamiento hasta su consumación, la utilización del arma con*

⁶¹ ANAYA, Laje. (1970) *Homocidios Calificados*. (Página 109 a 111). Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.

⁶² **ARTICULO 165.** - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

⁶³ **ARTICULO 166.** -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

anterioridad a esos actos ejecutivos (para preparar o facilitar) o con posterioridad (para lograr el fin propuesto o la impunidad) no sirven para calificar, sino que dejan vigente la figura del Art. 164⁶⁴.

Más razones para afirmar aquello son que habiéndose usado el hacha simplemente para facilitar el robo y lograr la impunidad al aparecer Lizavieta, su uso queda consumido por la figura del homicidio y por ende no corresponde calificar al robo como agravado, sino como simple⁶⁵.

Sintetizando, hasta el momento estaríamos en presencia de un homicidio calificado por su conexidad (o criminis causa) agravado a su vez por la alevosía, en concurso material o real con un robo simple.

Sin embargo, mientras hurgaba entre las pertenencias del baúl, en el cuarto aledaño, donde se encontraba el cuerpo, se escucha un grito, al salir a ver de quien se trataba, por un lado, descubre la puerta abierta, parecería ser que en ningún momento desde que entró en el departamento fue cerrada, y por el otro, Lizavieta, la hermana menor de la usurera, se encontraba de pie. Al verla se lanza contra ella con el hacha, la cual da a parar en el cráneo, ocasionándole una muerte súbita.

En consecuencia, estaríamos ante la comisión de otro homicidio encuadrado en el inciso n° 7 del Artículo 80, el criminis causa al cual nos referimos con anterioridad, con pena de prisión y reclusión perpetua. Nuevamente son varias las posibilidades que nos presenta este artículo⁶⁶ no obstante, del estudio del caso, resulta acertado decir que la motivación fue dolosamente ocultar el otro delito o lograr su impunidad; o también, aunque improbablemente, asegurar los resultados. En palabras de Villada, con ocultar se busca *“evitar ser descubierto o eliminar la prueba de cargo o rastros personales o materiales del otro delito. [...] Es el caso de la muerte provocada a la víctima y a testigos claves [...] Para procurar la impunidad por un delito cometido, para sí o para otro, [...] se mata con posterioridad para evitar las consecuencias represivas por tal hecho. [...] Puede que el testigo o persona que se mató, haya sido ciega o sordomuda y no haya sido útil para testimoniar respecto al hecho o que por distracción no haya presenciado el anterior delito”*. Y en el caso de matar para asegurar los resultados de un delito, quizás la causal menos fuerte partiendo de los hechos, *“se mata porque de ese modo, se asegura el botín o provecho obtenido por el otro delito”*.⁶⁷

⁶⁴ CREUS, Carlos y BUOMPADRE (2010) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*. (7ma edición actualizada y ampliada) (1era reimpresión) (Páginas 466 y 467) Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

⁶⁵ **ARTICULO 164.** - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

⁶⁶ **ARTICULO 80.** - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:
7° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

⁶⁷ VILLADA, Jorge Luis. (2004) *Delitos contra las personas. Homicidio, aborto, lesiones, duelo, abuso de armas, abandono, omisión de auxilios*. (Página 53) Argentina: Editorial La Ley.

Debe quedar claro, que habiendo confluencia de figuras por la consumación del homicidio para poder robar, ya existe concurso de tipo material por ser diferentes las conductas, es por ello que el último delito descrito viene a añadirse a la fórmula final, compuesta entonces por un concurso material entre dos homicidios calificados por el inciso nº 7 (crimínis causa, uno para facilitar otro delito y el otro para ocultarlo) siendo el primero a su vez, agravado por la alevosía y finalmente, un robo simple. En total son tres figuras delictivas.

6. A. i. MOTIVACIONES

Para empezar quiero hacer alusión por su oportunidad al texto entregado por el Dr. Barbón Lacambra, profesor titular de Filosofía del Derecho en la carrera franco-argentina de la Universidad del Salvador, *Derechos y Contraderechos* de Sagués.

Allí el autor explica que en paralelo al crecimiento delictivo en las ciudades han incrementado los justificativos por parte de los agresores, sostenidos por desconexiones morales que les impiden sentirse culpables de sus actos.

Es así, que el sujeto entiende que su acto fue bueno, inclusive si está condenado por una norma, por ejemplo ante casos de robo o hurtos para salir de la miseria. Como también otra de las razones en las que se fundan es comparar el delito que llevaron a cabo con otros más graves, en cierto modo buscando que se los disculpe por haber sido menor; o el recurrir al cambio de denominación de la acción para reducir su contenido delictivo e incluso algunos optan por trasladar la culpa del acto dañoso a la víctima, la sociedad en general o a la ineficiencia del Estado. Así es como afirman que el robo no es delito sino más bien una equitativa redistribución de la pobreza, quizás siguiendo los lineamientos de Proudhon, quien considera la propiedad como un robo ya de por sí.

“La responsabilidad social [...] puede justificarse entendiendo que el agresor está condicionado en su comportamiento por factores [...] es aquella sociedad, y no él, la verdadera culpable [...] la responsabilidad del sujeto concreto tiende así a diluirse [...] enunciada por Rousseau en su célebre tesis de que el hombre nace bueno, pero la sociedad lo convierte en malo” (ANEXO 10. A. III)

Para los delincuentes todo parecería estar justificado por el estado de necesidad en términos abstractos sin precisar intervenir en los casos concretos.

De alguna manera puede concluirse que lo que en realidad hacen los sujetos activos es contraponer sus derechos a los derechos de los sujetos pasivos, operando como contraderechos.

Es factible observar esa desconexión moral en el accionar de Raskólnikov, ya que detrás de su situación económica y social, se escondía el deseo de probar su teoría napoleónica según el cual sobre algunas personas se esperan conductas revolucionarias o salirse del camino que marca su conciencia, y no las estandarizadas y conservadoras del ciudadano promedio. Esta idea expresada en un artículo suyo publicado en *La palabra Periódica* además de

consumirlo, fue su principal motivo delictivo. Quería probarse a sí mismo si podía darse el lujo de pertenecer a ese grupo “fuera de lo común” al elegir entablar una lucha que en la coyuntura en la cual se desenvuelve la obra parecía justa, contra la injusticia social, eligiendo como medios dos delitos, el homicidio y el robo. Coyuntura que de hecho permite trazar un paralelo con lo que efectivamente ocurría en la sociedad rusa del siglo XIX.

Raskolnikov parece emplear los fundamentos del utilitarismo al enfrentar las consecuencias negativas de asesinar a la usurera frente a los beneficios positivos que se obtendrían de entregar su dinero a la sociedad. *“El último de los movimientos que influyeron fuertemente en la construcción de Raskolnikov y de sus ideas napoleónicas fue el utilitarismo inglés, establecido por el filósofo Jeremy Bentham. En su tratado The Principles of Legislation, Bentham se enfoca en exponer la idea del “principio de utilidad” y en cómo este funciona como unificador entre la moral y las prácticas legislativas. El “bien” y el “mal” quedan definidos por Bentham como conceptos móviles que pueden utilizarse sólo en función del beneficio que brinda una acción [...] lo “bueno”, según Bentham, es aquello que produce la mayor cantidad de placer y la menor cantidad de dolor, mientras que lo “malo” sería aquello que produce más dolor que placer. El principio de utilidad, entonces, reduce la valoración moral de cualquier acto a simple matemática; como lo pondría el estudiante en la conversación que oyó Raskolnikov en la taberna: “¿Crees que no se borra un pequeño crimen con miles de buenas obras? Por una vida, miles de vidas salvadas de la podredumbre y de la descomposición. Una muerte, y a cambio, cien vidas; ¡si es una cuestión de aritmética!”*”⁶⁸

De acuerdo a Raskolnikov, éste tendría dos opciones disponibles o bien asesinar a Aliona y repartir su dinero para beneficiar a la sociedad o dejarla vivir y ver como al fallecer su dinero será recibido por un monasterio según ella había expresado en su testamento.

*“El utilitarismo de reglas prohibiría sin ambigüedad la primera opción, puesto que una sociedad que permitiese ese tipo de crímenes terminaría generando una incertidumbre y desconfianza generalizadas, y en consecuencia, más dolor que felicidad.”*⁶⁹

6. B EL CASTIGO

Lo concerniente para este apartado, es clarificar qué pena se le otorgó a Rodión Románich Raskólnikov una vez haber confesado cometer los delitos de 1) homicidio doblemente agravado, por la conexidad (facilitar la comisión del robo) y la alevosía, al aprovecharse de la desprevenición de Aliona Ivánovna, la vieja usurera en concurso material

⁶⁸ BRANDO, Nicolás. (2013) *Las influencias literarias y filosóficas en la “teoría napoleónica” de Raskolnikov*. Versión online:

<http://laliteraria.wordpress.com/2013/04/11/las-influencias-literarias-y-filosoficas-en-la-teoria-napoleonica-de-raskolnikov/> (29-05-2014)

⁶⁹ *¿POR QUÉ NO MATAR A LA VIEJA? (O UNA ENTRADA SOBRE LOS IMPERATIVOS DE LA MORALIDAD)*

<http://tbpd.wordpress.com/2011/09/28/%C2%BFpor-que-no-matar-a-la-vieja-o-una-entrada-sobre-los-imperativos-de-la-moralidad/>

con; 2) el robo propiamente dicho, figura simple y 3) otro homicidio criminis causa a Lizavieta, la hermana menor de la usurera, para ocultar y/o garantizar su impunidad.

Entonces, lo principal es entender qué penas corresponden a cada delito, para luego tratándose de un concurso material como se explicó en el marco teórico conceptual poder establecer una pena única en conjunto para los tres delitos.

Por un lado, para el primer homicidio la pena correspondiente es la de prisión o reclusión perpetuas, no varía que sea doblemente agravado, ya que los agravantes del homicidio si bien no se excluyen no alteran la pena, sumado también que sea que se le aplique prisión o reclusión, ambas deberán ser perpetuas, siendo la pena máxima posible para las privativas de libertad ambulatoria, por ende, no existiendo posibilidad de otorgarle pena mayor.

Respecto al robo, le corresponde una pena de prisión que va de 1 mes a 6 años.

Y por último, el segundo homicidio, al verse envuelto en una agravante también conlleva pena de prisión o reclusión perpetuas.

La diferencia entre prisión o reclusión reside en el trabajo y disciplina carcelaria, según lo define Núñez en su *Manual de Derecho Penal, Parte General*. La pena de reclusión, perpetua o temporal, se debe cumplir con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos pueden ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares. Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieran reclusión, sufrirán la condena de prisión, no pudiendo ser sometidos sino a trabajos especiales. Por el contrario, la pena de prisión, perpetua o temporal, debe cumplirse con trabajo obligatorio en establecimientos diferentes a los de la reclusión, y cuando no excediere de 6 meses los mayores de sesenta años o las mujeres honestas podrán ser detenidos en sus casas.

Tanto la reclusión como la prisión perpetua podrán cesar a los veinte años si el condenado es merecedor de la figura de libertad condicional (suspensión condicional del encierro) por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento donde cumpla la pena, siempre y cuando haya observado los reglamentos carcelarios, no sea reincidente y no se le haya revocado en otra ocasión la libertad condicional.

El condenado a prisión o reclusión temporal por más de tres años, podrá beneficiarse de esta figura luego de cumplir dos tercios de su condena. El condenado a reclusión por menos de tres años, un año y por último, el condenado a prisión por esos mismos términos, sólo ocho meses.

En razón de existir concurso material la pena que le hubiese correspondido a Raskólnikov es una sola, y según el Artículo 56 del código penal *“Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor. Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua.”*

En el caso de estudio, las penas del homicidio agravado al ser perpetuas no son divisibles, correspondiendo entonces la aplicación de la reclusión o prisión perpetuas sin más análisis.

Tal como expone Dostoievski en su epílogo, para condenarlo además tuvieron en consideración varios elementos atenuantes de condena, por un lado, su confesión clara y precisa de los hechos y del escondite de los objetos, donde finalmente fueron hallados. Por otro lado, tanto en la instrucción como en el juicio estaban asombrados de que no los hubiera aprovechado, en particular la circunstancia de que ni una sola vez hubiese abierto la bolsita extraída del cuello de una de las víctimas.

También participaron peritos, esencialmente psicólogos, quienes *“concluyeron que el crimen mismo incluso no podría haber tenido lugar de otro modo que bajo alguna temporaria enajenación mental, por así decirlo, bajo una monomanía enfermiza de asesinar y robar, sin objetivos ulteriores y cálculos en su provecho.*

[...] además la inveterada condición hipocondríaca [...] fue certificada por muchos testigos; el Doctor Zósimov, sus compañeros de antaño, la patrona, la sirvienta.” (Crimen y Castigo, 2007, p.656).

“El hecho que no hubiera aprovechado lo robado fue atribuído en parte al estado no completamente saludable de las facultades mentales en el momento de cometer el crimen. La circunstancia del inopinado asesinato de Lizavieta incluso sirvió de ejemplo para fortalecer la última suposición: ¡una persona comete dos asesinatos y al mismo tiempo se olvida de que la puerta está abierta!” (Crimen y Castigo, 2007, p.657).

“[...] Raskólnikov no parecía un criminal corriente [...] el mismo criminal casi no intentaba defenderse [...] la causa de todo había sido su mala situación, su miseria y desamparo, el deseo de asegurar los primeros pasos de su carrera en la vida. [...] A las preguntas de qué precisamente lo había motivado a declararse culpable, contestaba directamente que un sincero arrepentimiento. [...]

La sentencia, no obstante, fue más benévola de lo que se podía esperar, a juzgar por el crimen cometido y, quizá, precisamente porque el criminal no solo no quería justificarse sino que incluso era como si manifestara el deseo de él mismo inculparse más” (Crimen y Castigo, 2007, ps.656 y 657).⁷⁰

Asimismo aparecieron nuevos elementos favorables para el desenlace de su condena. Razumijin, un amigo de la universidad, añadió que durante sus últimos tiempos académicos, ya casi sin recursos económicos, había visto a Raskólnikov ayudar a un compañero suyo, pobre y tísico a lo largo de medio año. Una vez fallecido, él mismo se

⁷⁰ DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007) *Crimen y Castigo*. Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

encargó de los cuidados de su padre viejo y postrado, haciéndolo colocar en un hospital y pagando su eventual entierro.

Con todo esto dicho, Raskólnikov, como presidiario es deportado a Siberia donde efectivamente se lo encierra y es a su vez, condenado a trabajos forzados de segunda categoría solamente por el plazo total de ocho años fundamentando su decisión en los atenuantes expuestos.

En el derecho penal argentino, los atenuantes están contemplados en los Artículos 40 y 41 del CP, pero también se prevén causas de justificación y de eximición de pena por carecer responsabilidad penal (los inimputables) principalmente extraídos del análisis de la antijuridicidad y culpabilidad respectivamente como elementos necesarios en toda teoría del delito.

Respecto de la antijuridicidad dijimos que significaba la oposición del hecho realizado al derecho. Esa calidad no existe únicamente porque el hecho sea típico, la tipicidad es solo un indicio de la antijuridicidad, ya que la presunción que ésta manifiesta es excluida ante una causa de justificación. Las causas de justificación, para Núñez *“obedecen al principio de que, en el conflicto entre dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el derecho positivo.”*⁷¹ (Núñez, 1999, p. 153 a 174) Estas son: el estado de necesidad, la legítima defensa, el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, la obediencia debida, autorizaciones legales y el exceso en los límites de la justificación siendo punible en este caso con la pena correspondiente al delito de tipo culposo si lo hubiese.

En comparación con las circunstancias en las cuales se desarrolló la obra Crimen y Castigo, no parece observarse que se haya contemplado alguna de aquellas causas, sino más bien atenuantes mezclados con causas de inimputabilidad, en el marco de la teoría de la culpabilidad.

Para la concepción normativa, la apropiada en nuestro sistema de derecho, en oposición a la psicológica o la finalista, como explica Núñez *“la culpabilidad es un juicio de valor: no es dolo o culpa, sino que es la reprochabilidad de su conducta antijurídica al autor en razón de que le era exigible otra conducta distinta. El juicio de reprochabilidad se funda en la libertad del autor para obrar (libertad interna: imputabilidad; libertad externa, normalidad de las circunstancias concomitantes), en el fin perseguido por él y en el conocimiento del significado de su conducta (dolo), o en la posibilidad de conocerlo (culpa).”*⁷¹ (Núñez, 1999, p. 179 a 180)

⁷¹ NÚÑEZ, Ricardo C. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (4ta Edición actualizada). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner. Editora Córdoba.

La imputabilidad es la capacidad para ser penalmente culpable, presupone madurez, salud mental y conciencia, habilitando al autor a comprender la criminalidad del acto y a dirigir sus acciones. Es importante remarcar que la imputabilidad debe existir en el momento del accionar delictivo.

Incluso si la persona se ha autodeterminado, será inimputable si se prueba que esa autodeterminación fue fruto de una anomalía mental aunque haya comprendido la criminalidad del acto, tal puede haber sido el caso de Raskólnikov.

La madurez mental significa haber alcanzado intelectualmente la madurez necesaria para comprender nuestras conductas, se alcanza a los 16 años de edad, hasta ese momento la incapacidad es absoluta.

La salud mental alude a no padecer alguna insuficiencia de facultades (falta de desarrollo psíquico) o alineaciones mentales/trastornos psicopatológicos (psicosis, neurosis o bien semialienaciones). Todas ellas constituyen causales de inimputabilidad, si a causa de ellas el actor no pudo comprender la criminalidad del acto. Se debe tener presente que el trastorno mental puede ser transitorio.

La conciencia, es una cualidad psicológica que posee el individuo para valorar y conocer lo externo. Ante un estado de inconciencia, por ejemplo, ocasionado por el sueño, también se considerará al autor inimputable, siempre y cuando a ese estado no haya llegado por sus propios medios.

Además de requerirse imputabilidad para ser penado, se requiere haber actuado con dolo o culpa. El dolo *“tiene un elemento intelectual [...] constituido por la comprensión o conocimiento de la criminalidad del acto ejecutado, vale decir, por el conocimiento del hecho y de las circunstancias que fundamentan el tipo delictivo y su antijuridicidad [...] el elemento volitivo [...] consiste en querer por el autor, el acto cuya criminalidad conoce [...] presupone su elemento intelectual.”*⁷² (Núñez, 1999, p.188 a 193) Tanto el error y la ignorancia de hecho son causas de exclusión del dolo.

A diferencia del dolo, *“la razón de ser de la culpa reside en la voluntad contraria a la precaución que el autor está obligado a observar en determinadas circunstancias para no dañar intereses ajenos”* (Núñez, 1999, p.193 a 196) las causales son las ya enunciadas previamente (negligencia, impericia, imprudencia y la inobservancia de reglamentos, ordenanzas o deberes propios al cargo) también en este caso la culpa se excluye por error e ignorancia de hecho pero no imputables al autor del hecho.

Y por último, para ser penalmente culpable es necesario que en el momento de actuar haya tenido libertad de decisión, no siendo punible aquel que obró bajo coacción o amenaza graves y serias.

En Argentina como causas generales de atenuación, siguiendo las pautas del CP se toman en cuenta las circunstancias de cada caso, dejándole bastante arbitrio al juez, ya que el Artículo 41, solo sugiere considerar la *“naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;*

⁷² NÚÑEZ, Ricardo C. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (4ta Edición actualizada). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner. Editora Córdoba.

la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.”

Vistas las definiciones, en consecuencia las probabilidades de Raskólnikov de obtener una pena privativa de libertad menor que la que le correspondería en relación a los delitos cometidos, bajo el poder de los tribunales argentinos, no hubiesen distado mucho de la pena otorgada en la obra más que nada, si tomamos válidas las pericias psicológicas presentadas, como los relatos de testigos sobre su calidad personal, y la situación de miseria en la que vivía.

La diferencia se estimaría en que de considerar procedentes las pericias psicológicas que demuestran una semialienación, impidiéndole a Rodión comprender la criminalidad del acto en el momento del acto- que en definitiva incluso después de la condena sigue pensando que no ha cometido crimen alguno – no correspondería hablar de atenuación de pena sino más bien causal de inimputabilidad por falta de libertad interna. Sería un irresponsable penalmente por lo que en vez de una pena privativa de libertad, más oportuno sería hablar de alguna medida de seguridad en pos de reestablecer sus capacidades mentales.

En cambio, la otra interpretación factible y de hecho la más acertada, si bien tomaría como indicio los signos de enfermedad haría foco en el análisis de los elementos expuestos en el Artículo 41, buscando eliminar el carácter de peligrosidad del imputado para atenuar la pena privativa de libertad.

7. RESPECTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO VIGENTE SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL NACIONAL/LEGISLACIÓN PROCESAL

Entendiendo al proceso penal definido por Manzini como *“el conjunto de actos concretos, previsto y regulados en abstracto por el derecho procesal penal para obtener del órgano jurisdiccional (juez) la confirmación de la pretensión punitiva deducida por el órgano ejecutivo (ministerio público) y, eventualmente, para realizarla en forma coactiva [...]”*.⁷³ O bien en otras palabras como una disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del derecho penal; que establece principios propios que gobernarán su realización, determinando los órganos, la actividad y el procedimiento para hacer actuar la ley penal, disponiendo entonces para sí misma aunque sujeta a la luz de la

⁷³ LEVENE, Ricardo (h.) (1993) *Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo 1.* (Página 7) (2da Edición) Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Constitución Nacional como es de esperarse en toda ley formal, so pretexto de inconstitucionalidad, asegurando así su independencia y por consiguiente, su autosuficiencia.

Si se considera al derecho tal como expone Carlos Raúl Sanz desde una perspectiva clásica, como *“una buena proporción, como cosa justa adecuada a otro, como relación creada – puesta – o descubierta por el jurista en las cosas”*, el proceso sería el *“medio adecuado para el logro de ese fin”*, considerándolo entonces como un *“diálogo (método) para descubrir la verdad, [...] medido y aferrado en las cosas”* demostrando así una fidelidad a los hechos. (ANEXO 10. A. II)).

Asimismo, como se hizo mención en el marco teórico conceptual el derecho penal tiene una fuerte relación con el Derecho Constitucional, pues constituye el primer parangón legal de la política penal en virtud del principio de supremacía constitucional consagrado en el Artículo 31 de la Constitución Nacional. Este derecho consagra ciertos principios que no pueden obviarse y que hacen a las condiciones en las cuales debe desenvolverse el proceso, so pena de inconstitucionalidad y por consiguiente la declaración de nulidad del proceso o bien sea el caso, de la prueba obtenida.

7. A PRUEBAS

Del análisis conceptual de prueba realizado anteriormente, es fácil advertir, a lo largo del desarrollo del proceso descrito en la obra *Crimen y Castigo*, la falta de respeto hacia algunos de los principios protectores que toda etapa probatoria debe contemplar.

De la enumeración de medios de prueba dos son los que permiten trazar un puente con el proceso realizado en la ficción ya que son los únicos sobre los que se brinda información suficiente para analizar de qué modo fueron llevados a cabo: estos son la requisita domiciliaria, conocida a través de la figura del allanamiento con el objeto de encontrar pruebas incriminatorias y la confesión en el marco de la declaración indagatoria.

Primeramente será tratado el allanamiento del cuarto que alquilaba Raskólnikov y luego la confesión.

7. A. i ALLANAMIENTO/REQUISITA DOMICILIARIA

En conversación con Porfirí Petróvich, la autoridad encargada de llevar el caso: *“¿Usted qué piensa?, ¿Qué yo no estuve en ese momento en su casa para hacer un registro? Estuve, estuve, je, je, estuve, cuando usted estaba aquí enfermo en la camita. No oficialmente y no con mi cara, pero estuve. Hasta el último pelito fue examinado en su departamento, incluso a los primeros indicios, pero...en vano.”*⁷⁴

⁷⁴ DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007) *Crimen y Castigo*. Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. (Página 556). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

A primera vista queda claro que el allanamiento fue sin orden y aviso, y según el Artículo 151, del Capítulo II del Título V del Código Penal en donde se tratan los Delitos contra la Libertad, se reprime con prisión de 6 meses a 2 años al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

La norma no hace más que proteger la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio frente a la autoridad pública, también protegida en el código penal.

El allanamiento es el acto por el cual la autoridad, en función de tal, penetra en el domicilio, la morada, casa de negocios ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo. Será legítimo cuando la autoridad lo practique en los casos determinados por la ley y con las formalidades requeridas por ella. Respecto a las formalidades, lo común es exigir una orden de juez competente, fundada, y exhibida al titular del domicilio o, en su defecto, a la persona mayor de edad que se encuentre en él. A su vez, debe realizarse en presencia de las partes intervinientes y levantarse acta de lo actuado. Generalmente, es el juez quien lo hace personalmente, aunque puede delegarlo en funcionarios policiales mediante orden escrita que identifique al comisionado.

Las razones que pueden motivar un allanamiento varían, pero principalmente se procede cuando existen sospechas que en tal lugar pueden encontrarse cosas relacionadas con un delito que se ha cometido, como en caso de *Crímen y Castigo*, o puede hallarse el imputado a quien se procura detener, o un prófugo de la justicia, o alguien de quien se sospeche que ha cometido o está cometiendo algún crimen.

Será ilegal, entonces, cuando se realice fuera de estas condiciones, salvo las razones expuestas en el artículo siguiente, Art. 152, el cual establece que no habrá delito, si el allanamiento sin orden se realizare para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

El problema para el allanamiento realizado en el cuartucho del personaje principal de la obra, sospechado de haber asesinado a dos mujeres y robado, es que además de haberse hecho sin orden, tampoco estaba justificado por las razones del Artículo 152, por ende fue ilegal.

No obstante la ilegalidad confirmada del allanamiento que correspondería ser sancionada, por constituir un abuso funcional para la autoridad que actuó con intención y conocimiento de que se estaba apartando de las formas correctas; en razón de no haber obtenido prueba alguna, en palabras del inspector Porfiri “...*en vano*” no es posible adoptar sanción desestimativa de alguna prueba, sería incoherente así hacerlo. Con lo cual, el análisis aquí realizado a pesar de su ilegalidad es inoperante a los efectos del proceso de Raskólnikov ya que no lo incrimina.

7. A. ii CONFESIÓN

Por último, para el estudio de la confesión, conviene recordar aquel principio constitucional anteriormente enunciado donde *“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; [...] Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.”*

El marco en el cual es concerniente incluir la confesión es precisamente la declaración indagatoria que se trata de una manifestación de la persona, es un acto de defensa material del imputado y no un medio de prueba, aunque si pueda ser utilizada como inicio.

El Artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN) establece que cuando hubiere motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla. Según el Artículo 295 a la declaración sólo podrán asistir su defensor y el ministerio fiscal. El imputado debe ser informado de este derecho antes de comenzar la declaratoria. Gran parte de la doctrina considera nula la indagatoria recibida sin la presencia del defensor cuando éste no hubiera sido avisado de su recepción.

El Artículo 297 se refiere al interrogatorio de identificación del imputado, una vez terminado, el magistrado informará detalladamente al imputado qué hecho es el que se le atribuye, cuáles son las pruebas que lo sustentan y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique asumir culpabilidad.

En palabras de Ricardo Levene, si el imputado no se opusiere a declarar, el juez lo invitará a manifestar cuando tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos y a indicar las pruebas que estime oportunas.

Una vez terminada esta etapa, el juez, procederá a practicarle las preguntas que considere pertinentes, de manera clara y precisa, no debiendo ser capciosas ni sugestivas. Según define Beccaria, *“nuestras leyes proscriben las interrogaciones que se denominan sugestivas en un proceso [...] aquellas interrogaciones que teniendo una conexión inmediata con el delito, le sugieren al reo una respuesta inmediata. [...] el primer motivo se verifica en la tortura [...] al débil le sugiere la confesión, con la cual liberarse del tormento presente, más eficaz por el momento que el dolor futuro.”*⁷⁵

Si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o intranquilidad en el imputado, corresponderá suspender la declaración hasta que los signos desaparezcan.

Negada la declaración o bien producida, se labrará acta dejando constancia del resultado, la cual se leerá en voz alta delante de todos lo presentes.

En cambio, la confesión es definida como *“el reconocimiento que de su culpabilidad hace el autor de un hecho delictuoso, o como la declaración en contra suya formulada por la parte que la presta [...] en materia civil se acepta*

⁷⁵ BECCARIA, Cesare. (1999) *De los delitos y de las penas*. Traducción por Antonio Bonanno. (Páginas 114 a 116). (1era Edición en Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento) Buenos Aires, Argentina: Losada.

*aún la provocada y extrajudicial, bastando la confesión para la condena, mientras que en el proceso penal la existencia del delito debe estar además legalmente comprobada, pues aquí interesa la verdad material o real y no la formal.*⁷⁶

En el código derogado que demostraba seguir un sistema inquisitivo, la confesión era medio de prueba suficiente y fundamental. En cambio, para la doctrina actual bajo el sistema acusatorio es tan sólo un indicio.

“En el nuevo Código Procesal Penal la declaración del imputado es un medio de defensa, al permitirle dar su versión de los hechos e indicar las pruebas vinculadas a su inocencia.

El Artículo 296 CPPN establece la libertad de declarar del imputado, prohibiendo se le requiera juramento o promesa de decir verdad; o que se ejerza contra él coacción o amenaza; ni medio alguna para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad.

*Para el caso de trasgredirse estas prohibiciones las sanciones son la nulidad, la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria”.*⁷⁶

Esta disposición tiene su correlativo en el Código Penal, en el Artículo 144 bis, inciso n° 277, donde se sancionan procedimientos que se le imponen al sujeto pasivo en carácter de mortificantes, estos son las severidades, vejaciones y apremios ilegales. Respecto de los apremios se tratan de métodos coaccionantes generalmente con vistas a obtener la manifestación sobre un hecho ocurrido, o sea, la confesión.

Corresponde hacer una diferencia respecto del inciso siguiente del mismo artículo y con el Artículo 144 ter (torturas y delitos relacionados con ella) donde si bien también se ataca la libertad personal del sujeto pasivo en ambos es requisito que esté privado de libertad para que proceda el tipo.

Ahora bien, analizando el cómo y dónde se obtuvo la confesión de Rodión Románich Raskólnikov: *“Yo fui el que asesinó entonces a la vieja funcionaria y a su hermana Lizavieta con el hacha y les robé”*⁷⁸ (Crimen y Castigo, 2007, p. 654) se puede decir que no se dio bajo circunstancias normales, por un lado, con el juez, Porfiri Petróvich, se había generado una relación amistosa que no se condice con los parámetros normales de cualquier instrucción además de no haberse realizado la confesión bajo citación declaratoria, sino que más bien fue extrajudicialmente. Por otro lado, lo fundamental es cómo el juez obtuvo la confesión. Raskólnikov una vez cometido los crímenes, cae enfermo por lo que al expresarse en público, continuamente vacilaba. Porfiri, da cuenta de esta debilidad mental y se aprovecha para extraerle la confesión a través de juegos psicológicos. Téngase presente que las formalidades

⁷⁶ LEVENE, Ricardo (h.) (1993) *Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo 2.* (Página 575 a 579) (2nda Edición) Buenos Aires, Argentina: Depalma.

⁷⁷ **ARTICULO 144 bis.** - Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales;

⁷⁸ DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007) *Crimen y Castigo.* Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

indicarían suspender toda indagatoria hasta que su estado psicológico y mental mejore. Así lo denuncia Raskólnikov:

“¡Porfiri Petróvich! [...] si usted encuentra que tiene derecho de proceder conmigo legalmente, proceda; si tiene que arrestarme, arrésteme. Pero que se ría de mí en mi cara y me torture no lo permitiré. (Crimen y Castigo, 2007, p. 420 y 421).⁷⁸

No dejaré que me torturen [...] tenga a bien proceder con la forma, ¡y no a jugar conmigo! [...]. (Crimen y Castigo, 2007, p. 427)

¡Todo, comprendo todo! [...] ¡Mientes y me hostigas para que yo mismo me venda!... [...] ¡No tienes hechos, tienes solamente ruines e infimas suposiciones, las de Zamióvov⁷⁹!” (Crimen y Castigo, 2007, p. 428 y 429)⁸⁰.

Son varias las ocasiones en las cuales ambos personajes se reúnen para discutir hechos y hostigarse por medio de preguntas capciosas y sugestivas. Porfiri, en su indagatoria disimulada, intenta demostrarle que lo conoce, que sabe como piensa y que él es el asesino. Por ejemplo, intenta arrinconarlo mediante el uso de un artículo que el mismo Raskólnikov había escrito en sus tiempos universitarios en donde dividía a la sociedad en dos grupos, personas ordinarias o con vidas estándares y los extraordinarios, quienes tenían el don de revolucionar el sistema, actuar por causas justas, incluso si los medios fuesen ilegales. Lo importante para Rodión era el fin, si el fin era justo, los medios quedaban justificados. Así es, de hecho, como justifica su accionar criminal, encausado a favor de los pobres, queriendo probar, a su vez, su teoría, más que nada si él mismo era un ser extraordinario.

El objetivo de traer a colación semejante texto era enredarlo en sus propios pensamientos a punto tal que termine confesando. Si entendemos entonces a la confesión como una manifestación del derecho de defensa, la ausencia de todo defensor, siendo él sometido ante las indagatorias e investigaciones sugestivas del inspector, sin el patrocinio de ningún letrado, parecería ser que la misma debería haber sido desestimada y por ende, el sospechoso absuelto. De la misma manera, es solamente por su confesión que se lo procesa, sin haber reunido prueba extra, debiendo recordarse que la confesión no es prueba suficiente en nuestro derecho, necesitando corroborar el hecho con otros elementos probatorios para dar lugar al juicio.

Todos estos elementos, revelarían que su ulterior condena no fue justa, ya que si bien, como se desarrolla en el epílogo, el proceso judicial una vez abierto cumple con las formalidades exigidas (se le vuelve a tomar declaración y se comprueban sus dichos con los hechos), el problema está bajo qué condiciones se decide su apertura, o para que quede más claro, la instrucción. A lo largo de la obra, en la etapa de instrucción, informal para ser ciertos, en

⁷⁹ A Zamióvov, el secretario del comisario, una noche en un bar le da altos indicios entre juegos y alcohol, acerca de su responsabilidad.

⁸⁰ DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007) *Crimen y Castigo*. Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

ausencia de una citación, jamás se hace alusión a otra prueba, sean manchas de sangre en el hacha, incluso las pertenencias robadas, nada parecería ser necesario tanto como la confesión. De esta afirmación, se puede certificar que el sistema de instrucción seguido por Dostoievski en la obra, fue el inquisitorio, caracterizado por el gran valor otorgado a la prueba confesional y no el acusatorio, sistema que hoy rige en la República Argentina, en donde para llegar a la reconstrucción de la verdad material se requieren varias pruebas incriminatorias que fundamenten la sospecha primero, el mérito en la etapa intermedia y la certeza en la sentencia. Quizás de no haberlo torturado psíquicamente, jamás hubiese confesado más aún si otro de los personajes, Nikolái, había confesado haberlo hecho previamente y al no haber pruebas que incriminen a uno u otro en consecuencia podría haberse salvado de ser condenado.

Conviene retomar lo dicho por la CSJN en donde si los procesados en materia penal, al formular sus descargos, no tuvieren asistencia letrada ni se les hubiese hecho saber su derecho a contar con dicho auxilio, correspondería absolverlos. Quedando justificado ya que en material criminal, en razón de estar en juego las libertades individuales, los recaudos de la defensa deben ser extremados. Se desconoce la presencia del abogado defensor de Raskólnikov.

Por lo tanto, si la apertura del juicio se fundamenta en una confesión obtenida de manera ilegítima, como única prueba reunida hasta ese entonces, ese proceso considero debería declararse nulo.

Teniendo a la vista este análisis, parecería ser que primó el fin de efectivizar la justicia y condenar a los culpables por encima del respecto a las formalidades y formas, en definitiva a los preceptos constitucionales.

7. A. ii. a. MOTIVACIONES

Por último, resta analizar qué es lo que lleva a Raskólnikov a confesar. A diferencia de lo que ocurre en la obra respecto del personaje que como ya se ha dicho confiesa, en la película de Woody Allen *Crimes and Misdemeanors* o *Crímenes y pecados* (1989), emparentada temáticamente con Crimen y Castigo, puede verse que para el director existen personas que al obran mal, escapan al castigo y de igual modo logran vivir felices.⁸¹

En *Match Point*, otra de sus películas, filmada en el 2006, intenta hacer foco en la comisión de un crimen fundado en una causa justa presentando el mismo interrogante, si “¿pueden los hombres superiores vivir por encima del remordimiento y la culpa que atenazan a los inferiores y cobardes?”⁸²

⁸¹ <https://ar.answers.yahoo.com/question/index?qid=20100402120953AAsYxdx> (20-05-2014)

⁸² SÁNCHEZ BRAVO, Eugenio (2010) *Woody Allen: Match point*. Versión online: <http://auladefilosofia.net/2010/02/01/woody-allen-match-point-2005/> (20-05-2014)

Planteada la cuestión, en la novela de Dostoievski se resuelve de un modo diferente que en las películas. El novelista ruso obliga a Raskólnikov a renunciar a sus ideas nihilistas y napoleónicas buscando la redención a través de la confesión y el amor a Sonia. El protagonista de *Match Point* en lugar de confesar, al no ser alcanzado por la justicia esconde su conciencia moral y vive feliz.

Es decir, es la culpa y la imposibilidad de considerarse un ser extraordinario lo que le pesa y motiva su confesión, no su arrepentimiento, de hecho sigue sin considerar haber cometido un crimen

“Y por qué mi proceder les parece tan horrible, se decía, ¿porque es un delito? ¿Qué significa la palabra delito? Mi conciencia está tranquila. Por supuesto, se efectuó un acto criminal; por supuesto, fue violada la letra de la ley y se vertió sangre; entonces, por la letra de la ley tomen mi cabeza... ¡y basta! Por supuesto, en tal caso incluso muchos benefactores de la humanidad, que no heredaron el poder sino que ellos mismos lo tomaron, hubieran debido ser ejecutados en sus mismos primeros pasos. Pero ellos soportaron sus pasos, y por eso tienen razón, y yo no lo soporté, y entonces quiere decir que no tenía derecho a permitirme ese paso.

He aquí la sola cosa en la cual reconocía su crimen: solamente en que no lo había soportado y se había declarado culpable”⁸³

⁸³ DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007). *Crimen y Castigo*. Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. (Página 667) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

8. CONCLUSIONES

Considerando lo expuesto en las páginas previas es imposible entonces cuestionar el carácter interdisciplinario que hay entre el Derecho y la Literatura, de lo contrario no hubiese podido tomar la obra literaria rusa, *Crimen y Castigo* de Fédor Dostoievski, publicada en 1866 para analizar los elementos jurídicos sobresalientes según la realidad legal argentina. Especialmente por un lado, los delitos cometidos por Raskólnikov, el personaje principal, sus motivaciones y la pena otorgada según el Derecho Penal argentino vigente. Y por el otro, además de las motivaciones que llevan a la lectura de la confesión realizada por nuestro personaje, el desarrollo de la etapa preliminar del proceso a partir del Derecho Procesal Penal argentino vigente.

Fundamentalmente no habría podido marcar la diferencia del sistema de recolección de prueba seguido en la obra y en el derecho argentino como requisito para la apertura de un proceso penal. En donde el sistema descrito en la novela hace primar a la confesión como prueba fundamental y suficiente para determinar el mérito de un imputado en la comisión de un delito, propio del sistema inquisitivo derogado en Argentina, en contraste con el sistema acusatorio que sí está vigente. Esta diferencia encontrada en el caso concreto podría ser utilizada como un ejemplo práctico de las variaciones históricas en el sistema penal a incorporar en los programas académicos.

Tampoco me hubiese permitido trazar un paralelo entre la ficción y la realidad respecto a la consideración de las causas de atenuación de las penas, y así comprender mejor su finalidad de tipo ético-social y no ideologizarla según se practique el garantismo o el rigorismo criminal, como se hace hoy en día. Resultado al cual no hubiera podido llegar de no contar con una imagen más amplia, impresa en las hojas de la novela a través de las palabras del autor quien consideró oportuno detenerse e indagar en la psicología del criminal, reforzando así la teoría presentada en los estudios de Trinidad y Magalhaes Gubert respecto al beneficio que le otorga la literatura a la interpretación y crítica del derecho.

Finalmente, de esta investigación podría concluir que definitivamente al derecho, en todas sus ramas, le conviene seguir la metodología de descripción literaria, por su precisión y organización, pero principalmente al derecho penal donde una descripción acabada de los hechos que envuelven al delito es esencial para poder reconstruir la verdad material.

9. BIBLIOGRAFIA

- AMÍCOLA, José. (1994). *fiodor m. dostoiievski. novela y folletín, polifonía y disonancia*. Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Editorial Almagesto.
- ANAYA, Laje. (1970) *Homcidios Calificados*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.
- ASTORGA CAMPOS, Julián. *Ensayo III Comentario de Texto: PLATÓN, Gorgias 484a-c*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Letras, Escuela de Filosofía. Sección de Historia del Pensamiento, Filosofía Clásica I. Prof. Dr. Sergio Rojas. (30-11-2013)
- BECCARIA, Cesare. (1999) *De los delitos y de las penas*. Traducción por Antonio Bonanno. (1era Edición en Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento) Buenos Aires, Argentina: Losada.
- BRANDO, Nicolás. (2013) *Las influencias literarias y filosóficas en la "teoría napoleónica" de Raskolnikov*. Versión online: (29-05-2014)
<http://laliteraliteraria.wordpress.com/2013/04/11/las-influencias-literarias-y-filosoficas-en-la-teoria-napoleonica-de-raskolnikov/>
- CREUS, Carlos. (1992) *Introducción a la nueva doctrina penal. La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- CREUS, Carlos y BUOMPADRE (2010) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1*. (7ma edición actualizada y ampliada) (1era reimpresión) Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- CHITARRONI, HORACIO (coordinador), AGUIRRE, S. M., COLOTTA, M., CONIGLIO, V., DESTRO, L., DIYARIAN, V., ESCANES, V. y MAESTRO, C. (2008). *La investigación en Ciencias Sociales: lógicas, métodos y técnicas para abordar la realidad social*. (1ª ed.) Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador.
- DOSTOIEVSKI, Fédor. (2007). *Crimen y Castigo*. Traducción, notas e introducción por Omar Lobos. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue Clásica.

- Grupo de Investigación Lecciones y Ensayos integrado por Carlos Adrián Garaventa, María Soledad Manin y Leandro Mazza. (2011) *Literatura y Derecho: Crimen y castigo. La justificación de la pena en Crimen y Castigo*. <http://endisidencia.blogspot.com.ar/2011/04/literatura-y-derecho-crimen-y-castigo.html> (22-05-2014)
- LEVENE, Ricardo (h.) (1993) *Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo 1 y 2*. (2nda Edición) Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- LUGO RENGIFO, G. (2002). "Esbozos sobre la hermenéutica de Gadamer", disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos11/gadamer/gadamer.shtml> (21-05-2014)
- MARQUARDT, Eduardo H. (1977). *Temas básicos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- MARTINOVA, BELA. (2010). *Fiódor M. Dostoievski Cuentos*. (1ª ed.) Buenos Aires: Debolsillo.
- MAXIMO, Matías. (2014) *La literatura también es cuestión de Derecho*. Infojus Noticias online. <http://infojusnoticias.gov.ar/nacionales/la-literatura-tambien-es-cuestion-de-derecho-3130.html> (10-02-2014)
- NÚÑEZ, Ricardo C. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (4ta Edición actualizada). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner. Editora Córdoba.
- OST, François. *Temps et Contrat. Critique du Pacte Faustien*. In : *Annales de droit de Louvain*. (1999) (Págs.17-44) Traducción propia.
- PETRINELLI y WITEMBURG. (2007) *Fundamentos de Ética, Aspectos de lo ético-social*. (Páginas 216 a 221) Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.
- POL-DROIT, Roger. Traducción por María José FURIÓ. (2011) *Una breve historia de la Filosofía*. (Págs. 78 a 87) Madrid: Paidós.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. (2007) *Un viaje por la HISTORIA DEL DERECHO*. (1era reimpresión inalterada). Buenos Aires: Quorum.
- SAGUES, Néstor P. (2007) *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

- SANCHEZ-BAYON, Antonio. (2005). *Crimen y Castigo ¿Literatura o realidad jurídica? Retos del camino hacia la Democracia y la Paz*. Versión online. Revista de Ciencias Jurídicas N° 108 (11-32) setiembre-diciembre 2005. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/9711/9157> (07-06-2013)

- SÁNCHEZ BRAVO, Eugenio (2010) *Woody Allen: Match point*. Versión online: <http://auladefilosofia.net/2010/02/01/woody-allen-match-point-2005/> (20-05-2014)

- SHELLEY, Percy Bysshe. (2009). <http://www.poetryfoundation.org/learning/essay/237844> (19-05-2014)

- SOFOCLES (2001) *Antígona-Edipo Rey*. (Págs. 37 a 38) Buenos Aires: Puerto de Palos.

- TRINDADE, André Karam y MAGALHAES GUBERT, Roberta (2009). *DERECHO Y LITERATURA. ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*. En papel y 3 en versión online. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires. http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0010_investigacion.pdf (30-11-2013)

- VILLADA, Jorge Luis. (2004) *Delitos contra las personas. Homicidio, aborto, lesiones, duelo, abuso de armas, abandono, omisión de auxilios*. Argentina: Editorial La Ley.

- WIERZBA, Sandra M.; VINDERMAN, Felisa; VILA, Rosa; VILA, Ana María; BASSO, Daiana; ORFILA, Bartolomé y VILLEGAS, Carlos María. (2013) *Lectura, Literatura y Justicia en la formación universitaria*. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 11, número 21, 2013, pp. 175-191. Buenos Aires, Argentina (ISSN 1667-4154) http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/21/lectura-literatura-y-justicia-en-la-formacion-universitaria.pdf (22-05-2014)

- ZAFFARONI, Eugenio Raul. (1991) *Manual de Derecho Penal*. (6ta Edición) Argentina: EDIAR.

10. ANEXOS

10. A AMPLIATORIOS

I)

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PROCESO PENAL

Ricardo G. Uncal

Sumario:

- I. El proceso penal como resultado de las corrientes históricas.
- II. La realidad social actual.
- III. La realidad existencial del hombre.
- IV. La necesidad de repensar el proceso penal.
- V. El principio de proporcionalidad. - vi. Conclusiones.

I.- El proceso penal como resultado de las corrientes históricas.

Quien en estos días eche una ojeada sobre las estadísticas que reflejan el enorme aumento de la criminalidad, y las compare con las que muestran una significativa reducción de las condenas penales, tiene derecho a preguntarse sobre las causas de semejante fenómeno, en el marco de una cultura que proclama la necesidad de brindar seguridad física y jurídica a todos los hombres.

Aunque el asunto ofrece por cierto varias posibilidades de abordaje, existe un aspecto del problema que atrae primordialmente la atención del jurista, aunque más no sea por la frecuencia de trato: el proceso penal, nuestro instrumento de trabajo cotidiano.

Producto de una depurada decantación de años de elaboración científica y jurisprudencial, el proceso penal en la Argentina puede ser considerado, desde una perspectiva académica –en sus diversas regulaciones locales–, como un exponente válido de los principios de un derecho penal inspirado en la protección de los bienes jurídicos individuales (vida, integridad, libertad, patrimonio, intimidad, etc), y en el resguardo al individuo de lo que pueden ser excesos en el ejercicio del *ius puniendi*⁸⁴.

La concepción liberal de la que es hijo, proveniente del nominalismo individualista medioeval⁸⁵, hace eclosión en la revolución francesa, y a través de la influencia doctrinaria del iluminismo, se plasma en las codificaciones del siglo

⁸⁴ CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, Bs. As, 1990, pág. 14 y sigtes.

⁸⁵ ROSCELIN DE COMPIEGNE y GUILLERMO DE OCKHAM, GILSON ETIENNE. *La unidad de la experiencia filosófica*, Bibliot. del Pensamiento Actual, caps. I y III.

XIX, estableciendo un modelo tuitivo a partir de la conceptualización del hombre entendido como una realidad individual.

A este individuo fue necesario entonces –por razones históricas– protegerlo de los excesos del Estado, encarnado en las monarquías absolutas de la época⁸⁶.

Pasados los años, el individuo se sigue mostrando como necesitado de defensa, esta vez frente a otros tipos de configuraciones estatales, que tras concepciones filosóficas de cuño utilitarista⁸⁷ y hegeliano, plantean la primacía de la preservación de los valores jurídicos supraindividuales (defensa del todo social y acentuamiento de la finalidad de disuasión como fin del derecho penal con indiferencia respecto de la crueldad de la pena si resulta útil para la mayoría, poniendo sordina a los valores individuales), generando el auge de la dogmática como instrumento para tal fin⁸⁸.

La estructura actual del proceso penal argentino responde así primordialmente y como derivación del juego histórico de las corrientes académicas someramente reseñadas, a un modelo protector de los bienes jurídicos individuales de cara a los potenciales o actuales excesos en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado⁸⁹.

En la medida en que tales propósitos se muestran con evidencia como un bien para la persona humana, nada cabría objetar en principio a una concepción tal.

II. La realidad social actual.

Sin embargo algo anda mal. Porque si nuestro instrumento fuera tan bueno, difícilmente nos enfrentaríamos a la reflexión paradójica que inicia estas líneas.

Y no es que sea malo proteger al individuo en sí mismo y de la prepotencia del poder.

Lo que sucede es que eso no basta para proteger *efectivamente* al hombre concreto, allegándole seguridad física y jurídica.

Es que el hombre actual resulta mucho más afectado por la prepotencia, la insolencia y el desborde de los demás individuos, que por la acción del Estado. Debido a la difusión masiva a través de los medios de comunicación, de modelos de vida anticulturales (reiteración sistemática de actos de violencia física y moral, tortura, erotismo y sexo explícito, mostración del desenfado como sinónimo de elegancia, y del desenfreno como condición necesaria para la diversión, sensacionalismo periodístico a cualquier costo), la convivencia se ve severamente afectada por las

⁸⁶ A principios del siglo XIX, la reflexión filosófico política tenía como experiencias históricas inmediatas a las monarquías absolutas europeas de la modernidad (Luis XIV de Francia, Catalina de Rusia y Federico II de Prusia, etc.).

⁸⁷ En la Universidad de Buenos Aires el utilitarismo de STUART MILL es enseñado desde 1822, en la cátedra de Pedro Alcántara de Somellera; (conf. SEOANE MARIA ISABEL, *La Enseñanza del Derecho en la Argentina*, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, Fac. Der. Ciencias Sociales de la UBA., Abeledo Perrot, Bs. As. 1980, pág. 56).

⁸⁸ CREUS, ob. cit., pág 34 y sigtes; PIERRETTE PONCELA, *Mediante la pena disuadir o retribuir*, Archives de Philosophie du Droit.

⁸⁹ La tendencia se refleja aún en los proyectos de nuevos ordenamientos procesales, en los que se aumenta el número de nulidades expresas por omisión de garantías procesales de la defensa del imputado, sin contrapartida en relación a las garantías de la actuación fiscal.

acciones individuales o grupales que imitan tales pautas, originando modalidades delictivas que por su número y gravedad, no reconocen antecedentes.

A ello la realidad social actual añade otras, catalogadas como macrocriminalidad o delincuencia mafiosa, caracterizadas por una organización metódica de tipo asociativo, que adopta conjunta o sucesivamente (reprogramándose según convenga a su estrategia y con asesoramiento profesional de especialistas) diversas formas conocidas como gangsterismo de métodos violentos, delincuencia de astucia (estafa, fraudes incluso informáticos, chantaje) explotación de vicios de terceros (prostitución, drogas, juego clandestino), delitos de “cuello blanco” o delincuencia empresaria.

Junto a ellas, otras algo menos estructurales (pero también con organización y asesoramiento profesional) como “ligas” de compradores compulsivos en subastas públicas, piratas del asfalto, sectas que encubren crímenes rituales y defraudaciones a la sombra de la libertad religiosa, sobrefacturación de servicios médicos y reciclamiento ilegal y criminal de material terapéutico en clínicas y sanatorios, “superbandas”, tráfico de niños, “barras bravas”...⁹⁰.

III. La realidad existencial del hombre.

Para esa realidad el proceso penal en su configuración actual resulta francamente deficitario, preparado eficazmente sólo para abroquelar al individuo frente a un Príncipe absoluto y despótico.

Y la raíz de la insuficiencia debe buscarse en la concepción antropológica que la funda, que no se hace cargo más que de un concepto parcial y abstracto –el individuo– demasiado estrecho para abarcar la realidad existencial completa del hombre. Del hombre real y concreto, que vive aquí y ahora, que nace y come y duerme y muere, como decía con gracia UNAMUNO.

Es que siendo la realidad individual del hombre (única, irrepetible, con una dignidad eminente y una interioridad intransferible), un dato esencial y básico, resulta sin embargo incompleto para hacerse cargo de la plenitud de su ser.

El hombre es individuo, concepto que traduce todo lo personal e interior. Pero también es hijo, padre, y hermano; ciudadano y extranjero; socio, vecino y comerciante, fiscal o defensor. El hombre es individuo: pero individuo que existe en relación con las cosas, con otros individuos y con Dios. Esta concepción del hombre, propia de la cultura romano-clásica, que lo ve como un protagonista activo del mundo, en contraposición con la visión puramente contemplativa de la paideia griega, o la abstracta del intelectualismo racionalista, nos acerca a una consideración de la realidad viva de la persona humana, que necesitamos estudiar si queremos averiguar cómo resolver mejor la organización de la convivencia⁹¹.

⁹⁰ Conf. MARIQUES CARLOS A., *Respuestas de Política Criminal...*, ED, 155, 811.

⁹¹ HAECKER TEODORO, *Virgilio, Padre de Occidente*, con prólogo de Alfredo Di Pietro, Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho, Ed. Ghersi, Bs. As. 1979; AGIRREBALTZTEGI PAULO, *Configuración Eclesial de las Culturas*, ed. Universidad de Deusto, pág 29 y sigtes.

Con MARTÍN BUBER, parece conveniente seguir el principio dialógico consistente en reconocer la substancial presencia del prójimo como única posibilidad de acceso al ser del hombre⁹².

Una antropología individualista que no se ocupe especialmente más que de la relación de la persona humana consigo misma, de las relaciones entre el espíritu y los impulsos dentro de ella, no puede llevarnos a un conocimiento de la esencia del hombre.

La cuestión de Kant (“¿qué es el hombre?”) no puede ser resuelta partiendo de la consideración de la persona humana en cuanto tal, sino únicamente considerándola en la totalidad de sus relaciones esenciales con todo lo que existe. Sólo el hombre que realiza en toda su vida y con su ser entero las relaciones que le son posibles, puede ayudarnos de verdad con el conocimiento del hombre⁹³.

La crítica del método individualista suele partir generalmente, de la tendencia colectivista. Pero si el individualismo no abarca más que una parte del hombre, así ocurre también al colectivismo: ninguno de los dos se encamina a la integridad de su ser, al hombre como un todo. El individualismo no ve al hombre más que en relación consigo mismo, pero el colectivismo no ve más que la “sociedad”. En un caso, el rostro humano se halla desfigurado, en el otro, oculto⁹⁴.

Más brevemente, ORTEGA dice “yo soy yo y mi circunstancia”, expresando la misma significación.

IV. La necesidad de repensar el proceso penal.

En relación al proceso judicial, este redescubrimiento de la dimensión relacional del hombre concreto (social, política, jurídica, cultural), permite ver que no basta proteger a las personas de los desbordes del Estado, rodeando su intervención en el proceso de todas las garantías que las ciencias y el arte jurídicos han ido elaborando con el correr de los siglos, y que ya son patrimonio de la cultura universal. Es necesario además que en este instrumento – el proceso– existan también recursos que permitan proteger el efectivo disfrute de sus derechos a los bienes jurídicos individuales, de los que se ve actualmente privado por la carencia de seguridad física y jurídica en la que vive sumido, no tanto en razón de su relación con el Estado, sino por sus cotidianas relaciones con otros individuos, grupos e intereses.

Resulta así necesario, desde la rectificación de la noción de hombre concreto, rectificar también la concepción de lo que es el proceso penal, que no puede concebirse entonces teniendo como principal protagonista y centro de atención, a un individuo sospechado, a quien hay que defender frente a un Estado omnipotente que pretende

⁹² Curso de Verano en la Universidad Hebrea de Jerusalén recopilado en la obra “¿Qué es el Hombre?”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981, nota preliminar.

⁹³ BUBER, lug. cit., pág 141.

⁹⁴ BUBER, lug. cit., pág 142.

reprimirlo⁹⁵ y eventualmente frente a otro individuo que se dice víctima (el querellante o particular damnificado) cuya avidez de venganza se debe morigerar a través del retaceo de una legitimación protagónica. Esta visión de lo jurídico penal viene lastrada de una ideología reduccionista y abstracta, obliga a plantear la problemática en términos de un falso dilema: libertad versus autoritarismo; rigorismo o abolicionismo.

Los juristas tenemos otro recurso que dirimir la polémica entre ideologías políticas abstractas para procurar esclarecer este problema que atañe al arte jurídico, a nuestro específico saber profesional: considerar los hechos, las realidades, para cuya ponderación se nos entrena, y las personas que los protagonizan.

Hay otra visión posible del proceso, entendiéndolo como una relación entre el individuo sospechado de haber cometido un delito, y los demás individuos relacionados con él como miembros de la sociedad, representados por un órgano requirente.

No hay en esta concepción primacía de valores individuales por sobre los sociales ni viceversa; sí hay una perspectiva atenta a la realidad existencial del hombre, individuo en relación, a quien hay que defender igualmente de los demás miembros de la sociedad que del Estado, si queremos procurarle un disfrute efectivo y no meramente retórico, de los bienes individuales.

Para ello debe tenerse en cuenta que los demás individuos miembros de la sociedad y no imputados, son titulares de un derecho a la seguridad física y jurídica no sólo frente al Estado sino también frente al imputado.

Como ya se dijo, esta seguridad física y jurídica se encuentra comprometida por un notorio aumento de la criminalidad, estadísticamente comprobable, a lo que no es ajeno el fenómeno de la impunidad de los autores que en demasiadas ocasiones se ven libres de afrontar sus responsabilidades por impotencia del sistema de prevención policial, o por impotencia para llegar a la condena de los culpables por parte del aparato judicial.

Ciertamente no puede atribuirse este efecto a la existencia de garantías procesales a favor de los imputados. Su necesidad es una verdad correlato del reconocimiento de la dignidad humana. Pero se trata de una verdad de análisis, esto es, que sólo atañe a una parte del todo que es objeto de nuestra consideración.

Y como sólo atañe a una parte, no puede por sí sola explicar el todo a través de ella.

Ahora bien: si se reconoce que el proceso atañe no ya sólo al imputado de delinquir y al Estado, sino también y con la misma intensidad, al resto de las personas integrantes de la sociedad y no imputadas de haber cometido ese delito, se percibe claramente que el orden público debe estar tan interesado en la más plena garantía de defensa de aquél, como en la igualmente plena garantía para la eficacia de la investigación del delito que no debe verse menguada por la primera, ya que, bien entendidas, no resguardan los valores contradictorios sino complementarios, que coinciden con el bien común.

⁹⁵ El derecho se reduce, desde esta perspectiva, a una dialéctica entre la voluntad individual y la voluntad general. En HOBBS, desemboca en la voluntad del monarca; en ROUSSEAU en la voluntad general. El Contrato Social resulta una crítica a las teorías de HOBBS hecha sobre las premisas de HOBBS (L' STRAUS, cit. por ANDRE-VINCENT, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, PBF, Ghersi, Bs. As. 1978, pág. 42 y sigtes.).

Lamentablemente si se pasa revista a los instrumentos procesales previstos para viabilizar estas garantías, resulta difícil encontrarlos para esta última.

Desde cualquier perspectiva teórica que se considere la naturaleza del proceso⁹⁶, en los hechos la interpretación jurisprudencial resulta, en general de un garantismo defensorista extremo.

Los regímenes legislativos que exorbitan como de mayor importancia las garantías que se deben al imputado, resultan por su desactualización, impotentes para dar respuesta suficiente a la calidad y número de los problemas que la hora plantea.

Recuerda ORTEGA Y GASSET que el hombre nace siempre en una época: es decir, que es llamado a ejercitar la vida a una altura determinada de la evolución de los destinos humanos. El hombre pertenece consustancialmente a una generación, y toda generación se instala no en cualquier parte, sino precisamente *sobre* la anterior. Esto significa que es forzoso vivir a la *altura de los tiempos* y muy especialmente a la *altura de las ideas del tiempo*⁹⁷.

V. El principio de proporcionalidad.

La cultura jurídica europea de la que derivaron antaño las concepciones de cuño individualista y colectivista, ha percibido por cierto las nuevas realidades que plantea al momento histórico motivo de estas reflexiones, y ha reaccionado generando instrumentos e instituciones dignas de atención para procurar adecuada solución a nuestra realidad local.

Escribe MIREILLE DELMAS-MARTY⁹⁸, que la diversidad de las modernas formas de delincuencia derivada de la apertura de fronteras y el desarrollo de una criminalidad transnacional ha impulsado a los países europeos a procurar un *minimum* de política penal común, lo cual hace que afronten un doble reclamo. Por una parte, la demanda de una protección más eficaz de la sociedad, desestabilizada a la vez por una delincuencia de masas, vivida como agresión a la vida cotidiana, y por una criminalidad profesional dura. Por otra parte, la demanda de un reconocimiento más completo de las libertades y derechos fundamentales de la persona.

Este doble demanda expresa la madurez de una sociedad que estima compatibles la eficacia de la investigación con el respeto a las personas; esto es, el estado de derecho.

Los esfuerzos en tal sentido se procuran integrar en la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre, a través de una visión del proceso, caracterizada por un ideal que admite las adaptaciones. Ideal constituido por un debate contradictorio como fuente de conocimiento del proceso, y no por verdades preestablecidas. Y adaptación del proceso al número (delincuencia de masas y procedimiento simplificados), o a las

⁹⁶ V. CLARIA OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, Ediar, Bs. As., 1960, T. 1, pág. 397 y sigtes.

⁹⁷ ORTEGA Y GASSET José, *Misión de la Universidad*, Revista de Occidente, Madrid, 1960, pág. 17, con cita de *La Rebelión de las Masas*.

⁹⁸ *Proces pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, trabajo presentado ante el Coloquio organizado por el Centro Georges-Popidou, la Biblioteca Pública de Información y el Periódico *Le Monde*, trad. C.A. Mahiques, publicado en el país en "Prudentia Iuris", N°34, pág. 85.

necesidades de una defensa legítima de la sociedad (delincuencia profesional y organizada y endurecimiento de los procedimientos).

En la misma dirección, la Comisión de Justicia Penal y Derechos del Hombre definió diez principios que pueden ligarse a la preeminencia del derecho (legalidad, igualdad, garantía judicial), y a la protección de las personas (dignidad, protección de la víctima, presunción de inocencia).

Hasta aquí no existe diferencia con los principios que informan nuestra legislación. Pero a continuación y junto con ellos, se incluye otro principio, que constituye una noción digna de mayor elaboración en nuestro medio: el *principio de proporcionalidad*, que se refiere a la calidad del proceso, a la vez *ecuánime* (respeto de los derechos de defensa y equilibrio de las partes) y *eficaz* (proporcionalidad y celeridad).

Proporcionalidad entre las garantías de defensa que se deben al imputado en cuanto ser humano, y las garantías de eficacia de la investigación, en relación a la gravedad del delito, que se deben al resto de los individuos de la sociedad no imputados.

He aquí una propuesta para resolver con criterios propios del arte de los juristas, las cuestiones que motivan nuestra reflexión. He aquí una oportunidad de hacerlo sin entrar en el debate ideológico de filosofía política que tan estéril ha resultado a la hora de definir lo justo. He aquí una oportunidad de encontrarnos en las cosas, en las cosas que sabemos pensar y manejar, para llevar concordia a la convivencia del hombre concreto.

V. Conclusiones.

1º.- El proceso penal organizado sobre la base de la defensa del individuo frente al Estado, ha generado un sistema decantado de garantías procesales aptas para tal propósito y que forman parte del patrimonio de la cultura universal; pero se muestra impotente para procurar seguridad física y jurídica al hombre concreto de nuestros días, que vive sometido a nuevas modalidades delictivas.

2º.- La preocupación por la protección de los bienes jurídicos individuales resulta estéril y meramente retórica si no se promueven los instrumentos para permitir al hombre su efectivo disfrute.

3º.- Es necesario advertir que para ello debe protegerse al individuo no sólo del poder del Estado, sino también de las agresiones que sufre de parte de otros individuos o grupos.

4º.- Para tal fin, resulta útil reconocer en el proceso penal exactamente la misma importancia a las garantías de defensa que se deben al imputado por su dignidad humana, que a las garantías de eficacia de la investigación que se deben a los demás individuos no imputados, en procura de su seguridad física y jurídica.

5°.- La proporcionalidad entre la defensa y la eficacia de la investigación constituye un principio que debe incorporarse a las legislaciones procesales junto al de legalidad y reserva, a fin de procurar una efectiva vigencia de los derechos humanos.

6°.- Es necesario, en orden a la búsqueda de soluciones jurídicas concretas, no agotar el diálogo en la discusión de ideas políticas abstractas y reconocer –como se lo hace en el marco de la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre– que es compatible la plena eficacia del proceso, con el respeto de la persona en el estado de derecho.

II)

SOBRE EL DERECHO Y EL PROCESO

Carlos Raúl Sanz⁹⁹

SUMARIO:

- I.- Ubicación del tema
- II.- El derecho se dice de muchas maneras
- III.- El proceso en la perspectiva del derecho–ley
- IV.- El proceso en la perspectiva del derecho–potestad
- V.- El proceso en la perspectiva de un agnosticismo jurídico
- VI. ¿Hacia un irracionalismo judicial?
- VII. El proceso en la perspectiva de la noción clásica del derecho.

I. Ubicación del tema

Todo saber es –en general– un cierto conocimiento sobre un determinado campo de objeto. De este modo, puede advertirse liminarmente por ejemplo, que el saber propio del gramático versa sobre un plano diverso al del jurista o del matemático. Así, la perfección intelectual que implica poseer un cierto tipo de conocimientos respecto de un ámbito objetivo, si bien es un haber de la inteligencia¹⁰⁰ –hábito intelectual o hexis dianoética, en el lenguaje de los

⁹⁹ Este artículo fue publicado en la edición de La Ley, del 28 de febrero de 1983, año XLVIII, N° 41.

¹⁰⁰ Conf.: Gómez Robledo, Antonio, "Ensayo sobre las virtudes intelectuales", ps. 19 y sigs., Ed. F. C. E., México, 1957.

antiguos— el mismo no está determinado principalmente por el sujeto que conoce, sino por las cosas que son conocidas¹⁰¹.

Éste es el principio esencial de toda propedéutica: visión clara sobre qué versa, primariamente, aclarar cuál es esa región del ser que constituye su "*ob-jectum*"¹⁰². De donde la verificación de ese objeto no resulta una ociosa consideración de filósofos, sino una higiénica necesidad de científicos.

Determinado el objeto —con toda precisión— serán lógicas consecuencias la búsqueda de un método adecuado para penetrar en su intimidad, captando lo que es, y la estructuración de un sistema científico, donde sea posible ubicar — con buena disposición— esas captaciones o verdades que la inteligencia ha ido develando. Objeto, método y sistema científico son los tres ámbitos que toda epistemología debiera considerar, si es que ordenar es propio del sabio¹⁰³.

Por cierto que no es tarea simple, y la historia del pensamiento nos muestra indebidas extrapolaciones de métodos y sistemas. Así, todo —o gran parte— del pensamiento moderno ha estado influenciado por la utilización de metodologías analíticas y de estructuras científicas de matriz físico—matemáticas¹⁰⁴. En nuestro campo específico, por una metodología deductivista¹⁰⁵ que afectó venir a demostrar que toda conclusión jurídica era la desembocadura de un silogismo de ese tipo y por una estructura epistémica, probablemente dependiente de instancias morales laicizadas¹⁰⁶. Del mismo modo, que en épocas anteriores sufrió una extrapolación de los métodos propios del saber teológico¹⁰⁷.

Esta circunstancia nos ha llevado a la necesidad de clarificar qué es el derecho, como paso previo al análisis de cualquier otra cuestión vinculada con lo jurídico. Pues sólo desde la lente de una adecuada y acotada consideración del objeto, es posible precisar cada uno de los elementos que confluyen en él, o que tienen en él su origen.

II. El derecho se dice de muchas maneras

Y una de las primeras cuestiones generadoras de equívocos es, a mi juicio, la no advertida multivocidad —o pluralidad significativa, o polisemia^{108—}, con que manejamos la noción de derecho. Ya Paulo¹⁰⁹ señalaba este

¹⁰¹ Resulta valiosa esta distinción sobre los objetos, métodos y sistemas como base de toda epistemología; de allí la importancia de la consideración propedéutica, formulada por Mons. Guillermo P. Blanco en el Curso de Antropología Filosófica -1ª clase- publicado en edición privada por el Centro de Estudiantes de la Facultad de Humanidades de la Universidad Católica Argentina.

¹⁰² *Ob-jectum*, estrictamente, es forma sustantivada derivada de "*iacere*": lo que está tirado delante, puesto frente. De allí que bien puede entenderse que "*objectum*" de un saber es aquello sobre lo cual versa. La escolástica ha analizado señaladamente este aspecto, sobre la especificación de los saberes por su objeto, en particular por el objeto formal, si bien cabe - en una aproximación provisoria - una inicial distinción por el objeto material, del modo que lo hacemos en el texto. Sobre el tema conf.: De Santo Tomás, Juan, *Lógica* q. XXVII, art. I.

¹⁰³ Conf : Gómez Robledo, Antonio, "Ensayo..." cit., ps. 121 y sigts., sobre la suprema virtud intelectual, que es la sabiduría.

¹⁰⁴ Conf: Maritain, Jacques, "El alcance la razón", ps. 17 y sigts., Ed. Emecé, 1959.

¹⁰⁵ Conf: Massini, Carlos L, "La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna", ps. 25 y sigts., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

¹⁰⁶ Conf.: Montejano Bernardino (h.), "Ideología, racionalismo y realidad", ps. 125 y sigts., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

¹⁰⁷ Conf: Villey, Michel, "Sources et porté du droit naturel chez Gratein" en "Leçons Xhistoire de philosophie du droit", ps. 189 y sigts., Ed Dalloz, París, 1962.

¹⁰⁸ Conf: Kalinowski, Georges, "Concepto fundamento y concreción del derecho", ps. 37 y sigts., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

¹⁰⁹ D. 1.1.11: Paulo, Lib. XIV ad Sabinun.

fenómeno y –de allí en más– fue lugar común de la doctrina especificar, clasificar y jerarquizar esas diversas acepciones¹¹⁰.

Santo Tomás expone con gran claridad esta diversidad¹¹¹ al tratar sobre el derecho, como paso previo a considerar la virtud moral de la justicia. Ella, como hábito que es, también se especifica por su objeto¹¹² de donde se ve razón adecuada para que el teólogo–moralista se pregunte: "Si el derecho es objeto de la justicia", explicitando en el texto de las respuestas las diversas acepciones conocidas en su tiempo¹¹³. Así dirá que si bien el derecho de manera propia y principal es "la propia cosa justa", "lo debido a otro según una cierta razón de igualdad", a su respecto se ha producido una corriente de significación. Al igual que ha sucedido con el nombre medicina, derecho, por derivación, también ha servido para designar el saber mediante el cual se determina o se descubre "lo justo". Pero también – de manera extrínseca –para nominar el lugar físico donde se dice el derecho; o la sentencia – aunque ella, accidentalmente sea injusta–. Será también allí, donde se explique el papel que ocupa la ley con referencia al derecho y donde se den elementos para una, no fácil, armonización de esta diversidad significativa.

Los tiempos modernos¹¹⁴ han llevado a una expresión más avanzada la prioridad del derecho en su acepción normativa. También han lanzado a la palestra científica una categoría que según algunos investigadores¹¹⁵ no era considerada por los clásicos: el derecho potestad, o más simplemente lo que llamamos "derecho subjetivo".

De allí, que con fundamento en la tesis de la analogía¹¹⁶ el realismo clásico, actualmente, ha retomado esa diversidad de significaciones para analizar el tema del derecho¹¹⁷. Lo cual resultó no sólo importante, sino hasta novedoso, si reparamos que hasta no hace mucho tiempo, la más autorizada doctrina¹¹⁸ se limitaba a considerar al derecho sólo bajo dos acepciones: el derecho objetivo, sinónimo del orden jurídico positivo, por una parte, y el derecho subjetivo, expresivo de la potestad o facultad derivada de la norma; en este último sentido –de participarse de algunas de las tesis iusnaturalistas– como resabio de un supuesto estadio de naturaleza pre–social: los llamados "derechos naturales".

Hoy, no resulta ya una cuestión absurda pensar desde un amplio marco realista sobre la conceptualización del derecho. Señalar que, a partir de la noción del derecho entendido como *ipsa res iusta*, como la buena proporción o relación entre personas, cosas y grupos sociales, es posible repensar con nueva luz, hija de viejas lentes, la

¹¹⁰ Conf. : Villey, Michel. "Orígenes de la noción de derecho subjetivo", en "Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo", ps. 25 y sigts., en especial, p. 34 y nota núm. 25, Ed. Univ. de Valparaíso, 1978.

¹¹¹ S. Teol.: II-II q. 57, a 1, .ad. 1.

¹¹² S. Teol.: I-II q. 54, a 2.

¹¹³ S. Teol.: II-II q. 57, a 1, ads. 1 y 2.

¹¹⁴ Villey Michel, "Une définition du droit", cap. II de "Seize Essais de Philosophie du Droit", ps. 15 y sigts., Ed. Dalloz, Paris, 1969. Si bien es cierto que ya el propio Sto. Tomás da pie para considerar este "corrimento" hacia "*ius sive lex*", en el sed contra de la I-II, q 94 art. 4, al tratar el tema de la "ley natural".

¹¹⁵ Conf: Villey, Michel, "Acerca del sentido de la expresión '*ius in re*' en el derecho romano clásico", ps. 103 y sigts., cap. IV de "Estudios...".

¹¹⁶ Conf.: Ramírez, J. M., "Opera omnia", t. II, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto de Filosofía Luis Vives, en especial vol. 3, capit. III, art. 2 y vol. 4, cap. II, Madrid, 1971.

¹¹⁷ Lachance, Louis O. P., "El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás", ps. 19 y sigts., Buenos Aires, 1953; Casaubon, J. A.- Pueyrredón, J. M. e Iribarne, H. P., "Introducción al derecho", vol. 3, ps. 20 y sigts., Ed. Ariel, Buenos Aires, 1981; Urdanoz, Teófilo O. P., comentario a la q. 57 en la edición bilingüe de la Biblioteca de Autores Cristianos, ps. 183 y sigts., etcétera.

¹¹⁸ Conf. : Villey, Michel, "Une definition..." cit, Entre nosotros: Llambías, J. J., "Tratado de derecho civil. Parte General", t. I, ps. 22 y sigts., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1980; Borda, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Parte General", t. 1, ps. 35 y sigts., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1980. En el mismo sentido Weill-Terre, "Droit civil. Int. Générale", ps. 4 y sigts. y 82 y sigts., Ed. Dalloz, 4ª ed., Paris, -1979.

totalidad del mundo, propio de los juristas. Esta es precisamente la propuesta que ha lanzado la corriente del "derecho natural clásico"¹¹⁹ y desde cuya perspectiva hemos abordado, ya, algunas cuestiones¹²⁰. Hoy lo haremos respecto del proceso.

Y habré de hacerlo, para demostrar que conforme sea la idea central que se forje sobre lo que sea el derecho –analogado principal, en términos técnicos– se derivará una concepción procesal distinta; una visión diversa sobre el sentido y consistencia del proceso judicial y de sus partícipes. De allí que si con Paulo hemos dicho que derecho se dice de muchas maneras, podemos agregar que de tantas maneras como pueda hablarse de derecho, se podrá comprender el camino a recorrer por los juristas prácticos en el ejercicio de nuestro oficio. Dicho de otro modo, adecuación del método a lo que consiste su objeto¹²¹.

III. El proceso en la perspectiva del derecho–ley

Siempre han existido normas en nuestra cultura occidental, en la que –como constante– se ha tendido a buscar su predominio –como expresión de un orden cósmico en el que se halla inserta la ciudad¹²²– antes que una vinculación ciega a la voluntad de los hombres. Hasta el propio Platón, tan propenso en principio al gobierno de los sabios¹²³, concluyó por conceder un lugar destacado a las normas jurídicas como exigencia de seguridad y continuidad de la ciudad¹²⁴. Aristóteles, más realista, se inclinó por exigir más certeza de las leyes que de la sabiduría de los jueces¹²⁵, sin por ello dejar de advertir que, en ciertos casos, la superación de lo legal debía dejar paso a lo justo, mediante el recurso de la "epiqueia".

Pero las leyes de las que se trata, no son sistemas cerrados y supuestamente autosuficientes¹²⁶ como ha de pretender el positivismo moderno, sino normas acuñadas e inferidas desde la solución de los problemas concretos. Por eso se explica que, en Roma, ya influida por la filosofía griega, señale Paulo¹²⁷, citando a Sabinus: "*Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*", porque la norma no es, sólo ni principalmente, el acto arbitrario del Príncipe o de la Asamblea, sino el fruto decantado de la experiencia jurídica de la ciudad y de la búsqueda de los juristas, expresados en los criterios del *ius respondendi*¹²⁸.

¹¹⁹ Conf.: Villey, Michel, "Abrégé du droit naturel classique", en "Leçons...", cit., ps. 109 y siguientes.

¹²⁰ Sanz, Carlos Raúl, "Reflexiones jus-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato" en Rev. LA LEY, t. 1978-D, p. 945 y "Consideración en torno al abuso del derecho" en Rey. LA LEY, t. 1981-B, p. 886.

¹²¹ "Suerte singular, es, entre los estudiosos del derecho, la de nosotros procesalistas; cultivamos una disciplina que, según el espíritu con que se considera, puede ser la más mezquina y la más sorda, o bien la más sensible y la más próxima al espíritu". "Proceso y justicia" de Calamandrei, Piero, publicado en el t. III, p. 202, del "Derecho Procesal Civil", Ed. Ejea, Buenos Aires, 1962.

¹²² Conf.: Aubenque, Pierre, "La loi selon Aristote", en A. P. D., ps. 147 y sigts., Ed. Sirey, París, 1980.

¹²³ "El político" 293 e/294 c; 297 b-d, etc.

¹²⁴ Las leyes 798 b, 713 e/714 a, 715 a-d, etcétera.

¹²⁵ I. Ret. BK 1354, a, 31 y 1354, b, 13.

¹²⁶ Villey, Michel, "Sobre la historia de las normas jurídicas", apéndice en t. VI de la Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho: "En. torno al contrato, la propiedad y la obligación", Ed. Ghersi, Buenos Aires, 1981.

¹²⁷ D. 50.17.1: Paulo, Lib. XVI ad Plautium.

¹²⁸ Enseña Alvaro D'Ors en su "Derecho Privado Romano" -ps. 66 y sigts., Eunsa, Pamplona, 1981- que entre el "*ius*" creado por la autoridad de los prudentes y la "*lex*" creada por la "*potestas*" del magistrado, hay una clara antítesis. En principio, la *lex* no modifica la *ius* y si se dice que es fuente de *ius* esto se debe a que los nuevos datos de la ley pueden ser asimilados por la jurisprudencia.

Así, el derecho normativo, edificado sobre *regulae* y *leges* tiene el atractivo de la verdad descubierta en las cosas de la república y la intencionalidad de preparar, persuasivamente, las soluciones que demanda la justicia.

La glosa fue edificando nuevas *regulae* –los "brocardos"– que han servido, durante siglos, como verdaderos trampolines del razonamiento jurídico.

Pero si el juez Bridoison –en Pantagruel– habla todavía un lenguaje tejido de *regulae*, poco a poco se irá abriendo camino una filosofía legalista, profundamente desconfiada de las posibilidades de la humana naturaleza¹²⁹, necesitada de uniformidad y de ideas "claras y distintas". Una visión ius-filosófica de raíz racionalista, que afectará extraer un sistema de normas a partir de ciertos principios evidentes en sí y que dará lugar –con el tiempo– a verdaderos sistemas estructurales jurídicos y legales¹³⁰.

Si el siglo XVIII permite la consideración de juristas como Pocquet de Livonnière y Prévot de la Jannes, es ésta una época intelectualmente más adecuada para los discípulos de Domat; la era de Bourjon, Daguesseau y Pothier. De esta raíz surgen los artesanos del Código: Maleville, Merlin, Tronchet, Portalis, Cambacérès, Bigot-Préameneu, Jacqueminot, Berlier y Treihard¹³¹. Con esta matriz se forjará la llamada "Escuela de la Exégesis", para quien todo lo jurídico queda reducido a la ley¹³².

¿Qué será del proceso en esta perspectiva? ¿En qué círculo se desarrollará la tarea del juez? He aquí, dos testimonios. Uno científico, escolar el otro. Nos enseña Mourlon¹³³: "Un buen magistrado humilla su razón delante de la ley; pues él está instituido para juzgar según ella y no para juzgarla. Nada hay por encima de la ley y es prevaricar eludir sus disposiciones, bajo pretexto de resistencia de la equidad natural. En jurisprudencia, no hay ni puede haber razón más razonable, ni equidad más equitativa, que la razón o equidad de la ley". Dice por su parte Ferdinand Buisson¹³⁴: "Obedecer la ley, es inclinarse ante la decisión de la unanimidad o de la mayoría de los representantes libremente elegidos por la Nación. Es someterse a la voluntad nacional, en otros términos a la justicia. ¿Qué más justo que someterse al criterio de todos o al del mayor número?".

Se advierte, dice Husson, que Géný –en su momento– hizo un diagnóstico exacto sobre el clima jurídico de fin del siglo XIX: "fetichismo de la ley escrita y codificada"¹³⁵.

¹²⁹ Postura generalmente tributaria de las concepciones teológicas derivadas de la reforma (conf: VILLEY, Michel, "La formation de la pensée juridique moderne", ps. 276 y sigts., Ed. Montchrestein, Paris, 1968).

¹³⁰ Es importante advertir la diferencia que media entre la propuesta racionalista del derecho natural forjado al modo de un Pufendorf (1672) o de un Heineccius (1727) (conf Arnaud, André Jean, "Les origines doctrinales du Code Civil Français", ps. 134 y sigts., Ed. L. G. D. J., Paris, 1969) y la prudencia con que Sto. Tomás trata este tema en S. Teol I-II q. 94, arts. 3 y 4; Adde; Ascarelli, Tullio. "Hobbes et Leibniz et la dogmatique juridique" en t. 10 de la "Collection de Philosophie du droit", Ed. Dalloz, 1966. En esta obra se encuentra el "dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England" de Hobbes y "Specimen quaestionum philosophicarum. ex iure collectarum -De casibus pérplexis- Doctrina conditionum- De leggum interpretatione de Leibniz; el trabajo de Ascarelli es estudio introductorio.

¹³¹ Arnaud, André Jean, "Les origines...", cit. ps. 27 y sigts., 103 y sigts.

¹³² Perelman, Chaim, "Logique juridique", ps. 23 y sigts., Dalloz, Paris, 1976.

¹³³ Mourlon, Frédéric, "Répétitions écrites sur le Code Civil" Iléme. édition, revue et mise au courant par Ch. Demangeot, núms. 84 y sigts. m especial núm. 85, p. 61 del t. I, Ed. Garnier, Paris, 1880.

¹³⁴ Buisson, Ferdinand, "Leçons de morale á l'usage de l'enseignement primaire", 36° lec. -sobre los deberes hacia la patria, ps. 174/5- 4° ed., Hachete, Paris, 1931, citado por Husson, León. "Nouvelles études sur la pensée juridique", p. 184, nota 1, Ed. Dalloz, Paris 1974, quien señala de qué manera el eje de la enseñanza de este autor fue el principio de que no existe ninguna autoridad en Francia superior a la ley, con justificaciones pragmáticas y empíricas. Fue director de enseñanza primaria en Francia por más de 17 años -1879 y 1896- y el principal artífice del plan escolar de Jules Ferry, de allí el interés de Buisson.

¹³⁵ Husson, León, "Nouvelles études...", cit. ps. 184 y siguientes.

Si en la ley todo está previsto de antemano, el ordenamiento jurídico positivo no puede tener lagunas, pues es como un inmenso casillero, en el cual cada casilla contiene de un cierto tipo de hipótesis. La tarea del juez consistirá en un mero proceso mecánico, susceptible de esquematizarse en un silogismo, cuando realmente no es así¹³⁶.

Ésta pareciera la lógica jurídica con que dicen manejarse los hombres de derecho. Lógica que ha llevado a Calamandrei¹³⁷ a afirmar: "Os confieso que cuanto más pasan los años y más se amplía mi experiencia forense, que ha pasado ya de los cuarenta años, más crece mi desconfianza, que en ocasiones se aproxima al terror, hacia la lógica jurídica".

Si el derecho es sinónimo de ley, lo que importará será la subsunción hecha por un juez ciego a toda otra cosa que no sea la norma; poco importará la concreta solución a la que se llegue. Descansará su conciencia cerrando las maltratadas carátulas del expediente, al desvincularse de los efectos de su creatura, pues "*dura lex...*". El proceso se comprenderá como una serie de etapas aisladas, desvinculadas de cualquier consideración finalística, donde el tribunal se limita a "responder" con un proveído al que –puntillosamente– deberá agregársele la norma del que ha sido derivado. Todo está en el código, pues aun el ritual fijará las pautas de interpretación de cada medio de prueba, y mediante el supuesto entretejido de subsunciones, presunciones e inferencias se llegará a una sentencia que pretenderá ser conclusión de una premisa mayor universal¹³⁸.

Pero quienes nos relacionamos cada día con partes y letrados, con peticiones y debilidades, qué bien sabemos que no resulta tan simple esta solución. ¡Cosa fácil sería administrar justicia así, si la infinita y delicada trama de lo real fuera susceptible de ser encorsetada en la urdimbre de los artículos del código! Pero hemos visto en nuestra vida judicial, el caso de aplicación a rajatabla del art. 120 del Cód. Procesal (ADLA, XLI-C, 2975); así una esposa perdió su juicio de divorcio al no haber acompañado copias de su ofrecimiento de prueba... también el beneficio alimentario al ser declarada culpable. Una frase de circunstancias, dicha por el juez en su sentencia, fue suficiente para avalar una tal solución¹³⁹.

"También en el campo de la justicia –dice Calamandrei¹⁴⁰– hemos heredado, tal vez de la escolástica medioeval, más aún que de la *aequitas romana*, la tendencia a las arquitecturas sistemáticas: fabricamos castillos de conceptos para dar en ellos decoroso alojamiento a la justicia, y no advertimos que, poco a poco, los castillos se transforman en prisiones con cerrojos, de las cuales no consigue ya liberarse"¹⁴¹.

Esto sucede al poner a la ley como eje del derecho.

¹³⁶ Calamandrei, Piero, "Verdad y verosimilitud en el proceso", pub. en t. III del "Derecho Procesal Civil", citado, p. 320.

¹³⁷ Calamandrei, Piero, "Función de la jurisprudencia", publ. en el t. III del "Derecho Procesal Civil", citado, ps. 232 y 238: "...lo peligroso que puede ser para la justicia el abuso de la lógica jurídica que se verifica cuándo el silogismo, de instrumento contingente, apto para racionalizar la equidad del caso singular, pretende pasar a ser una verdad final, de carácter universal".

¹³⁸ Un ilustrado ejemplo de este racionalismo jurídico -que nada tiene que ver con el pensamiento del derecho natural clásico- puede advertirse en la reciente conferencia pronunciada por el doctor Werner Goldschmidt en el Centro de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica sobre el tema: "¿qué pienso del derecho natural? Dicha exposición, con el título "Derecho Natural Jurídico" fue publicada en E. D. del 28 de octubre de 1982. Ver en especial el tema "métodos del derecho natural".

¹³⁹ Conf.: Soto Kloss, Eduardo, "Algunas consideraciones sobre la posición de los juristas frente al derecho en la época actual", Rev. LA LEY, t. 1979-B, p. 849.

¹⁴⁰ Calamandrei, Piero, "Función de la jurisprudencia..." cit. p. 233.

¹⁴¹ Conf.: D'ors; Alvaro, "Los romanistas ante la crisis de la ley" en "Escritos varios sobre el derecho en crisis". Consejo Superior de Investigaciones Científicas -Delegación Roma-, Roma-Madrid, 1973.

IV. El proceso en la perspectiva del derecho–potestad

Resulta extraño a nuestra mente moderna, pensar en un modo de considerar el derecho que no parta de la idea central de un hombre concebido como pura libertad, como pura capacidad para dar rienda a sus anhelos, a los que la ley positiva –y el orden moral, en su campo– pondrán límites para que no se convierta en un ser dañoso a sus semejantes.

De este modo, la inteligencia jurídica se encuentra jaqueada entre dos pinzas de un sistema que en la medida que más acentúa la libertad y la autosuficiencia del hombre, tanto más tiene que ratificar la fuerza represiva del sistema positivo, para compensar el eventual desborde de aquélla.

Una visión tal es moderna. Reconoce en Hobbes¹⁴² su expresión más cruda y versiones más atemperadas en las tesis pactistas de un Locke¹⁴³ o de un Rousseau¹⁴⁴. Tesis, todas ellas, tributarias de las postulaciones nominalistas e individualistas, hilvanadas por Guillermo de Ocam, a la sombra de sus polémicas con el Papado, al servicio de Ludovico de Baviera¹⁴⁵.

El método paduano resolverá –disolverá– el canabá de las relaciones sociales, para ponernos ante un hombre aislado que es puro poder. Estado mítico de un supuesto ámbito pre–social, en el cual el hombre quedará definido por esa espontaneidad que llamará libertad y que presentará como sinónimo de "derecho"¹⁴⁶. Plenitud de potestades que deberá renunciar en el estado¹⁴⁷ como garantía de seguridad, ya que Leviathán le devolverá, ordenada por la ley, una cascada de derechos subjetivos que le permitirán convivir sin destruir. Sean los primeros derechos subjetivos –que se llamarán naturales pues son propios del estado pre–social– o los últimos –que llamaremos civiles, en cuanto surgidos de la ley positiva–; derecho, de aquí en más, será potestad o facultad¹⁴⁸.

Los autores de la escuela moderna del derecho natural e incluso los miembros más encumbrados de la Escolástica¹⁴⁹ se adscribirán a esta tesis. Y si el derecho es "facultas morali agendi", el orden jurídico positivo no será otra cosa que el sistema –marco donde jueguen sin dañarse esas libertades o potestades, sometidas a la ley– entendido como concreción de una voluntad política, con el tiempo desvinculada de la justicia y de la moral.

¹⁴² Conf: Villey, Michel, "La formation..." cit. ps. 647 y siguientes.

¹⁴³ Conf.: Villey, Michel, "Los fundadores de la Escuela Moderna del derecho natural", t. II, ps. 38 y sigts., de la Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho, Ed. Ghersi, Buenos Aires, 1979.

¹⁴⁴ Conf: Bargallo, Ciro, J. M. "Rousseau", ps. 65 y sigts., Lib. jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1952.

¹⁴⁵ Conf.: de Lagarde, Georges, "La naissance de l'esprit laïque du déclin du moyen age", t. IV, ps. 15 y sigts., y ps. 156 y siguientes, etcétera.

¹⁴⁶ Hobbes, Thomas, "Les éléments du droit naturel et politique" (trad. francesa de Louis Roux), I^o parte, cap. XIV, núm. 6: "... derecho, o 'jus', o libertad irreprochable de usar de nuestra capacidad y de maestro poder naturales...", Ed. L'Hermes, Lyon, s/f.

¹⁴⁷ Hobbes, Thomas, "Les éléments...", cit. cap. XV, núm. 8.

¹⁴⁸ Conf.: Villey, Michel, "Orígenes de 1a noción..." cit. en "Estudios en torno...", cit. p. 47 en especial notas 54 a 58.

¹⁴⁹ Suárez, Francisco S.J., "Tratado de las leyes y de Dios legislador" L.^o I, cap. II, núm. 5, Ed. I. E. P., Madrid, 1967: "... la acción o facultad moral que cada uno tiene sobre su cosa o sobre la cosa que de algún modo le pertenece, se llama derecho y ese parece ser propiamente el objeto de la justicia".

Se abrirá, de este modo, en los estudios de derecho, la tesis de la autonomía de la voluntad y de la soberanía del contrato y no habrá casi institución que no sea forzada a concretarse –reductivamente– a una forma cualquiera de convenio¹⁵⁰.

El orden político se entenderá como un sistema de coexistencia de egoísmos contrapuestos, regido por el principio general de la utilidad¹⁵¹. Tal principio proyectará su sombra sobre el campo del derecho que servirá, de un modo u otro, a un supuesto "naturalismo" de cuño sofisticado, y que terminará concretándose en la hegemonía del más fuerte y en la acumulación de riquezas sin más límites que las posibilidades o el ingenio. Esa libertad, terminará por arrasarse con la igualdad¹⁵² y por convertir a la fraternidad en una cruda paradoja.

Sobre este cartabón se ha forjado el orden jurídico del capitalismo occidental, que entre nosotros no ha tenido –quizá– la crudeza que revistió en otras latitudes, por la prudencia del legislador¹⁵³ y los límites morales de los jueces¹⁵⁴; más allá de los sistemas ideológicos a los que –en principio– se los puede adscribir.

Esta concepción subjetivista del derecho, también irradió su impronta sobre el proceso. Así fue entendido en una dimensión lúdica; mera gimnasia de agudezas y celadas en el que la habilidad técnica pareciera el único requisito para llegar hasta un juez que, finalmente, es concebido como pura potestad jurisdiccional que no demanda más recaudo que su efectividad. Poder del Estado, hablando por boca de su "pontífice" y broquelando con el blindaje de la cosa juzgada, tal o cual solución. Es la concepción del proceso como juego¹⁵⁵ del que nos habla Calamandrei; sistema de potestades coordinadas como lo explica Carnelutti¹⁵⁶. Potestad irrestricta de las partes que en el encarnamiento no advierten el límite del interés legítimo y el comienzo del odio al adversario¹⁵⁷; derecho subjetivo de los profesionales dando largas a soluciones evidentes –*dum pendent rendet*–

Abogar se convierte en sinónimo de irascible e irrazonable actitud agonal, vehemente logomaquia que, las más de las veces, purga la sinrazón esencial y se torna en blasón para el sustento de la manda¹⁵⁸.

¹⁵⁰ Es de gran interés recorrer las diversas instituciones del derecho para advertir de qué modo, gran parte de ellas resultaron susceptibles de ser explicadas en términos contractuales: instituciones del derecho de familia, sistema procesal, estructura política del estado, etc. Así véase la reducción a términos del contrato de compraventa, realizada por el art. 1324 del Cód. Civil Argentino, del instituto de la expropiación por causa de utilidad pública o la explicación que alguna parte de la doctrina realiza en torno a la naturaleza jurídica del concordato (conf.: García Martínez, "El concordato y la quiebra"; t. I, p. 466, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962).

¹⁵¹ Conf. El Shadankakiri, Mohamed, "La philosophie juridique de Jeremy Bentham", ps. 309 y sigts., L. G. D. J., París, 1970.

¹⁵² Conf.: Villey, Michel, "Critique de la pensée juridique moderne", ps. 198/9: "Nota sobre el concepto de propiedad", Ed. Dalloz, París, 1976.

¹⁵³ Sobre el particular bastan como ejemplo, las sabias reflexiones de Vélez Sársfield, contenidas en punto al régimen matrimonial, en la nota al título I de la sec. II, 1º y al art. 167, entre otros.

¹⁵⁴ Resulta de interés considerar de qué modo ha existido permanentemente una jurisprudencia, que argumentando en orden al tema de la moral y las buenas costumbres ha posibilitado la existencia de límites al voluntarismo contractual. Así, aun antes de la reforma de 1968, el art. 953 del Cód. Civil había dado cabida a una labor pretoriana amplia y justiciera. Conf.: Llambías, J. J., op. cit. -Parte General-, t. II, núm. 1466.

¹⁵⁵ Calamandrei, Piero, "El proceso como juego", en t. III de su "Derecho Procesal Civil", t. III, ps. 259 y sigts. Dice este autor (p. 263): "Depende de la suma algebraica de esos esfuerzos (de las acciones y las omisiones, de las astucias o de los descuidos, de los movimientos acertados y de las equivocaciones), si al final del proceso, como síntesis, consigue lograr un resultado que responda verdaderamente a la justicia: pero, en cuanto a las dos partes en contraste (tesis y antítesis) ocurre a menudo que lo que importa no es tanto la justicia cuanto la victoria: de manera que, para ellas, el proceso viene a ser nada más que un juego en el que hay que vencer" (p. 265). "Cada competidor, antes de dar un paso, debe tratar de prever, mediante un atento estudio, no sólo de la situación jurídica, sino también de la psicología del adversario y del juez, con qué reacciones responderá el antagonista a su movimiento. Así, aun sin perder de vista el fin último del proceso, que es la victoria, los competidores continúan estudiándose durante todo el curso del proceso como dos esgrimistas frente a frente; y la partida viene a fraccionarse en una serie de episodios en cada uno de los cuales sus esfuerzos van inmediatamente dirigidos a conseguir una ventaja parcial, un 'punto' que quede conquistado a su favor y pueda concurrir a asegurarle, cuando hayan de hacerse las sumas, la victoria final".

¹⁵⁶ Conf.: Carnelutti, Francesco, Instituciones del Proceso Civil, t. I, ps. 312 y siguientes.

¹⁵⁷ "Señor abogado -dice Calamandrei, explicitando esta hipótesis- no me importa gastar, con tal que mi adversario no venza, estoy dispuesto a perder todo mi patrimonio" ("El proceso como juego", cit. p. 293).

¹⁵⁸ Explica Calamandrei esta actitud: "... si el proceso admite que las partes en ciertos casos puedan de común acuerdo prescindir de ciertas formalidades procesales o abreviar un plazo o saltarse un grado, ocurre indefectiblemente que una de ellas se niega a prestarse a tal simplificación... el abogado que esté dispuesto a prestar su adhesión a cualquier requerimiento contrario, sólo porque considere que el aceptarlo podría simplificar las formas sin perjudicar el mérito, se gana, inmediatamente, en la

En la dimensión de esta concepción del derecho –comprendido como puro poder, enzarzado en la puja social con otros poderes opuestos y contradictorios– se entiende el juicio como mera "composición" de fuerzas encontradas, que bien puede ser sustituido por formas equivalentes: la autocomposición de la "litis", la conciliación, etc.¹⁵⁹. Composición que –en la vida profesional– ha llevado a ver negociación de hijos por bienes, de vistas por alimentos... de "reinos por un plato de lentejas".

El juez, en este caso, es un mero negociador que debe especular con la inseguridad de cada parte sobre la victoria, para que limen sus diferencias; nada sabe de lo justo o de lo injusto, de lo verdadero y de lo falso. Interés de las partes, interés de los abogados por las costas e interés del juez por no trabajar una sentencia.

Quede bien en claro, que me estoy refiriendo a esas conciliaciones que –extrañamente– se fijan pocos días antes de vencer el plazo para dictar sentencia: mero alargamiento del tiempo hábil para hacerlo. No de esos casos en que la conciliación del juez es colaboración leal para que las partes vengan a consentir una sentencia justa, que no podría llegar a dictar con forma de tal, pero que bien puede proponerse por vía supra-litigiosa. Convenios, que no son otra cosa que replanteos integrales de acciones mal propuestas que –en los términos estrictos de la relación procesal– imposibilitarían el dictado de una sentencia justa. Conciliación que es medio de justicia y de estricta equidad, no expediente agnóstico para componer conflictos de los que no nos queremos hacer cargo.

Si un esquema crudamente positivista –como vimos antes– nos llevaba a sofocar la justicia del caso concreto, en la situación a la que nos referimos, la solución del caso concreto de manera carente de norte, nos lleva a la falacia de una "salida" que es simplemente eso; no justicia ni derecho.

Si la dureza de la ley sofocaba los requerimientos de la realidad, aquí la realidad queda atacada por consideraciones subalternas, que nada tienen que ver con las razones por las cuales los hombres son definidos tales: su inteligencia abierta a la verdad, sus apetitos ordenados al bien.

V. El proceso en la perspectiva de un agnosticismo jurídico

Si bien, generalmente, reservamos la calificación de agnóstica para una actitud relativa a la fe sobrenatural, no es incorrecto hablar de un cierto agnosticismo jurídico, como expresivo de quienes han descreído sobre la consistencia ontológica del derecho, o han renunciado a buscar la misma. No quizá propuesto en forma de rúbrica teórica, más sin duda firme actitud de descreimiento práctico.

Y esa actitud, reviste dos canales muy transitados: el jurisprudencialismo y el sociologismo.

Quienes en pos del llamado realismo americano afirman –como Holmes¹⁶⁰– que derecho son "las profecías de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos" no están recordando la acepción analógica derivada

estimación de su propio cliente (especialmente del cliente pobre que es siempre el más suspicaz), la tacha de débil y de inepto... si no ya la de vendido" ("El proceso como juego", cit. p. 280).

¹⁵⁹ Carnelutti, Francesco, "Instituciones..." cit. t. I, p. 109.

¹⁶⁰ Holmes, Oliver W., "La senda del derecho", p. 21. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

y extrínseca que recoge Sto. Tomás y que recordábamos antes¹⁶¹ y que repetimos aún hoy. No se trata de memorar la comparenza "in iure", sino una convicción: como lo justo no tiene entidad propia, lo que ello sea, en cada caso, se delega a lo que digan los jueces.

Otro tanto suele suceder con las posturas derivadas de un indebido matiz sociologizante; como el derecho carece de consistencia, ha de estarse a lo que la opinión pública decida¹⁶² ya que desde esa actitud sociologista se tratará de contemplar "desde el punto de vista de un espectador curioso las cosas del derecho, aunque sean del propio derecho, sin participar en ellas e incluso sin creer en ellas..."¹⁶³.

Tal actitud agnóstica con fundamento en un hipertrofiado sociologismo –que nada tiene que ver con la buena sociología¹⁶⁴–, ha sido correctamente denunciado, por ejemplo, en materia del derecho de familia¹⁶⁵ en punto a la adopción por los concubinos. Y en general suélese utilizar para demostrar que como "sucede" debe ser legislado, en temas relativos al divorcio y al aflojamiento de los vínculos de la familia legítima, sin advertir que esos mismos defensores de lo "acontecido" no aplican el mismo criterio en materia económica. Tampoco suelen pagar los deudores, de allí no se sigue que deba eliminarse la legislación que permite el cobro compulsivo, de donde se ve en qué tipo de cuestiones surge el mencionado sociologismo¹⁶⁶.

No es momento éste de abundar en esta cuestión específica, interesa volver al proceso en la perspectiva de esta óptica no por lo generalizada menos dañina. En primer lugar, se explica una pérdida del sentido o finalidad del proceso. Y no es desde el campo de la filosofía jurídica o del derecho de fondo desde donde parte esta advertencia. Nos dice Satta¹⁶⁷ que concluye su "vida de estudioso con la amarga impresión de haber perdido nuestro tiempo en torno a un vano fantasma, a una sombra que hemos tratado como una cosa sólida".

En segundo lugar, se sigue lo que podríamos llamar pura estructuración del proceso, que no apunta a cosa transeúnte alguna y que busca en sí mismo su propia suficiencia y justificación. Ese proceso es el que puede llevar a la "renuncia conciente a la verdad jurídica objetiva"¹⁶⁸ por haberse cumplido las formas externas. Inmanencia que incluso la doctrina procesal más calificada quiere salvaguardar como prenda de suficiencia, con escasa propensión a buscar fuera de sí elementos integrativos¹⁶⁹. Así, el sistema se cierra sobre sí, y la sentencia trueca por el polvo de

¹⁶¹ S. Teol. II-II, q. 57, a l. ad. l.

¹⁶² Carbonnier, Jean, "Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho", p: "362, Ed. Temos, Madrid, 1974.

¹⁶³ Carbonnier, Jean, "Derecho ...", cit. p. 343.

¹⁶⁴ Sanz, Carlos Raúl, "El derecho no es un árbol. Consideración de un jurista sobre el derecho y la ciudad" trabajo a publicarse próximamente en la revista Sociológica.

¹⁶⁵ Conf.: voto del doctor Alfredo Di Pietro en el plenario de la Cámara Civil de la Capital, en autos "R. J. y otro" Rev. LA LEY, t. 1982-A, p. 369. Tramonti, Antonello. "Concubinato y adopción. En torno del art. 6° de la ley 19.134", E. D., t. 76, p. 843.

¹⁶⁶ No resulta extraño que en un reciente libró (Bossert, Gustavo A., "Régimen jurídico del concubinato", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982) se apele a este tipo de argumentación para debilitar el instituto del matrimonio único, indisoluble y monogámico, en pro no sólo del "status" de la barraganía sino incluso de la juridización de uniones libres, es decir donde no existe "en plenitud concubinato" pero que se propone estudiar (ps. 49/50) "para precisar si aunque esté dado en otra forma de relación extraconyugal, dicho problema presenta los mismos caracteres, bases y consecuencias prácticas que cuando aparece el concubinato" ya que también se seguirían efectos jurídicos aunque no medie cohabitación ni notoriedad.

¹⁶⁷ Citado por Calamandrei, p. 206 del t. III citado.

¹⁶⁸ Conf.: Bertolino, Pedro J., "La renuncia conciente a la verdad jurídica objetiva y su incompatibilidad con el adecuado servicio de la justicia", E. D., del 23 de julio de 1982.

¹⁶⁹ Por ejemplo Reimundin, Ricardo, "La interpretación de la ley procesal" en Rev. LA LEY, t. 1979-B, ps. 852 y siguientes.

la erudición la razonabilidad intrínseca de su resultado. Soberbio aislamiento, territorio cerrado, nos dice Calamandrei¹⁷⁰.

Pareciera, observa Peyrano¹⁷¹ "que algunos cultores de la disciplina que nos ocupa, hubieran preterido la calidad instrumental de la ley de rito y que, en cambio, hubieran pergeñado una suerte de proceso por el proceso mismo"; de allí que con palabras de Carnelutti señale: "quien mira las cosas un poco a fondo, advierte que la doctrina alemana, que dio comienzo a la autonomía del derecho procesal... si ha servido en algo para conocer cómo el derecho sirve al proceso, mucho menos ha valido para comprender cómo el proceso sirve al derecho".

En tercer lugar, fruto de este agnosticismo será convertir al proceso en una mera técnica social de distensión de tensiones, mediante el tránsito obligado de sus formas. Si esto fuera así cualquier método sería compatible: la promoción del fútbol, la terapia psicoanalítica o la propaganda subliminal. No ha escapado esto a los procesalistas, que han puesto el dedo en la llaga¹⁷².

Finalmente, un proceso así considerado hace del juez un "ausente del universo moral, o por lo menos... retirado a la periferia, con los hombres de leyes, sus hermanos, y con los litigantes, sus hijos"¹⁷³. Un mero partidor, pues –al decir de Carbonnier¹⁷⁴– de este modo "uno siempre tiene la seguridad que bajo sus dos rostros inescrutables, el justo no va a quedar completamente despojado y el injusto no va ser enteramente ganador".

No importa tanto la solución a la que se llegue, sino que se llegue a una solución; los principios de la cosa juzgada, de la verdad formal y los restantes automatismos del proceso se encargarán de dar forma solemne y apariencia respetable, a esta monstruosa caricatura de lo justo.

VI. ¿Hacia un irracionalismo judicial?

Lo que llevamos dicho, pareciera conducir hacia una forma puramente afectiva de consideración judicial. Lo que hace ya tiempo¹⁷⁵ –comentando un fallo jurisprudencial– llamara "derecho cardíaco".

Ecos de la escuela del derecho libre y grandes dosis de buena voluntad, suelen llevar a los tribunales a omitir consideración alguna al derecho vigente, a lo actuado y probado en el expediente. También –por qué no decirlo– pereza para espigar en el sistema legal buenas soluciones o para argumentar –con todo el peso del sentido común–

¹⁷⁰ Calamandrei, Piero, "Proceso y justicia" (t. III del Derecho Procesal Civil, cit.) p. 208: "El pecado más grave de la ciencia procesal de estos últimos cincuenta años ha sido, a mi entender, precisamente éste: haber separado el proceso de su finalidad social; haber estudiado el proceso como un territorio cerrado, como un mundo por sí mismo, haber pensado que se podía crear en torno al mismo una especie de soberbio aislamiento separándolo cada vez de manera más profunda de todos los vínculos con el derecho sustancial, de todos los contactos con los problemas de sustancia; de la justicia, en suma. Y el mismo autor agrega (p. 229, Función de la Jurisprudencia): "A todos nosotros, los abogados, nos ocurre frecuentemente, y en esta última década nos ha ocurrido acaso más a menudo que antes, tener que admirar ciertas sentencias que son verdaderos monumentos de doctrina jurídica, sin poder ahogar, sin embargo, en nosotros, al final de su lectura, una sensación de descontento y desagrado, de la cual surge una secreta pregunta que no encuentra contestación en aquel despliegue de erudita dialéctica".

¹⁷¹ Peyrano, Jorge W., "En un principio era el juicio", Rev. LA LEY, t. 1981-D, ps. 855 y siguientes.

¹⁷² Calamandrei, Piero, "Proceso y justicia", cit. p. 214.

¹⁷³ Carbonnier, Jean, "Derecho flexible..." cit. p. 354.

¹⁷⁴ Carbonnier, Jean, "Derecho flexible..." cit. ps. 309 y siguientes.

¹⁷⁵ Sanz, Carlos Raúl, "De los principios generales del derecho al derecho general del corazón como principio. En torno a un fallo judicial". Comentario en Universitas, núm. 9, abril de 1969.

en pro de la mejor solución posible. Así hemos visto descalificar parcialmente alguna sentencia, porque "el derecho, es antes de todo, vida y verdad"¹⁷⁶.

Vitalismo, ecos locales del *volksgeist* o de la *volksbewusstsein*, que han generado –también– el escándalo de los prudentes y el rechazo de los doctos.

No es en esta línea en la que habré de litigar. Los movimientos afectivos en el ser humano –y acabadamente en el jurista– se han de sujetar al dictamen práctico de la razón y no pareciera que la mejor de las intenciones resulte fundamento idóneo para fallar, sin más, en uno u otro sentido. Tan lejano a la realidad de las cosas humanas plenas, resulta un pensamiento despojado de cualquier consideración equitativa, como una mera corriente simpática de afinidad tendencial, sin la coincidencia del juicio del intelecto práctico –más o menos matizado por la connaturalidad relativa al oficio¹⁷⁷–.

Mundo jurídico descrito por Lewis Carrol en "Alicia en país de las maravillas"¹⁷⁸ donde se desarrolla aquella extraordinaria competencia de croquet: flamencos vivos como mazos, erizos vivos como bolas y sotas vivas como arcos; pero –país de las maravillas, donde todo era vida– sin normas o con normas a las que no se prestaba atención, porque en el juego todo era "vida" y se escapaba a su consideración.

VII. El proceso en la perspectiva de la noción clásica del derecho.

Si bien, generalmente en el ámbito jurídico llamamos "clásicos" a los juristas que han trabajado en torno a la codificación, en la historia de las ideas jurídicas, llamamos tales a quienes han iluminado con la genialidad de su visión el camino de las cosas reales. En esta perspectiva, llama el prof. Villey derecho natural clásico, a la línea realista que eslabona el pensamiento aristotélico, con el derecho romano de fines de la república¹⁷⁹ y de comienzos del imperio, como así también con las concepciones del derecho culto del medioevo y sus derivaciones posteriores¹⁸⁰.

El derecho es considerado como una buena proporción¹⁸¹, como cosa justa adecuada a otro¹⁸², como relación creada –puesta– o descubierta por el jurista, en las cosas¹⁸³. Es en este marco, que anuda a Aristóteles con Gayo, al derecho de los pretores con Tomás de Aquino y a la mejor escolástica con la experiencia jurídica de los prácticos, donde encontramos adecuada respuesta –e incluso ubicación– a la problemática de todo el campo jurídico: también para el proceso.

¹⁷⁶ Rev. LA LEY, t. 154, p. 481.

¹⁷⁷ Conf.: Casaubon, Juan Alfredo, "El conocimiento afectivo o por connaturalidad", Rev. LA LEY, t. 1979-D, p. 776.

¹⁷⁸ Conf.: Carbonnier, Jean, op. cit. p. 94. Adde; D'ors, Alvaro, Escritos varios, cit., cap. IV: "Ordenancistas y judicialistas", ps. 35 y siguientes.

¹⁷⁹ D'ors, Alvaro, "Derecho Privado Romano", cit. ps. 34 y siguientes.

¹⁸⁰ Villey, Michel, "A Bregée... cit."

¹⁸¹ Aristóteles, "Ética Nicomaquea" BK 1131a-30/b-15.

¹⁸² S. Teol, II-II, q. 57, a. 2.

¹⁸³ S. Teol, I-II, q. 95, a. 2.

Si el derecho es "lo justo" –así, en forma de adjetivo neutro¹⁸⁴– la buena relación, ordenada al bien común, de personas, cosas y grupos sociales, dotada de las notas de objetividad y exigibilidad, también el proceso –y diría que fundamentalmente el proceso– es el medio adecuado para el logro de ese fin.

Sólo a la luz de esta perspectiva, se ubica aquella válida propuesta de Calamandrei del proceso como método de conocimiento de la verdad "y que los medios probatorios que estudiamos están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para alcanzar y para fijar la verdad; no las verdades últimas y supremas que escapan a los hombres pequeños, sino la verdad humilde y diaria, aquella respecto de la cual se discute en los debates judiciales, aquella que los hombres normales y honestos, según la común prudencia y según la buena fe, llaman y han llamado siempre la verdad"¹⁸⁵. Esa forma de verdad –hecha relación en la convivencia social– a la que también llaman los moralistas justicia¹⁸⁶, que parte y se funda en la "*ipsa res justa*", en ese justo concreto que da sentido a cada uno de los elementos del proceso. El cual –considerado como diálogo polifónico¹⁸⁷ entre quienes saben– permite ocupar su lugar adecuado tanto al interés de las partes, como a las normas positivas y "*regulae juris*"; pero por sobre todo, a la realidad del caso, encerrado en los folios sucios de ajados expedientes; que exige "*ex oritur*", la mejor solución posible en la línea de la verdad y el bien común objetivos.

Entendiendo el proceso como la forma experiencial de ejercicio de la prudencia judicial, las diversas partículas –que parafraseando a Chesterton– parecen verdades que "se han vuelto locas", encuentran adecuado y armonioso sitio. El ardor de los abogados y fiscales poniendo de relieve la alternativa de partes, pero en el entendimiento que su voz no genera un monólogo sin otro norte que vencer, sino la cuerda particular de un instrumento que sólo alcanza su plenitud en la armonía conjunta de ese "ensemble" que es la labor del foro: de jueces, ministerio público, letrados, partes, ujieres, oficiales de justicia, empleados... Forma especial de diálogo, reivindicado hoy para el derecho¹⁸⁸ que no es una creación escéptica de metodólogos modernos, sino re–descubrimientos de viejas verdades en las que se formaron los juristas romanos y los teólogos de la edad cristiana¹⁸⁹. Diálogo practicado y aprendido en la plenitud de la vida universitaria europea –el siglo XIII¹⁹⁰– y reiteradamente propuesto y cultivado por los hombres doctos de una Europa¹⁹¹, que aún no había perdido "conciencia de sus cosas santas", al decir de Berdiaeff.

El daño sufrido por el derecho, al olvidar las propuestas de Vico y tomarse científicista en pos de Descartes, y de Hobbes y Wolff, ha sido inmenso¹⁹². También las ciencias sociales y humanas, en general¹⁹³. Así se abrió paso un mundo jurídico pensado por filósofos, ignorantes del derecho; ideólogos revolucionarios que hallaron en el rigor del

¹⁸⁴ Villey, Michel, "Philosophie du droit, Indéfinitions et fins du droit", p. 71, núm. 38, Ed. Dalloz, París, 1978.

¹⁸⁵ Calamandrei, Piero, "Proceso y Justicia" cit. p. 215.

¹⁸⁶ Pieper, Josef, "Las virtudes fundamentales", ps. 99 y sigts. Ed. Rialp, S. A., Madrid, 1976.

¹⁸⁷ Villey, Michel, "Método, fuentes y lenguaje jurídicos", p. 80, Ghersi Editor, Buenos Aires, 1978.

¹⁸⁸ Villey, Michel, "Método..." cit. ps. 91 y siguientes.

¹⁸⁹ Conf.: Marrou, Henri-Iréné, "Historia de la educación en la antigüedad", en especial, ps. 238 y sigts. y 347 y sigts. Ed. Eudeba.

¹⁹⁰ Conf.: Montejano, Bernardino (h.), "La Universidad", en especial ps. 76 y siguientes.

¹⁹¹ Conf. Hennis, Wilhelm, "Política y filosofía práctica", ps. 111 y sigts. Ed. Sur, Buenos Aires, 1963.

¹⁹² Conf: Thomann, "Cristian Wolf et son temps (1679-1754) - Aspects de su pensée morale et juridique". Tesis para el doctorado en derecho, Univ. de Estrasburgo, 1963, Ed. privada policopiada. En especial, ps. 328 y sigts. "La méthode juridique et son application".

¹⁹³ Conf.: Löwith, Karl, "El sentido de la historia", en especial ps. 166 y sigts. Ed. Aguilar, Madrid, 1968.

positivismo el mejor recurso para cambiar los usos que habían forjado la herencia de siglos de cultura. Al servicio de la burguesía, luego de la revolución de 1789; o de la dictadura del proletariado, en nuestro siglo¹⁹⁴.

Así, por mucho tiempo, nuestros hombres de derecho encerraron en vergonzantes silogismos deductivos, las razones reales a las que habían llegado mediante el diálogo real con las cosas y los hombres¹⁹⁵. Porque es allí, en ese intercambio –mediante tanteos– donde se hace la verdad en el espíritu de quien juzga, aunque luego envuelva en ropaje de discurso deductivo a sus razones. A la búsqueda de la verdad, llega el juez guiado por el discurso de los abogados y confrontando –una y otra vez– estas razones, con los hechos que sólo el "estudio del expediente" le puede brindar. Es allí, en la realidad de folios manchados, donde está en potencia la mejor solución posible; a la que sólo puede llegarse mediante la confrontación con leyes y precedentes, con la opinión de las partes y las rúbricas de los autores.

En esta ida y vuelta de las pruebas a las normas, de los resultados provisionales a los fines últimos del bien común, de los hechos a las valoraciones; en este diálogo ininterrumpido que sólo cesa al firmarse la sentencia, consiste la tarea del juez y del jurista. En ese compromiso de llevar hasta el final esa "verdad práctica", reside la tarea del juez; compromiso con las cosas, con las partes y con sus asesores; con la República y sus destinos; con la Nación y con sus gentes; con la Verdad y el Bien: he aquí los límites de la tarea judicial, pero también la grandeza de los jueces. No derivada de sus magras calidades personales, sino de lo pulquérrimo de las cuestiones a las que accede¹⁹⁶.

No están allí ni la erudición ni la petulancia, sino la paciente y humilde vocación por el examen de las cosas. Si, al decir del Angélico¹⁹⁷ "la corrupción de la justicia tiene dos causas: la falsa prudencia del sabio y la violencia del poderoso", es la dureza de las propias "*res judicables*" el único antídoto para desentendidos y soberbios. Ese juez y ese abogado llamados "pruebistas"¹⁹⁸ buscan más la verdad que la apariencia. "El que atiende los hechos... es un hombre honrado, modesto, pero honesto, para quien dar con la solución justa... interesa más que el figurar como colaborador de revistas jurídicas". "Es una lástima que en el ordenamiento actual de la carrera judicial –dice Calamandrei, en el caso de Italia–, la constancia con que el juez oye a los testigos y la diligencia que anota los documentos no sean como las sentencias brillantemente fundadas en derecho, títulos que se puedan hacer valer en los concursos; por eso, el juez que prefiere las cuestiones de derecho, piensa muy a menudo, más que en la justicia, en el ascenso".

Es esa fidelidad a los hechos, lo que constituye en verdad el secreto del oficio forense, apuntando su mejor solución posible a la línea del Bien Común, que deberá permanecer claro, en cada paso en que se ejercita y actualiza esa "posibilidad" en que consiste el derecho –en sentido propio–. En las lenguas eslavas, una misma palabra¹⁹⁹ significa

¹⁹⁴ Villey, Michel, "Philosophie du droit. Insophies juridiques modernes occidentales et marxistes du monde socialiste" cap. VIII de "Critique..." cit. París, Ed. Dalloz, 1976.

¹⁹⁵ Conf.: Villey, Michel, "Método..." cit. ps. 77 y siguientes.

¹⁹⁶ Conf. Ramírez, Santiago M., "La prudencia", en especial ps. 211 y sigts. Ed. Palabra, Madrid, 1979.

¹⁹⁷ Citado por Pieper, op. cit. p. 83.

¹⁹⁸ Conf. Calamandrei, Piero, "Elogio de los jueces", Ed. Ejea, Buenos Aires, 1969, "De las predilecciones de abogados y jueces por las cuestiones de derecho o por las de hecho".

¹⁹⁹ Así, por ejemplo, sucede en ruso con la palabra "pravda".

verdad al mismo tiempo que justicia. Y es esa doble realidad lo que constituye el andarivel del derecho y de sus servidores: abogados y jueces.

Así se entiende con toda simplicidad la rúbrica de Ulpiano²⁰⁰ definiendo la justicia como la virtud mediante la cual los hombres –y los del foro en especial– saben y quieren reconocer a cada uno su situación, su "status", su "derecho". A conducir –de la manera más eficiente posible– a quienes litigan por ese fin, es el objetivo propio del proceso, sin lo cual termina por ser una burda caricatura. Lo justo no tendrá –de ese modo– la belleza del lucero, ni el juez será la encarnación de la justicia. Volviendo a lo dicho, terminará siendo "falsa prudencia" de los mejores o soberbia iracunda en los poderosos.

En esta línea, a la que adherimos, con esta propuesta y con estos límites, el proceso es diálogo para descubrir la verdad. Y diálogo medido y aferrado en las cosas que, probablemente, se continúa –cada vez con menor vehemencia y mayor sabiduría– hasta el último diálogo; final con que cierra Calamandrei su "Elogio de los jueces": ... sé que la conciencia de haber empleado la parte mejor de mí mismo en procurar la justa felicidad de los demás, me dará tranquilidad y esperanza en el último suspiro. En esta esperanza ¡oh abogado! nuestros dos destinos se encontrarán a su acabamiento terreno; por esta meta común podemos, fraternalmente, darnos la mano"²⁰¹.

Y es esta convicción: que la justicia y la verdad no son quimeras, la voz de aliento que los hombres del foro debemos hoy a nuestros paisanos, sofocados por la densa capa de pesimismo a la que nos han llevado tanto la falsa prudencia de los sabios, como la soberbia de los poderosos.

Ese –tal vez– será nuestro aporte a la reconciliación de los corazones; la vieja concordia –al fin de cuentas–.

III)

DERECHOS Y CONTRADERECHOS **(A propósito de la violencia urbana)**

Néstor Pedro Sagüés²⁰²

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. LA SEGURIDAD PERSONAL COMO DERECHO HUMANO
2. "LEGITIMACIÓN" DE LAS AGRESIONES. ASPECTOS PSICOSOCIALES
3. MARCO JURÍDICO DEL DEBATE. SU IDEOLOGIZACIÓN
4. DERECHOS Y CONTRADERECHOS
5. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL CONTRADERECHO. CRÍTICA.

1. Introducción. La seguridad personal como derecho humano

²⁰⁰ D. 1.1.10 Ulpiano Lib. I, Regularum.

²⁰¹ Calamandrei, Piero, "El elogio ... cit.", ps. 396/7.

²⁰² Este artículo fue publicado en ED (t. 186) 827.

El derecho a la seguridad personal es un típico derecho humano, generalmente de raigambre constitucional pero también de alcurnia supranacional, en el sentido de que está reconocido por una serie de instrumentos internacionales.

Por ejemplo, así figura en el art. 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948), cuando indica que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a “la seguridad de su persona”. El derecho a la “libertad y seguridad personales” se repite en el art. 9º de la Declaración Universal de Derechos Civiles y Políticos. A su turno, el Pacto de San José de Costa Rica repite una expresión parecida, en su art. 7º, inc. 1º. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es todavía más explícita, al señalar en su art. 5º, inc. b) que toda persona, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, tiene derecho “a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución”.

En su versión restringida, el derecho a la seguridad personal parece vincularse al derecho a la integridad física, en el sentido de tutelar al individuo contra daños a su cuerpo. Pero en una acepción más amplia, comprende también la protección frente a otros ataques conexos, como privaciones o perturbaciones a la libertad ambulatoria, atracos, invasiones a su domicilio, atentados sexuales, y en general amenazas o intimidaciones que impidan a un ser humano disfrutar de su *derecho a la tranquilidad*, sin temer lesiones a su persona o a sus bienes. Ese amparo tiende a llamarse seguridad pública²⁰³.

Queda claro, entonces:

- a) Que el derecho a la seguridad personal es un derecho honda y estructuralmente *humano*, algo estrechamente vinculado con la dignidad de la persona, un derecho básico y fundamental, de tipo innegable.
- b) Que opera como una suerte de "derecho fundante" valioso tanto por sí mismo como porque posibilita el goce de otros derechos. De no haber garantías respecto de la integridad personal, por ejemplo, raro es que puedan ejercitarse otros derechos como los políticos, circular libremente, ser propietario, emitir libremente ideas, practicar un culto, etc.
- c) Que respecto del Estado, cabe exigirle roles *preventivos*, en el sentido de impedir agresiones contra las personas o sus bienes, como también roles *represivos* (de sanción para quienes infrinjan el referido derecho a la seguridad personal). Implica igualmente para el Estado *deberes de acción*, como los ya señalados, y *de omisión* (no atacar a las personas). Desde esta perspectiva, es un derecho multioperativo.
- d) Que es un derecho *bifronte*, en el sentido de que se dirige tanto contra las autoridades públicas como contra los particulares, quienes deben, por su parte, respetar la seguridad de sus semejantes.

²⁰³ Sobre la descripción del concepto de seguridad pública y sus variables nos remitimos a nuestros *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed. (Buenos Aires, 1999), Astrea, t. 2, págs. 374/5.

No obstante su condición de derecho humano fundamental, innegable, fundante, bifronte y multioperativo, el derecho a la seguridad personal (que exige también, como vimos, seguridad pública), es contrastado por una realidad cotidiana que lo rechaza, desmiente y cuestiona. Su vigencia, en particular en lo que hace al ámbito urbano, choca con un incremento de la delincuencia respecto de los delitos contra las personas, la honestidad y la propiedad; la ínfima cantidad de casos penales efectivamente resueltos y con condena; el aumento de policías y custodios agredidos o asesinados, la toma de rehenes y la disminución en la edad de los delincuentes^{2 bis}. Como contrapartida, surge otro problema por cierto preocupante: el retorno en muchos casos a la "justicia privada", ejecutada (ante la ineficacia de los roles preventivos y represivos que debería haber cumplido el Estado), por las víctimas o sus deudos.

2. Legitimación de las agresiones. Aspectos psicosociales

En los últimos lustros las agresiones a la seguridad personal no sólo han crecido cuantitativamente, sino que intentan cubrirse de un barniz de justificación que principia por la convicción personal del agresor, en el sentido de que lo que está haciendo no es algo reprochable.

Aplicando aquí en parte el esquema de ALBERT BANDURA (que si bien refiere a la legitimación de actos terroristas, entendemos también útil para comprender la agresión común hacia la seguridad personal), esos conductos de legitimación del hecho agresivo operan para: a) eliminar los mecanismos de freno o autocontrol del sujeto agresor; b) bloquear los dispositivos de autosanción del autor de tales conductas destructivas. Por ambas rutas, y gracias a tal doble "desconexión moral", el agresor encuentra (de modo consciente o subconsciente) justificativos tanto para superar las barreras internas que normalmente le impiden violar la seguridad personal del prójimo, como para después no sentirse culpable de su acto²⁰⁴.

Los dispositivos aludidos se aplican en dos niveles diferentes:

a) *En cuanto a la conducta reprehensible:*

1. *Justificación moral de la agresión.* Cuando ello se logra, el sujeto agresor entiende que su acto es bueno, por más que la norma jurídica lo condene. "Lo que es culpable, escribe BANDURA, puede hacerse honorable a través de

^{2 bis} Algunos datos son harto llamativos. Por ejemplo, en la Argentina, "sólo una de cada mil personas que delinquen son alcanzadas por el sistema penal". En la provincia de Buenos Aires, en 1990 hubo 234.502 delitos, y en 1997 fueron 399.638. El 63 por ciento de las víctimas de delitos contra la propiedad no los han denunciado. En 1996 hubo 6180 condenas y en 1998, solamente 4311. En la ciudad de Buenos Aires, cerca de 80.000 personas usurpan terrenos fiscales. Existen quince "villas de emergencia": asentamientos ilegales, cerrados e impenetrables. De acuerdo con un informe de la Fundación Mediterránea, referido al país, por cada punto que aumenta la tasa de desempleo, el delito se acrecienta en un 0,39 por ciento. Otras fuentes acreditan que la mitad de los condenados tiene menos de 30 años, y el 80 por ciento apenas terminó la escuela primaria. El 50 por ciento de los sentenciados asegura que delinquiró por razones de lucro. Como dato ilustrativo, GUSTAVO PALMIERI apunta asimismo que "En la ciudad de Buenos Aires hay más policías por habitante que en Nueva York. Por la desconfianza en las instituciones, sólo se denuncia el 30% de los delitos, se empieza a investigar un 10% de ese 30, y apenas se resuelve el 10% del anterior 10%". Cfr. Diario *La Nación*, Buenos Aires, 6/12/99, págs. 11 y 12.

Sugerimos también consultar a Carranza, Elías (coordinador), *Delito y seguridad de los habitantes* (México 1997), Siglo Veintiuno Editores, *passim*; y Autores Varios, *Derechos humanos, proceso penal y seguridad ciudadana* (San José, Costa Rica, s/f), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *passim*.

²⁰⁴ Cfr. Bandura, Albert, *Mecanismos de desconexión moral*, en Reich, Walter y otros, *Orígenes del terrorismo. Psicología, ideología, teología, estados mentales*, trad. por Sergio Bolaños (Barcelona, 1994), ed. Pomares-Corredor, pág. 173 y sigtes. Hemos modificado parte del plan expositivo de este autor.

una reinterpretación cognoscitiva". Un argumento corrientemente utilizado es el de las penurias económicas, que justificarían hurtos y robos, primero para comer y después, en algunos casos, simplemente como medio de vida²⁰⁵.

2. *Comparación paliativa (o ventajosa)*. Aquí el agresor legitima su comportamiento juzgándolo nimio, o disculpable, si se lo coteja con otros delitos más graves (generalmente, de "cuello blanco") que permanecen impunes (por ejemplo, grandes negociados, sobornos, contrabandos o desfalcos perpetrados por altos funcionarios públicos o por importantes empresarios, macro evasiones impositivas, "vaciamientos" y desaparición de fondos realizados por directivos bancarios, etc.).

3. *Etiquetado eufemístico*. En esta variable legitimatoria, el agresor disimula la gravedad de su acto denominándolo de otro modo. Así, en lugar de "asesinar" o de "matar", dirá "enfriar", "borrar", o "despenar". En vez de "usurpar", preferirá decir "ocupar". En reemplazo de "robar", dirá "limpiar", "hacer" (a alguien) o algo parecido. El artilingüístico sirve así para exculpar o minimizar el acto lesivo.

4. *Desplazamiento de responsabilidades*. Conforme con esta estrategia, el agresor traslada la "culpa" del acto dañoso a otro sujeto, generalmente el Estado (quien vendría por ejemplo, a ser responsable, por su deficiente política económica, de los asaltos y demás atentados contra la propiedad que habitualmente se cometen). En el caso del "síndrome de Estocolmo", los rehenes de un asalto a un banco terminaban por culpar de su situación no a los ladrones que los habían secuestrado, sino a la policía que no encontraba una solución a los reclamos de los delincuentes²⁰⁶.

En otros casos se responsabiliza a la sociedad en general (dividida, en un planteo marxista y anarquista de lucha de clases, entre sectores explotadores y explotados, encontrándose entonces los segundos autorizados para proceder contra los primeros). Un ejemplo evidente de esto último fueron las palabras de Emile Henry, autor del atentado al café Terminus, en París, que al cobrar decenas de muertos y heridos de clientes –de clase media y alta– que se encontraban en el lugar, sostuvo ante los tribunales la celebre tesis de "No hay inocentes"²⁰⁷. En sentido similar, se ha afirmado que el robo, en definitiva, no es más que un procedimiento de redistribución de la riqueza²⁰⁸.

La responsabilidad social, en sentido amplio y global, puede justificarse entendiendo que el agresor está condicionado en su comportamiento por factores familiares, económicos, culturales, religiosos, costumbres y necesidades, etc., que determinan su comportamiento en un sentido o en otro, de tal manera que es aquella sociedad, y no él, la verdadera culpable de su andar delictivo. La responsabilidad del sujeto concreto tiende así a diluirse en toda la comunidad, mediante un proceso de "difusión de responsabilidades". Se trata de una explicación

²⁰⁵ En un reciente y sonado caso (octubre de 1999) de asalto al Banco de la Nación Argentina, en Ramallo (Provincia de Buenos Aires, Argentina), uno de los delincuentes, entrevistado telefónicamente por periodistas, expresó que asaltaba al Banco para proveerse de medios para vivir bien, y evitar volver a la cárcel.

²⁰⁶ Como recuerda Albert Bandura (ob. cit., pág. 196), uno de los rehenes afirmó que "Es la policía la que me está alejando de mis hijos".

²⁰⁷ Cfr. Joll, James, *Los anarquistas*, trad. de R. Andreu Aznar (Barcelona, 1968), Grijalbo.

²⁰⁸ Palabras de un asistente, abogado, al curso organizado en junio de 1999 en San José de Costa Rica, por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, sobre derechos humanos y seguridad urbana, durante el diálogo público posterior a una conferencia pronunciada por el autor de este trabajo.

de larga data, enunciada por JUAN JACOBO ROUSSEAU en su célebre tesis de que el hombre nace bueno, pero la sociedad lo convierte en malo²⁰⁹.

Emparentándose con la última posición, en otros casos la responsabilidad de la agresión es trasladada por el agresor directamente hacia la víctima. Así, el que tiene bienes es "culpable" del mero hecho de tenerlos²¹⁰, y por ende, merece ser robado. Quien se opone a un atraco es "culpable" de su resistencia, y resulta entonces lógico el castigo –inmediato y violento– del agresor. Una mujer bonita es "culpable" de su belleza, y de ahí que se explique el abuso sexual del violador. En la mente del agresor, "las personas convertidas en víctimas no están completamente libres de culpa, porque con su comportamiento contribuyen en parte a su propia situación. Por ello, a las víctimas se las puede culpar por ocasionarse sufrimiento a sí mismas"²¹¹.

b) *En cuanto a los efectos perniciosos de la agresión.*

Producido el atentado a la seguridad personal, los engranajes autoexculpatorios del agresor pueden funcionar a través de la *minimización de las consecuencias* (convenciéndose, por ejemplo, de que la víctima no ha sufrido tanto, o que puede recuperarse fácilmente) o simplemente por la *ignorancia de las consecuencias*, caso en que el agresor omite toda consideración sobre los problemas de las víctimas o de sus familiares, alternativa que implica un proceso de negación psíquica de tales problemas.

Otra ruta de autoexculpación estriba en *subhumanizar* o *deshumanizar a la víctima*. Si el agresor logra mentalmente transformar a su víctima, de un ser humano a un producto infrahumano despreciable y por ende agredible ("raza inferior", "infiel", "salvaje", "gusano", "cerdo", etc.), simple proveedor de bienes y de satisfacciones (habitualmente patológicas) del atacante (obtenidos mediante la vulneración de la integridad de la víctima, o sustrayéndole dinero, perjudicándola en su honestidad, humillándola o hiriéndola, etc.), esa elaboración de deshumanización es un excelente factor de autodesinhibición primero, y de autoexculpación después²¹².

Uno de los casos límite en ese proceso de cosificación de la víctima, es el de la toma de rehenes. El rehén pasa, de su condición original de *ser humano-sujeto*, a la de *objeto*, en el sentido de que se convierte en un *medio* o simple herramienta "usada" para la satisfacción de los objetivos –económicos, políticos, religiosos o los que fuere– del secuestrador, quien opera como propietario absoluto de ella. Tan "*cosa*" es el rehén, que de hecho puede ser destruido (total o parcialmente) a voluntad de su detentador, si no se satisfacen los requerimientos que éste plantea a un tercero (generalmente, el Estado). Ya hemos visto que en la mente del secuestrador se suma, a la cosificación que aludimos, un ingenioso y perverso mecanismo de transporte de responsabilidades: si asesina al rehén, por

²⁰⁹ Sobre las ideas de Rousseau en torno a la corrupción del "buen salvaje" por la sociedad, en sus *Discursos* y el *Emilio*, v. Ros, Clemente B., *Derecho Político*, 2ª ed., Buenos Aires, 1953, Sanna, t. 1 pág. 228.

²¹⁰ La base de esta tesis puede hallarse en el pensamiento de Pierre J. Proudhon, para quien "la propiedad es un robo". Cfr. Proudhon, Pierre Jean, *¿Qué es la propiedad?* trad. por Diego A. De Santillán, Buenos Aires, 1946, Americalee, pág. 256, Sanguinetti, Horacio, *Curso de derecho político*, Buenos Aires, 1980, Astrea, pág. 151.

²¹¹ Bandura, Albert, ob. cit., pág. 198.

²¹² Bandura, Albert, ob. cit., pág. 194.

ejemplo, el "responsable" de la muerte no sería él, sino la autoridad pública o el particular que no cumplió con sus exigencias.

3. Marco jurídico del debate. Su ideologización

El tema de la seguridad personal y de la seguridad pública, como el de cualquier otro importante del derecho, está inevitablemente ideologizado. Con referencia al caso argentino, en un reciente artículo MARIANO GRONDONA advierte que el debate se encuentra profundamente enrarecido por tales perspectivas ideológicas, hoy agigantadas, ya que frente a la crisis de seguridad las posturas de izquierda, temerosas de volver a las violaciones a los derechos humanos y al terrorismo de Estado que ocurrieron durante los años setenta, se preocupan más que nada por los derechos de los acusados y tienden a restringir las facultades policiales, para no repetir los episodios del "gatillo fácil", de las torturas o de la "policía brava". En la vereda opuesta, los sectores de derecha, alarmados ante la impunidad de la delincuencia común, añoran en alguna buena medida tales etapas de mano dura y cruel, para cortar de cuajo a la nueva escalada de violencia y de agresiones²¹³.

La polarización de posiciones llega a extremos tales, en algunos casos, como sostener (por parte de "hiper garantistas") que en definitiva no es tan malo, ante el fracaso del sistema judicial y penitenciario oficial, que poco o nada redime ni readapta a los condenados, preferir que los delincuentes queden libres (sea por un harto indulgente sistema de excarcelaciones o libertades condicionales, sea por un congelamiento de hecho –vía inacción– de los procesos criminales, para arribar así a situaciones de prescripción de la acción penal), en vez de que sean apresados y condenados. En la vereda opuesta, para los "maxi represores" rige también un "*todo vale*", pero a la inversa, en cuanto justificar, v.gr., las ejecuciones policiales sumarias e *in situ* de asaltantes o agresores, el sadismo carcelario, las coacciones de cualquier tipo para lograr confesiones en comisarías, etc.

Desde luego, la hiperideologización del problema conspira contra su análisis sereno e imparcial. Debe quedar bien claro que existe el imperativo de combinar, en una fórmula prudente, el derecho humano fundamental de todo habitante a su tranquilidad (respecto de su persona y de sus bienes), lo que significa, según se advirtió, derecho a que el Estado adopte políticas preventivas y represivas realmente idóneas, con también el derecho humano –asimismo, principal– de los acusados (y en su caso, de ser declarados culpables, de los delincuentes), a contar con un debido proceso y a ser tratados como personas. La satisfacción de ambos derechos no es de ningún modo una misión imposible, aunque requiere, desde luego, *in limine*, la voluntad y la decisión política de cumplir con los dos objetivos, lo que significa buscar y hallar una respuesta jurídica en términos de bien común, que tradicionalmente actúa como un valor síntesis o armonizador entre intereses y valores que no siempre cohabitan pacíficamente.

²¹³ Grondona, Mariano, *Nadie iza la bandera de la victoria*, en diario "La Nación", Buenos Aires, 11 de abril de 1999. Sobre el riesgo ideológico en el problema, v. también Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Sistema penal y derechos humanos a diez años de una investigación*, en "Memoria del Simposio Internacional Derechos Humanos y Justicia penal" (Toluca, México, 1998), Emahaia, págs. 37 y 38.

Por cierto que es mucho más fácil y tentador adoptar medidas simplistas y extremas, que satisfagan exclusivamente uno de aquellos derechos. Pero esa fórmula unilateral puede no ser fácticamente provechosa, ni axiológicamente válida, además de resultar jurídicamente incompleta, cuando no ilegal. El desafío actual estriba en combinar adecuadamente la insoslayable y necesaria protección de las futuras y actuales víctimas, con las garantías de los presuntos agresores. Por supuesto que ello no impide adoptar medidas rigurosas, especialmente de corte preventivo, para impedir la realización de delitos; y en su caso, repeler la violencia con la violencia (*vim vi repellere licet*), o adecuar el límite de la imputabilidad penal y el monto de las penas a las realidades del presente. Lo que debe impedirse es que, so pretexto de tutelar a la seguridad personal, se reimplante otra variable de la inseguridad: la tortura, las detenciones y ejecuciones clandestinas, la condena a inocentes, la prepotencia o la arbitrariedad policial.

4. Derechos y contraderechos

Uno de los asuntos que ha despuntado en el tema que nos ocupa, es la aparición de una serie de argumentaciones que intentan minimizar los derechos de las víctimas que son objeto de ataque a su seguridad personal, en base a o que podríamos llamar "doctrina de los contraderechos" o de los "antiderechos".

En concreto: frente al *derecho* de una persona a su seguridad personal, a su libre circulación o a sus bienes, se contraponen ahora los "derechos", que operan como *contraderechos*, de los agresores. Así, por ejemplo:

- al derecho a la integridad física y a los bienes de una persona, se enfrenta el "derecho" de un desocupado a asaltarlo y quitarle sus pertenencias, a fin de paliar la situación económica del segundo;
- al derecho de propiedad de un individuo sobre su domicilio, se opone el "derecho" de un "sin techo" o *homeless* a ocupárselo, a fin de obtener vivienda;
- al derecho personal y social de trabajar, se encara el "derecho" de huelguistas a establecer "piquetes" por los que se impide a los no huelguistas acceder al lugar donde desempeñan tareas laborales;
- en situación similar, al derecho a moverse que tienen los directivos de un establecimiento, se contrapone el "derecho" de los huelguistas a retenerlos en dicha empresa por un tiempo determinado, v.gr. mientras dure la ocupación que tales huelguistas han hecho del lugar;
- al derecho de una persona a circular libremente, se opone el "derecho" de unos manifestantes a cortar calles o rutas, a fin de plantear reclamos, generalmente contra el Estado. Los requerimientos pueden versar sobre pretensiones económicas, pero también políticas, exigir nuevas normas o simplemente protestar contra ciertas medias gubernativas (o de particulares). El bloqueo, llegado el caso, puede conducir al encerramiento de quienes están o viven en un determinado sitio, si no pueden salir de él;

- al derecho de toda persona a su vida, bienes e integridad, se enfrenta el "derecho" del menor no imputable a agredirla, partiendo del supuesto de que, al no ser tal menor condenable, su conducta termina impune, vale decir –para el común de la gente– lícita.

Resulta de interés averiguar los contornos del "contraderecho".

a) La primera nota del "contraderecho" es que opera como factor bloqueante de un "derecho" del prójimo. De esa manera, el "antiderecho" o "contraderecho" *vale siempre más* que el derecho vulnerado. Así esgrimido, el "contraderecho" es una especie de *derecho dañoso*.

b) Otra característica del "contraderecho" es que autoriza fácticamente la coacción física directa por parte de quien lo maneja. No recurre al auxilio oficial, sino que se instrumenta por mano propia de quien lo alega. Goza, pues, de autoejecutividad.

c) El "contraderecho" funciona contra cualquiera, *erga omnes*, casi nunca contra el responsable de la situación que explicaría su ejercicio.

Así, no interesa quién ha provocado que alguien no posea casa habitación: el perjudicado podrá ocupar la que le parezca más fácil de conseguir. A su turno, en el caso de los huelguistas, los causantes del hecho que origina la huelga no son los empleados no huelguistas, sino el empresario o el Estado, pero el "piquete" actuará contra los compañeros de trabajo que quieren laborar. A su vez, el eventual responsable de una de crisis económica podrá ser el Gobierno, o un factor externo; pero el atraco que consume el afectado por ella se puede dirigir contra toda persona ajena a ese nexo de causalidad. En el supuesto de los cortes de rutas o calles, los impedidos de circular tampoco fueron quienes motivaron la protesta que genera el corte. Es frecuente, al respecto, que el agresor del antiderecho actúe intencionalmente con ánimo de herir a su víctima inocente, dado que es el dolor de ésta (y su consecuente protesta) lo que puede auxiliarlo para conseguir sus objetivos finales y conmover así al verdadero responsable de su reclamo.

La diferencia entre la doctrina de los "contraderechos" y el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión consiste, pues, en que mientras en este último la resistencia activa o pasiva se dirige contra el Estado, autor de la opresión, en el caso de los "contraderechos" la agresión hacia un "derecho" puede proyectarse sobre sujetos no autores de la situación conflictiva, o sea, contra terceros ajenos (inocentes) que no han causado el problema que afecta al agresor²¹⁴.

5. Fundamentación jurídica del contraderecho. Crítica

²¹⁴ No obstante, si la cuestión se enmarca en la variable de la "responsabilidad tribal" o de la lucha de clases, quedaría excluida la hipótesis de terceros inocentes, ya que los propietarios de bienes, como los directivos de una empresa, pertenecerían a la clase "explotadora", mientras que los necesitados (titulares del "contraderecho"), se insertarían en el sector de los explotados.

Pero algunas veces el "contraderecho" se ejerce contra sujetos que también pertenecen al sector social eventualmente explotado. Así, las víctimas de ocupaciones ilegales de inmuebles son, de vez en cuando, sujetos tan humildes como los ocupantes. Tampoco es raro, en lugares con población de bajo recursos ("villas miserias", "favelas", "pueblos jóvenes", etc.), que pobres asalten a otros pobres.

El "contraderecho" pretende tener sustento jurídico.

a) Para ello puede recurrir a las cláusulas programáticas de una Constitución, por ejemplo si ellas consagran el derecho al acceso a una vivienda digna, o el derecho a la vida (presuntamente perjudicado por una situación económica global negativa), al derecho a la salud, a la alimentación o al derecho de huelga. También, desde luego, a las normas constitucionales que consagran la libertad de expresión (en el caso de los manifestantes bloqueadores de calles y otras vías de circulación). Por tanto, el "contraderecho" ensaya su metamorfosis como *derecho* (generalmente, constitucional) *inferido*, esto es, como conducta constitucionalmente amparada, deducible de algún derecho constitucional más amplio, que lo cubriría²¹⁵.

Prolongando ese discurso, el contraderecho intenta presentar la oposición entre él y el derecho del afectado, como una suerte de *conflicto entre derechos*. Así, por ejemplo, derecho de A de contar con una vivienda, frente al derecho de B, propietario de una casa; el derecho de C de expresarse (cortando la ruta), contra el derecho de D de circular libremente; el derecho de E, de realizar una huelga, ante al derecho de F, de ir a trabajar; el derecho de G, de vestirse y alimentarse, frente al derecho del asaltado, H, de no ser agredido ni en su persona ni en sus bienes. En tal juego dialéctico, el antiderecho o contraderecho se viste de derecho, y aspira ser el derecho prevaleciente.

b) Además de su argumentación normativa, el "contraderecho" o "antiderecho" procura basarse en fundamentos extranormativos mucho más robustos, de corte supralegal y aun supraconstitucional, como los valores justicia, igualdad, solidaridad o cooperación, adaptados por ideologías de diverso cuño y en particular por las contestatarias del régimen político en vigor, es decir, por posiciones antisistémicas. Desde una perspectiva marxista muchos de estos antiderechos tienen así una explicación muy simple, v.gr. como herramientas de la lucha de clases. En este esquema, en efecto, la agresión queda justificada no tanto como acto retributivo del explotado hacia el Estado explotador, sino del explotado contra la clase explotadora (de la que, en definitiva, el Estado sería una herramienta). A su turno, y siempre dentro del mismo marco ideológico, si el acto dañoso se proyecta contra otro oprimido –por ejemplo, si un marginado ocupa la casa de otro de similar condición– el hecho podría explicarse por un estado de desesperación del primero de ellos, provocado por la clase dominante, que se proyecta, también por necesidad económica o por falta de concientización del primer marginado, sobre el segundo de ellos.

c) La postura que comentamos trata igualmente de asentarse (aunque extendiéndola con gran amplitud) en la doctrina penal del estado de necesidad del agresor, que para algunos no torna lícito el hecho en cuestión, sino que solamente implica una renuncia del Estado a la punición, como una especie de factor de exclusión de pena, mientras que para otros legitima en sí a dicho hecho, operando como causal de justificación²¹⁶. El *hurto famélico*,

²¹⁵ En el caso de los menores, su "derecho" a delinquir derivaría por ejemplo del art. 40 numeral 3, inciso a), de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la ONU, cuando dispone que todos los estados deben prever "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales". Naturalmente, esta regla no establece jurídicamente un "derecho" en favor de los menores a esa edad mínima para cometer delitos, pero al impedir el castigo del menor que perpetra el crimen, la norma puede ser vivenciada o manipulada en el sentido de entender que dicho menor, al no poder ser jurídicamente castigado, tiene el "derecho" a quedar libre, y en definitiva, a cometer el acto ilícito en cuestión.

²¹⁶ Cfr. sobre el tema Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, (Buenos Aires, 1951), TEA, primera reimpresión, t. I, págs. 420, 423.

precisamente, entraría en uno de esos supuestos, alternativa que configura para ciertos autores una causal de inimputabilidad²¹⁷.

En la doctrina penal del estado de necesidad, en efecto, la conducta del sujeto activo, que consiste en causar un mal (menor) para evitar otro (mayor) inminente, ese daño se realiza con relación a un individuo (sujeto pasivo) que es perjudicado no obstante ser titular de un bien jurídico protegido por la ley²¹⁸. Al respecto, podría sostenerse que si el robo para comer no es robo o es robo no castigable, tampoco debería serlo el que ocurre cuando quien hurta o roba se encuentra desocupado; o que quien ocupa una casa para vivir, careciendo de habitación, tampoco incurre en un acto punible; que quien impide trabajar a otro, para tornar efectiva una huelga, o que quien no deja circular al prójimo, para realizar una manifestación, también se halla en algo parecido a un estado de necesidad, que legitimaría su comportamiento.

Sin embargo, ese razonamiento es falaz. La doctrina penal del estado de necesidad no opera en términos abstractos o genéricos, sino que debe evaluarse y aplicarse en situaciones concretas y reales, donde efectivamente ocurra una situación de insoslayable necesidad. Debe partirse de un "mal" actual y específico, inmediato y seguro, que pretende superarse con el acto necesitado. Además, "si en lugar de la acción dañosa es posible, en el caso concreto y desde el punto de vista del sujeto (activo), otra acción inofensiva... no habrá estado de necesidad"²¹⁹.

Por ello, si bien es cierto que algunos actos de violencia urbana tienen sustento dentro del estado de necesidad (como los del hurto famélico, v.gr.), es evidente también que no son mayoría los robos que se perpetran para "comer". Antes bien, el quehacer delictivo urbano actual contra la propiedad tiende a perfilarse generalmente como una "profesión" o medio habitual de vida para ladrones y asaltantes, muchos de los cuales operan como bandas organizadas, más que un remedio para su déficit alimenticio. Al mismo tiempo, para realizar una huelga no es necesario impedir que otros trabajen, ya que el huelguista sólo tiene derecho a no trabajar él, pero no para obstaculizar que otros lo hagan. A su turno, el manifestante que corta una vía de circulación no puede alegar necesidad para ello, ya que puede manifestarse perfectamente sin bloquear el camino o calle del caso. El *homeless* podrá argüir en cierta situación excepcional un derecho a ampararse bajo un techo, y en ciertas circunstancias extremas podrá quizá alguna vez un estado de necesidad legitimar la usurpación transitoria que realice, pero ello no le da derecho a desplazar sin más el derecho de propiedad del dueño del inmueble, o el derecho a poseerlo que tiene el inquilino legítimo que lo moraba, quienes tendrán de inmediato que ser reintegrados al goce de sus respectivos derechos, humanos y constitucionales también.

²¹⁷ Por ej., cfr. Oderigo, Mario, *Código penal anotado*, Buenos Aires, 1965, 3ª ed., pág. 38.

²¹⁸ Precisamente, uno de los afiches pegados en muros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en noviembre de 1999, invitaba a una mesa redonda para analizar el tema de la ocupación (en verdad, usurpación) de casas-habitación, bajo el subtítulo interrogativo de *¿Delito o necesidad?*

²¹⁹ Soler, Sebastián, ob. cit., págs. 422, 424 y sigtes. Por lo demás, también debe tenerse en cuenta que la miseria funciona como atenuante en la pena a imponer por un delito, pero no quita a éste el hecho de ser tal: Oderigo, Mario, ob. cit., pág. 38.

Detrás de todo lo expuesto para fundar jurídicamente la tesis de los contraderechos, en definitiva, emerge una suerte o variable espuria de *uso alternativo del derecho*²²⁰, en el sentido de manipular las reglas constitucionales con un sentido frontalmente distinto al ideológicamente planeado por la Constitución. La conversión de un *derecho* constitucional de alguien, como el de vida, salud, acceder a una vivienda digna, de reunirse y expresarse libremente, de huelga, etc., en un *antiderecho* lesivo de los derechos de cualquier otro sujeto ("derecho" a robar, a asaltar, a ocupar inmuebles, a cortar rutas e instalar "piquetes", etc.), importa una estrategia ideológica mutativa de la Constitución, o sea una operación *contra constitutionem*, basada con cierta frecuencia, directa o indirectamente, en ideologías antisistémicas que intentan usufructuar, en su favor, al texto constitucional. Para consumir esa empresa, la tentativa exige cambiar el mensaje y el contenido del enunciado del derecho constitucional en juego, convertirlo después en un ariete contra otros derechos constitucionales, y declararlo derecho relevante, por sobre el o los derechos agredidos²²¹.

Así, es innegable que el derecho de una persona a contar con una vivienda digna, importa un derecho público del habitante *contra* el Estado, a quien podrá demandarle el cumplimiento de la promesa constitucional, invocando aun inconstitucionalidad por omisión²²², pero ello no implica el derecho de apropiarse discrecionalmente de la vivienda de un particular, quien solamente podrá ser desplazado de ella –según la mayoría de las constituciones– por voluntad del Estado y previa indemnización. El derecho constitucional a alimentarse, cuando es enunciado en la ley suprema, es asimismo oponible al Estado, y no genera el derecho a asaltar a los particulares, agredirlos o tomarlos de rehenes, ya que las víctimas están amparadas, a su turno, por los derechos constitucionales de vida, e integridad de sus personas y bienes. El derecho a reunirse y expresarse tampoco hace nacer el derecho a impedir que los habitantes ejerciten su derecho constitucional de circular libremente por el territorio nacional. El derecho de huelga, por su parte, no importa la negación del derecho constitucional de trabajar de quien no quiera participar del paro. En conclusión, es verdad que el estado de necesidad puede en determinados casos exculpar ciertos actos delictivos lesivos de los individuos o de sus propiedades. Pero importa una perversión de la Constitución extraer de algunos derechos constitucionales, "antiderechos" o "contraderechos" dañinos de la seguridad de las personas, o sea, de su tranquilidad, de su integridad física o de sus bienes.

²²⁰ Sobre este tema nos remitimos a Sagües, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución* (Buenos Aires, 1998), Depalma, pág. 88 y sigtes., donde también desarrollamos la doctrina de la interpretación constitucional mutativa (pág. 58 y sigtes.).

²²¹ Así, por ejemplo, del derecho constitucional a la huelga se deduce el "derecho" de formar piquetes para impedir (por medio de la fuerza) el acceso al lugar de trabajo de los empleados no huelguistas; y ese "derecho" al piquete se lo contraponen como "contraderecho" y se lo juzga preferido, o superior, al derecho (constitucional) a trabajar de los no huelguistas.

²²² Cfr. sobre el tema Bazán, VíctorR (coordinador) *Inconstitucionalidad por omisión* (Bogotá, 1997), Temis, con trabajos de Germán J. Bidart Campos, Néstor P. Sagües, Francisco Fernández Segado, José J. Fernández Rodríguez, Jorge Mirando y Víctor Bazán. El tema es, desde luego, complejo, aunque en términos generales cabe advertir que la inconstitucionalidad por omisión requiere que el derecho haya sido enunciado claramente por la Ley Suprema como una obligación requerible al Estado en términos concretos (cabe diferenciar, por ende, a las cláusulas constitucionales programáticas precisas y otras indefinidas o de cumplimiento opcional por el Gobierno), y el transcurso de un tiempo prudencial para que el Estado haya tenido oportunidad de instrumentarlas.

10. B DOCUMENTALES

l)

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

ARTICULO 41 bis — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.297 B.O. 22/9/2000)

ARTICULO 41 ter — Las escalas penales previstas en los artículos 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento.

En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de OCHO (8) a QUINCE (15) años.

Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen.

(Artículo sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTICULO 41 quater — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.767 B.O. 1/9/2003)

ARTICULO 41 quinquies — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

II)

ARTICULO 34 del CP.- No son punibles:

1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

2°. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

3°. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4°. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5°. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7°. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

III)

ARTICULO 175 bis del CP - El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil.

La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario.

La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual.

IV)

LIBRO SEGUNDO del Código Penal - DE LOS DELITOS

TITULO I - DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

Capítulo I - Delitos contra la vida

ARTICULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

ARTICULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. *(inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

2° Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3° Por precio o promesa remuneratoria.

4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. *(inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

5° Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6° Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8° A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. *(Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)*

9° Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. *(Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.816 B.O. 9/12/2003)*

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. *(Inciso incorporado por art. 2° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. *(inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. *(inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. *(Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

ARTICULO 81. - 1° Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2° *(Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)*

ARTICULO 82. - Cuando en el caso del inciso 1° del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1° del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

ARTICULO 83. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

ARTICULO 84. - Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.189 28/10/1999)

ARTICULO 85. - El que causare un aborto será reprimido:

1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

ARTICULO 86. - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

ARTICULO 87. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

ARTICULO 88. - Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

V)

TITULO VI del Código Penal - DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo II - Robo

ARTICULO 164. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

ARTICULO 165. - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

ARTICULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.882 B.O. 26/4/2004)

ARTICULO 167. - Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

- 1°. Si se cometiere el robo en despoblado;
- 2°. Si se cometiere en lugares poblados y en banda;
- 3°. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;
- 4°. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

ARTICULO 167 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

VI)

TITULO VI del Código Penal- DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo I - Hurto

ARTICULO 162. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.-

ARTICULO 163. - Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1° Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

(Inciso sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

2° Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3° Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida; *(Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)*

4° Cuando se perpetrare con escalamiento.

5° Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. . *(Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)*

6° Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público. . *(Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)*

ARTICULO 163 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)