

El buen penalista primero siente, luego piensa y finalmente dice

Por **Emanuel F.R. Rives.-**

Trabajo final Integrador. Dirección a cargo de Ramiro Pérez Duhalde. Emanuel Rives es abogado especialista en derecho penal (UNLP). Docente de Derecho Penal I (UNLP).

El encuentro

Introducción

Justicia penal en la provincia de Buenos Aires y Academia

El buen penalista primero siente (componente ético)

- *La necesidad de referentes éticos*
- *La tabla de valores de la ética republicana*
- *Arquetipos del buen profesional*
- *Sumario enunciativo de normas éticas*

El buen penalista luego piensa (componente epistémico)

- *El programa de estudios de Derecho Penal I de la UNLP*
- *Vinculaciones entre la “Problemática Penal” y el programa*
- *Vinculaciones entre la “Consideraciones en torno a la Ciencia del Derecho Penal” y el programa*
- *Cuadro integral de vinculaciones entre ambos textos con el programa*
- *La definición de derecho penal: nivel 1 del paradigma*
- *El nivel 2 del paradigma*
- *La ciencia del derecho. Sus modos de proceder*
- *Los problemas de los lenguajes y sistemas jurídicos. Su identificación y óptima formulación*
- *El tratamiento del problema ¿Qué plan sigo?*
- *Las palabras de la ley y las otras ciencias*
- *El conocimiento de otros saberes y de la realidad*
- *Los principios de Política Criminal y otros principios*
- *Los obstáculos epistemológicos en la enseñanza*
- *La Ciencia del Derecho y los Desempeños Profesionales*
- *El voto del Dr. Ouviaña en el Plenario “Costas, Héctor y otro”. Un modelo a seguir*
- *Educación legal y prácticas penales*

El buen penalista finalmente dice (el lenguaje)

Sumario de propósitos del curso preevaluativo

Conclusión

El encuentro

Día 6 de Julio de 2012. Son las primeras horas de la tarde. Falta poco para las cuatro y media. A esa hora tengo que estar tocando el timbre a cierta altura de cierta calle de la infinita Buenos Aires, donde el mismo Guillermo Ouviaña, un gran pensador argentino, me está esperando para conocernos. Hace semanas atrás tomé la decisión de llamarlo y poder concretar un anhelo que tuve desde hace unos años cuando comenzó a intrigarme quien estaba detrás de esos textos que tanto me habían despertado la atención y ayudado a pensar, que revelaban las sutilezas del genio y las horas y horas de lectura y lúcida reflexión del autor.

La voz de una mujer por el portero me preguntó quién era. Le contesté que venía a ver a Guillermo. El ascensor me dejó en la puerta. Me abrió él. Yo estaba tenso, contento y expectante. Nos dimos la mano. Le llevé unos bombones de obsequio que no me atreví a dárselos de entrada. La última vez que había hecho algo parecido fue con el sociólogo Francisco Schwarcz, en su quinta de Berisso, en esa ocasión fueron unas galletitas dulces, que me las devolvió amablemente porque su salud complicada por la avanzada edad no le permitía disfrutarlas. La casa de Ouviaña es un lugar agradable. De entrada no le pude prestar mucha atención a su composición por algunos nervios que me lo dificultaban. Mi visión de las cosas estaba reducida a divisar el corto camino que tuve que hacer desde la puerta hasta los sillones individuales donde nos sentamos. Separados por una pequeña mesa iniciamos la conversación. A los instantes hizo la primera aparición su mujer, Vicky, de pocas palabras, con un semblante despejado y auténtico que irradiaba amabilidad. Nos sirvió un café y pude advertir que había un plato tamaño de postre colmado de bombones “marroc”. Me tranquilizó saber que mi obsequio aún no entregado iba a ser bien recibido. Y así lo fue. Poco a poco la conversación, las referencias a la música, a la literatura, los ademanes de Guillermo me hicieron notar el piano que había pasado por al lado sin verlo y a mi derecha una vasta biblioteca. A nuestras espaldas el ventanal nos dio luz las primeras horas de charla. Aquella menguó. El ocaso del día nos acompañó. La cara de Guillermo se ensombrecía y mis ojos se esforzaban en la penumbra por distinguir su figura.

El destino me ponía frente al ocaso de un ídolo. Ouviaña tiene 84 años, su lucidez y movimientos corporales no se compadecen con su cronología. Pienso que este episodio de nuestras vidas es significativo. Ambos leímos con pasión en nuestros años de mocedad a Don Miguel de Unamuno. Ambos quisimos estudiar como primera carrera filosofía. Guillermo hizo su primer intento pero abandonó

porque pensaba que no podía permitirse que su padre lo siguiese manteniendo. Sin embargo, luego volvió a la carga e hizo la carrera.

En el encuentro me habló de muchas cosas. La linealidad se perdía en la interacción de los dialogantes. De la profesión y de la docencia, pasamos a la ética y a la estética, al tango, a Piazzolla, a anécdotas de Troilo, a los cuartetos de Beethoven, a las crisis vocacionales, a sus reminiscencias de sus trayectos a pie desde la facultad de derecho de la UNLP hasta la estación, del miedo de sus trayectos en solitario en horas de la noche durante el último gobierno de facto, de sus trayectos en que era acompañado por sus alumnos, de una Argentina perdida, de las épocas de oro de la línea General Roca que transportaba a los docentes de Buenos Aires hacia La Plata, del centro Pompidou en París, de Ortega y Gasset, Cortázar, Borges, Proust, del tiempo y años de lectura que se requieren para hacer un juicio literario, de lo insalubre que es la profesión del penalista, de los valiosos textos de Guillermo, de sus cuentos, de los avances de la medicina y de los retrocesos del derecho penal, de las tragedias griegas con las que enseñó derecho penal, de su intención como docente de haber querido generar el pensamiento en sus alumnos, de la vejez, de su maestro Bielsa, de la lógica, de sus hijos y nietos, de aquellos años en que corría junto con un amigo por las escaleras del teatro Colón para tomarse de la baranda del último piso y escuchar Beethoven u otro compositor. ¡Qué momentos! me dijo.

Yo también hablé de mí. De mis dudas, de mis pasiones, de mis temores. Los vaivenes de la conversación se debían a que un tema remitía al otro hasta que en oportunidades teníamos que esforzarnos para retomar el hilo de la conversación. Le dejé en claro mi intención de continuar con su legado ético e intelectual.

Guillermo Ouviaña estudió en el Colegio Nacional de Buenos Aires y obtuvo su título de abogado en la UBA. Su primera experiencia como docente fue en el quinto año de un colegio de mujeres. Según él en aquella jornada en que debutaba su carrera docente, a sus 29 años de edad, el aire se cortaba con cuchillo. Tuvo una participación activa en la vida académica de la UBA y de la UNLP. Fue profesor de varias materias. Principalmente de derecho penal. En la profesión, trabajó como Fiscal. Después de varios años abandonó el cargo por los avatares de los sucesivos gobiernos de facto con los que tuvo enfrentamientos, sea como docente o como funcionario. Guillermo supo tener coraje. Muchas son sus historias vividas en momentos álgidos del país. Continuó en la profesión libre. Vuelta la democracia

en 1983, el entonces Sr. Presidente de la Nación, Raúl Alfonsín, por intermedio de Genaro Carrió (en ese entonces ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) convocó al Dr. Ouviaña para integrar la Cámara Nacional Criminal y Correccional por sus méritos cívicos e intelectuales, donde permaneció hasta terminar su carrera profesional.

Desde entonces se ha dedicado a la literatura. El viernes 6 de julio de 2012 fue un día de esos escasos en que algo destella. Algo importante sucedió.

Introducción

Con el carácter provisorio, falible y perfectible que afecta todo saber humano, me propongo establecer un marco teórico (desde el punto de vista ético y epistémico) para mejorar el dictado del curso preevaluativo de Derecho Penal I de la UNLP, en función de lo aprendido y los trabajos realizados en la carrera de Especialización de Derecho Penal de la misma casa de estudios. La finalidad última será aportar a los estudiantes de grado criterios elementales que contribuyan, en el futuro, a mejorar el servicio de justicia penal, el ejercicio de la profesión liberal y demás desempeños jurídicos que tengan atinencia con la problemática penal.

El objeto escogido me permitirá integrar los conocimientos adquiridos en este posgrado y producidos en cada materia a través de los trabajos escritos, los cuales fueron confeccionados teniendo en cuenta el perfil específico de la Especialización, cuyo sello distintivo, además de los aportes vitales de sus docentes, proviene de su fundador: el Dr. Guillermo Ouviaña, que fue titular de la Cátedra de Derecho Penal I de la UNLP y Director de su Instituto de Derecho Penal. El imperecedero legado intelectual de ese gran pensador pervive en la carrera de grado, a través de las cátedras a cargo de los abogados Ramiro Pérez Duhalde y Ernesto Domenech, así como en este posgrado.

Al tomar como eje de este trabajo las brillantes y vigentes enseñanzas de Ouviaña, persigo continuar con cierta unidad en las características del abogado que produce esta facultad en el área penal, que se muestra en la formación que brindan los dos titulares de cátedra antes mencionados que me han enriquecido con sus propias enseñanzas orales y escritas, detrás de las cuales, además sus respectivas formaciones y desempeños, está la impronta de su maestro.

El Dr. Ouviaña reúne con suficiencia y excelencia las condiciones éticas, republicanas e intelectuales para ser mi punto de referencia. Es así, que tendré como leitmotiv sus textos y el discurso que pronunció en ocasión de la presentación de su libro homenaje aquel 30 de Agosto de 2011 en el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Quiero condensar y mostrar cómo en un curso preevaluativo, que de por sí es acotado en el tiempo, se pueden enseñar y aprender, dentro del perfil académico de la especialización, modos de acceso éticos y epistémicos a los temas esenciales del Derecho Penal, que entiendo de utilidad para mejorar la profesión del penalista en el litigio y en otros ámbitos, así como en algunos otros puntos del

servicio de justicia penal.

Me inspira para este trabajo la siguiente metáfora de Ricardo Piglia: “El arte es una forma sintética del universo, un microcosmos que reproduce la especificidad del mundo. La moneda griega es un modelo en escala de toda una economía y de toda una civilización y a la vez es sólo un objeto extraviado que brilla al atardecer en la transparencia del agua”¹.

Siguiendo la metáfora, un preevaluativo puede ser un modelo a pequeña escala de los grandes, dramáticos y apasionantes temas de la problemática penal que desafían al penalista, a la vez que un mero curso u obligación más que tienen que atravesar los estudiantes ciertas tardes o ciertas mañanas de su vida para adquirir un título.

Será la meta de este trabajo que los estudiantes vean el curso preevaluativo en su faz de signo o réplica a pequeña medida de algo más grande y se comprometan con esa mirada; y que desdeñen el segundo camino que perjudica a la gente y a las instituciones democráticas.

Entiendo que la decisión de recurrir a lo adquirido en la Especialización con miras a mejorar el curso preevaluativo de Derecho Penal I reportará utilidad a los estudiantes, a quien escribe - por colaborar hace años en el curso preevaluativo de Derecho Penal I -, a la misma Universidad y espero que en definitiva repercuta favorablemente, aunque sea del modo más ínfimo, en el funcionamiento de las instituciones penales o vinculadas al campo penal.

El trabajo será inaugurado con un capítulo en el que se señalarán algunas de las vinculaciones entre ciertos defectos en que incurren los poderes públicos en materia penal en la Provincia de Buenos Aires y los modos de enseñanza académica. Con ello se intentará mostrar desde el comienzo la injerencia de la universidad como formadora de profesionales, en el actual estado de cosas y los focos en que hay que poner interés a fin de que el curso preevaluativo que se dicte promueva la conciencia de esos problemas y aporte los primeros criterios para a su futura solución.

Luego se realizará la fundamentación teórica del curso propiamente dicha, la que sustentaré sobre tres pilares: lo ético, lo epistémico y el lenguaje. Cuestiones que encuentran un paralelismo en el título de este trabajo: el buen penalista primero siente (de acuerdo a una ética), luego piensa (de acuerdo a una

¹ Piglia, Ricardo, *El último lector*, Editorial Anagrama, Argentina, 2010, pág. 13.

epistemología) y finalmente dice (el lenguaje). Título que tiene su razón de ser en una expresión de Ouviña que profirió en la aludida Conferencia. Esos tres pilares, junto con la gestión, son los puntos centrales con los que ha venido trabajando la Escuela Judicial de la Nación y ahora la reciente Escuela Judicial de la Provincia de Buenos Aires, instituciones que persiguen el perfeccionamiento del ejercicio de la magistratura. El tópico “gestión” no es abordado por razones de incompatibilidad de contenido con la materia Derecho Penal I.

Para el diseño del marco teórico habré de decidir: 1) las pautas éticas y referentes éticos que se tendrán en cuenta; 2) el tipo de análisis epistémico que se propiciará; 3) el lenguaje que se espera de los penalistas. A fin de tomar esas decisiones se tendrá en cuenta sustancialmente: i - el aludido perfil de la Especialización, las lecturas sugeridas y los conocimientos adquiridos en las materias Epistemología, Política Criminal, Derecho Penal Intensificado (Teoría de la Pena), Derecho Penal Intensificado (Parte Especial) e Historia del Pensamiento Penal; ii - los trabajos finales de esas materias; iii - los textos del Dr. Guillermo Ouviña; ; iv - el curso preevaluativo que organizó (en su faz didáctica) la abogada Alejandra Moretti en la entonces Cátedra I de Derecho Penal de la UNLP y que ha documentado; v - diversa bibliografía y materiales.

*Justicia penal en la provincia de Buenos Aires y
Academia*

A la justicia se la ha concebido como un valor primordial, como una virtud, como un ideal, como algo sobrehumano que operaría por sí mismo y que, cual pensamiento mágico, anhelamos que alguna vez lo haga, como un servicio que nos deben las instituciones establecidas para concederla, como la superestructura de un sistema económico o si se quiere también como una frustración.

Estos múltiples niveles de consideración de la justicia, que pueden ser más, sin dudas, tienen como denominador común al ser humano que los piensa y los siente. La justicia provoca raciocinios, disquisiciones, refinadas teorizaciones, pero también genera angustias, padecimientos y, por qué no decirlo, también satisfacciones cuando entendemos o sentimos, o ambas cosas, que “se hizo justicia”. Ella, por lo tanto, no es ajena a nadie porque ha aparecido en el mundo de la cultura para mediar en los conflictos de los hombres.

La justicia penal en la provincia de Buenos Aires, muy a nuestro pesar, no es lo que esperamos que sea. Ni tampoco, y más grave aún, la realización de los profusos preceptos jurídicos que integran nuestro sistema legal y que parecen pertenecer a un mundo lejano e inasequible. Si hay algo que modificar no son las leyes sino las prácticas.

Lo que alguna vez fue una diosa llamada Dike se desvela como una construcción humana producto de una sumatoria de decisiones y comportamientos en un tiempo y en un espacio, condicionados por la estructura social en que se desenvuelven.

El servicio de justicia en general, y en particular la justicia penal, es un obra social en la que sus artífices y responsables inmediatos son los jueces, los fiscales, los policías, los empleados del engranaje, los legisladores, el consejo encargado de seleccionar a los magistrados, los peritos, los letrados que intervienen representando los intereses del justiciable, el Servicio Penitenciario, el Ministerio de Justicia y Seguridad, el Patronato de Liberados y los medios de comunicación. La víctima, el imputado y el condenado son sus destinatarios directos. Por ahí olvidé a alguien. Unos en mayor medida que otros trazan con más energía los contornos de lo que es la justicia penal actual en la provincia de Buenos Aires. Sin embargo todos tienen su campo de incidencia indiscutible e implacable por más reducido que aparente ser.

En esa trama de operadores e instituciones que condicionan el funcionamiento

de la justicia debe adicionarse a las universidades. Si hay un espacio común por el cual han peregrinado los magistrados, fiscales, relatores, funcionarios letrados, ciertos legisladores, algunos ministros, ciertos policías, abogados de dependencias y letrados de la matrícula es por la facultad de derecho. De allí que es considerable el poder que tiene la academia jurídica de modelar a aquellos sujetos, en su tránsito por ella, y que se habrán de incorporar luego a la maquinaria judicial. De las universidades brota también un sujeto particular, el teórico, cuyo discurso tiene potencial influencia en el quehacer del sistema penal.

Las academias, sentado el hecho de que forman como profesionales a un importante caudal de los responsables de esa justicia penal, continúan impartiendo en la carrera de grado, por lo general, una enseñanza hermética de las ciencias jurídicas que no pone interés en los problemas que aquejan al servicio de justicia. Los postgrados, a su turno, suelen ser en cierta medida disfuncionales al mejoramiento de aquel servicio porque el tiempo que irrogan las cursadas y las tareas, a veces, desmedidas, quitan al alumnado, en los supuestos que es al mismo tiempo funcionario de un servicio de justicia, dedicación a su empleo público, cuyos horarios oficiales, de por sí, son insuficientes para atender la demanda de los justiciables.

En la acumulación de especializaciones, cursos, doctorados y demás estampillas el mercado de trabajo hace sus chequeos de admisión para que el abogado siga en carrera. Al tiempo que ese tráfico de conocimientos se transforma en un negocio económico, el servicio de justicia no mejora en su calidad o acaso declina. He aquí una paradoja: cada vez hay más especialistas y una administración de justicia que deja mucho que desear desde el punto de vista ético, desde la gestión de los problemas, desde el mismo análisis de los hechos litigiosos como también desde la aplicación del derecho. Y esto acaece en una justicia en la que se administran los bienes jurídicos más valiosos de los individuos, ya sea para su tutela jurídica como para su represión.

Se puede decir, por lo que venimos viendo, que las falencias de la justicia penal bonaerense (que se reproducen con semejanzas en otras justicias) no son debidamente atendidas por aquellas academias que, según su ubicación geográfica, generan profesionales que trabajarán en el territorio de esta provincia. También se podría conjeturar que las universidades coadyuvan, junto con otros factores, al mantenimiento del estado de cosas porque la educación legal pone

demasiados esfuerzos en ciertos contenidos formativos y modos de enseñar que por elevados que aparenten ser no tienen incidencia en el mejoramiento del servicio justicia, sino que por el contrario integran la racionalidad de su actual funcionamiento: el intelecto es excesivamente nutrido de saberes que no le tocan un pelo a las prácticas o lo hacen ocasionalmente. En lugar de ello, se propone aquí que el alumno tenga una aproximación a qué sucede en la realidad y brindarle dentro de la educación legal una formación ética y epistémica para enfrentarse en el futuro con las prácticas. El fin último: mejorarlas.

¿Cuáles son algunos de los problemas que aquejan al servicio de justicia?

Comencemos por decir que los *tiempos* de esa justicia provincial son imposibles de pronosticar para el justiciable (víctima o victimario) que siempre espera, aún cuando la ley fije plazos, y simultáneamente son perentorios e imperdonables para él. Sus *espacios* supuestamente públicos son refractarios para quien es ajeno a la burocracia. Su *lenguaje* engorroso no repara en la comunicabilidad de los actos de poder a sus verdaderos destinatarios. Sus *formas de trabajar* se inscriben en rutinas defectuosas conformadas por múltiples factores, entre ellos el peregrinaje académico, que formatean los modos de acceso al caso y la producción del expediente judicial.

De modo coherente a cierta disfuncionalidad de la academia con el mejoramiento de un servicio público esencial, el consejo encargado de seleccionar a los magistrados en la provincia hace su aporte crucial al evaluar con casos hipotéticos y no exigir en sus evaluaciones habilidades o desempeños ajustados e imprescindibles al cargo que se concursa, como ser la cuestión básica de saber gestionar con calidad y celeridad cientos de expedientes que habrá de tener a su cargo el concursante cuando sea titular de un Juzgado, un Tribunal, una Fiscalía o un Defensoría. En lugar de ello, cinco preguntas teóricas y uno o dos casos prácticos planteados al mejor modo de un libro académico, que soslaya numerosas dificultades, como, vg., la valoración de pruebas y demás piezas procesales para conformar los hechos, son la medida de evaluación de los selectores. Ni siquiera un sólo expediente judicial es entregado al postulante para que demuestre sus aptitudes. La continuidad entre el modo de evaluación de la educación legal con casos hipotéticos y la de éste consejo selector son evidentes. Ambas están distantes de la real actuación de la justicia.

Dentro de su respectiva competencia, los legisladores de la Provincia de

Buenos Aires, como reflejo de las tensiones entre distintos pensamientos o pretensiones en pugna en el seno social, reforman una y otra vez el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires y, en menor grado, la ley de Ejecución Penal, con giros reaccionarios o en otros casos aduciendo razones supuestamente progresistas, agregando en ocasiones nuevos institutos o modificando los existentes. Año tras año. Tópicos como las medidas de coerción, el particular damnificado, el juicio abreviado, el proceso de flagrancia, el derecho al recurso, las modificaciones de competencia del Tribunal Provincial de Casación Penal y las Cámaras de Apelación y Garantías, las declaraciones de niños en los abusos sexuales, el fuero de responsabilidad juvenil y toda su normativa vinculada, son algunos ejemplos de la profusa actividad legislativa.

A nivel nacional el Congreso no es muy distante en su postura de reformar con periodicidad el Código Penal al incorporar nuevos agravantes, hacer modificaciones en la regulación de la prescripción, en la libertad condicional como en otras partes del Libro Primero, introducir nuevas figuras delictivas, figuras calificadas, hacer reformas en las leyes penales especiales y en la ley de ejecución. Así es que la legalidad penal muta y se ensancha. Pierde entonces una de sus funciones básicas que estuvo en los cimientos de los Estados modernos y que contribuye a la seguridad jurídica: la clara orientación de las conductas del ciudadano y de los operadores de la justicia penal. Del minimalismo legal se pasó a la legislación de los artículos bis, los ter, los quater, hasta llegar a los quinquies.

Cada regla jurídica nueva que se introduce en el ordenamiento provincial como en el nacional no puede ser completamente medida de antemano en cuanto a las múltiples repercusiones que ocasionará en los restantes preceptos del sistema legal argentino, considerado éste como un todo fluctuante que se actualiza y cobra nuevas perspectivas. Los sucesivos casos que se irán planteando en los tribunales pondrán a prueba la nueva regla en sus relaciones con el propio cuerpo normativo al que pertenece, con las leyes que le son atingentes, ya sea de orden provincial o nacional, con los preceptos constitucionales y los previstos en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. En esas nuevas reglas y sus múltiples relaciones, debidas al carácter mutante, complejo y extenso del sistema legal, aparecerán problemas de los lenguajes jurídicos, posibles redundancias normativas, incoherencias e inoperancias.

La señalada complejidad de los conjuntos normativos propicia la discrecionalidad del intérprete en la aplicación de la ley al darle un campo extenso para la actividad hermenéutica y asimismo le otorga más poder a los teóricos del derecho penal en tanto con sus obras influyen en la conformación de los discursos judiciales. Debe destacarse, desde ya, que esos teóricos no son votados por el pueblo, sin embargo, en forma consciente o inconsciente se les otorga a su palabra el valor de las palabras de la ley; muchos de ellos pertenecen a otros países y razonan, por ende, sobre leyes que no son las nuestras; y en último término se expresan, por lo general, de manera engorrosa. Por lo que al problema de la complejidad de los sistemas jurídicos, rayanos a lo anárquico, se le añade el problema del lenguaje de los penalistas, que obsta a la claridad del discurso deseable en una república, pues el derecho es una ciencia social, y no de claustro, que debe estar al servicio de los ciudadanos. Podríamos conjeturar que estamos en camino de retornar a los tiempos en que Beccaria escribió *De los delitos y de las penas*, época en que regían diversas recopilaciones de leyes amalgamadas, especialmente romanas, en idiomas ajenos al pueblo, como el latín, sobre los que se realizaban comentarios o glosas y se recurría en exceso a los argumentos de autoridad y cita de maestros, comprensibles para la nobleza. ¿No se reproduce aquel esquema en la actualidad con las citas de los teóricos de procedencia foránea comprensibles únicamente para los especialistas? La academia tiene su cuota de responsabilidad en esto.

Los nuevos desafíos de los sistemas jurídicos y del funcionamiento de las instituciones penales exigirán entrenarse en el manejo de pautas éticas y epistémicas para que el intérprete de ese ordenamiento tenga criterios para formular de modo óptimo los problemas y resolverlos con estrategia, como también expresarlos de una manera accesible a los destinatarios de la justicia penal.

Retomando las periódicas reformas al ordenamiento jurídico, sobre todo las procesales (y porque no también las nacionales en orden al aumento de las escalas penales de ciertos delitos), cabe destacar su incidencia sobre el sistema de encierro²:

² Si nos dirigimos a los momentos fundacionales de nuestra patria, al poco tiempo de la Revolución de Mayo, el General San Martín manifestaba su deseo de importar el modelo carcelario de los países cultos de Europa, sin saber que añoraba una funesta institución, que lejos de ser libertaria se convertiría en instrumento de control y dominación de los sectores díscolos de la sociedad argentina. En 1816, San Martín: “que tenía en su biblioteca el *Discurso sobre las penas* de

(i) En el aumento de la tasa de encarcelamiento. Huelga aclarar que este crecimiento de la población carcelaria no se debe en forma aislada a las reformas legislativas sino conjuntamente con malas condiciones materiales de existencia de numerosos grupos sociales, resultantes - en términos generales - también de decisiones políticas y de la coyuntura económica que fomentan determinado auge de delitos predilectos para el sistema de encierro, como son los ilícitos violentos que proceden de los estratos bajos.

(ii) En la sobrepoblación de las unidades penitenciarias³;

(iii) En la lógica de la construcción de nuevos lugares de encierro que no tendrá fin si no se revén las decisiones que se han tomando. Ello, en razón de que la población detenida irá en aumento año tras año como casi indefectiblemente lo muestran las estadísticas. Y, en consecuencia, los edificios destinados a la privación de la libertad correlativamente deberán ir expandiéndose para cumplir con las reglas internaciones sobre el metraje de los espacios punitivos en una carrera interminable;

(iv) en el aumento de las partidas presupuestarias⁴ que en lugar de la

Lardizábal, la *Ciencia de la legislación* de Gaetano Filangieri y la *Teoría de las penas y las recompensas* de Bentham, es decir, que había hecho lecturas de penología ilustrada, escribió influido por la propaganda antiespañola, que “nuestras [cárceles] por la estúpida educación española están muy lejos de equipararse a la policía admirable que brilla en la de los países cultos; hagamos lo posible por imitarles”. Con acierto dice Abelardo Levaggi que: “De haber leído [San Martín], además, el *Estado de las prisiones* de Howard habría podido opinar con mayor fundamento” (Levaggi, Abelardo, *Las Cárceles Argentinas de Antaño*, Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 53). Recordemos a John Howard como aquel filántropo inglés que padeció en carne propia la privación de libertad e inspeccionó prisiones, hospitales y lazaretos, primero por Inglaterra y luego por Europa, entre 1773 hasta su muerte en 1790. Y que a través de su obra hizo conocer en el viejo continente la paupérrima situación de los lugares de encierro y quiénes eran sus destinatarios.

³ En 1877, en Argentina, quedaba concluida la construcción de la Penitenciaría de Buenos Aires. Los primeros pasos de esta institución presagiaban el inexorable futuro de las cárceles bonaerenses: “[Se] albergaron allí los acusados de presidio, penitenciaría, prisión y arresto; condenados, procesados y también detenidos; hombres y mujeres; adultos y niños - condenados o simplemente abandonados... En 1886, uno de los cinco pabellones fue directamente convertido en asilo infantil ... Del vistoso informe presentado por Boerr en 1894 ... se desprendía que en los 17 años de vida de la Penitenciaría, los internos correccionales y encausados habían sumado cerca de 24.000, y los penados, 2.600. El informe, refleja, involuntariamente, el crecimiento exponencial de la población, que pronto duplicó y triplicó la capacidad prevista en las 704 celdas originales” (Caimari, Lila, *Apenas un delincuente. Crimen, Castigo y Cultura en la Argentina, 1880-1955*, Editorial Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2004, página 60).

⁴ Esas partidas presupuestarias, por lo demás, aumentan año a año en gastos de personal (y en la ampliación de la ciudad punitiva) en tanto decrecen en el sostenimiento material del privado de libertad. En el trabajo “Aproximación a Pena y Estructura Social en la Provincia de Buenos Aires” señalé con el análisis de aquellas partidas que en los años 2008 y 2009 al detenido se le destinaron mensualmente para su sustento \$ 717 y \$ 677, respectivamente. Sumas irrisorias a las que había que agregarle el dato “corrupción” que incide en su disminución o en la desaparición o falta de prestación de los bienes y servicios previstos para el preso. Rusche y Kirchheimer dijeron con acierto en su magistral obra: “en tanto la población carcelaria no es utilizada para cubrir las necesidades del mercado de trabajo, la elección de los métodos punitivos es predominantemente

construcción de lugares de encierro y su sostenimiento mejor estarían destinadas a fomentar programas de trabajo y educación en la sociedad libre.

Todo esto al fin y al cabo para que crezca la tasa delictiva y la inseguridad pues es un hecho histórico sabido que se repite hasta el hartazgo que los centros de detención - espacios caracterizados por la violencia, el maltrato, condiciones indignas de vida e inseguridad intramuros superior a la extramuros - fomentan la carrera delictiva⁵. E incluso, esos espacios están poblados mayoritariamente por sujetos sin sentencia, otros sin sentencia firme y dentro de esos dos grupo hay también sujetos inocentes como consecuencia del error judicial, no tan infrecuente, de la liviandad con que se dictan las medidas cautelares personales, de una impronta de política criminal dura que confluye de presiones sectorizadas, de defectuosos accesos al expediente, entre otras causas. He aquí varios datos que integran otra paradoja: a más represión punitiva sobre determinada delincuencia y a más gasto público aplicado al sistema carcelario le siguen más delito y más inseguridad. La academia jurídica, más allá de la legislación o la novedad legislativa que es su objeto primordial, no suele trabajar con datos actuales y empíricos estructurales que hagan de telón de fondo para pensar, repensar o diseñar seriamente estrategias de aplicación del Código Penal y del Código Procesal Penal que propendan a mejorar el servicio de justicia, con propuestas que contengan el uso abusivo del derecho penal como la respuesta social más fácil para atacar problemas de estructura social que son anteriores al delito.

La concentración del sistema penal en cierta delincuencia y su colapso, también le es funcional a la impunidad de otros tipos de delincuentes que no frecuentan las cárceles.

influida por los intereses de tipo fiscal” (Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto, *Pena y Estructura Social*, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1984, pág. 5). También enunciaron que: “no fue necesario que surgiera un cruel tirano que transformara las casas de corrección en lugares de tormento, sino que bastó el simple hecho de que dejaron de ser instituciones económicamente rentables. Las posibilidades de obtener ganancias, que enriquecieron a los administradores de prisiones en la época en que los hombres escaseaban y los salarios eran altos, habían desaparecido” (Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto, *op. cit.*, pág. 129).

⁵ Bentham lo refería en *El Panóptico*: “Hasta el presente, las prisiones son lugares infectos y horribles, escuelas de todos los crímenes y hacinamiento de todas las miserias; lugares a los que no se accede sin temor, donde hasta un acto humanitario es algunas veces castigado con la muerte”. Más adelante refiere: “El mundo que nos rodea es aquel cuya opinión nos sirve de norma y de principio. Hombres encarcelados... forman un mundo aparte; su lenguaje y sus costumbres se asemejan. Imperceptiblemente, por un tácito consentimiento, se elabora una ley que tiene por autores a los hombres más abandonados: en una sociedad semejante, los más depravados son los más audaces, y los peores imponen su autoridad a todos los otros” (Bentham, Jeremy, *El Panóptico*, Editorial Quadrata, Buenos Aires, 2004, págs. 16 y 30 a 31)

El Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia y Seguridad, la Policía Bonaerense y el Servicio Penitenciario es también directo responsable, de manera relevante, en la actual concreción histórica de la justicia provincial. Ese Ministerio publica estadísticas e informes que hablan de las bondades de sus decisiones y accionar, así como de los proyectos legislativos convertidos en ley que han apoyado, arguyendo la baja de las tasas delictiva y carcelaria, con datos que en ocasiones son inconsistentes con otras publicaciones que tienen la misma procedencia⁶. También sus datos son contrarrestados por informes y estadísticas elaboradas por otros organismos o asociaciones dedicadas a la investigación

⁶ En este sentido podemos comparar dos informes provenientes del Ministerio de Justicia y Seguridad. En el primero de ellos al tratarse las tasas de criminalidad se hace mención a su *disminución* en los últimos años en los delitos contra la seguridad ciudadana y se habla del incremento de causas contra el narcotráfico (manera elíptica de referirse al encarcelamiento por los delitos vinculados a esa temática). En otro informe relativo a las cárceles se aduce la reducción de la tasa de encarcelamiento pese a haber *incrementado* la tasa delictiva. Por lo cual, la tasa delictiva simultáneamente decrece para un informe en tanto crece para el otro. En aquel primer informe se dijo: “En líneas generales, los resultados correspondientes al año 2011 muestran un nuevo descenso de los delitos vinculados a la seguridad ciudadana (básicamente, homicidios, violaciones, secuestros, robos con armas, robos, hurtos y delitos contra la libertad o las personas). En el año 2010 este grupo de ilícitos había descendido un 7,7% respecto de los registrados en el 2009. En el 2011, se volvió a registrar un descenso del 4,8%, lo que produce una reducción acumulada del 12,13% entre 2009 y 2011, con un total de 30.781 delitos menos. En efecto, el total de hechos vinculados a la seguridad ciudadana fue de 253.776 en el año 2009, registrándose un total de 234.235 en el año 2010 y de 222.995 en el 2011. La tasa de homicidios dolosos siguió en sentido descendente (2009: 1.348; 2010: 1.239; 2011: 1.206)... También acumulan descensos superiores al 10% entre 2009 y 2011 los robos, hurtos y violaciones, según se detallará más abajo. Esta tendencia decreciente en materia de delitos vinculados a la seguridad, ha ido acompañada durante el año 2011 de un incremento de la cantidad de investigaciones penales iniciadas en materia de narcotráfico, producto de varias iniciativas que se han implementado en la materia para potenciar la lucha contra ese flagelo. A la vez, se ha observado otro fenómeno de relevancia que es el incremento de la tasa de judicialización de conflictos interpersonales así como de hechos no vinculados directamente a la seguridad ciudadana (v. gr., amenazas, lesiones leves, lesiones culposas, estafas, daños, hallazgos, extravíos, etc.), situación que se explica, en buena parte, por la mayor accesibilidad a la justicia generada por el proceso de descentralización de fiscalías, defensorías oficiales y juzgados de garantías. En resumidas cuentas, durante el año 2011 se registró una sensible baja en los delitos vinculados a la seguridad (- 4,8%) y, a la par, mayores niveles de accesibilidad a la justicia (+4,96%) e intensificación de la persecución del narcotráfico (+20,25%) , lo que explica que, globalmente, se hayan iniciado más procesos penales que en el año inmediato anterior (+1,8%), pese a haber disminuido del modo indicado los índices delictuales de los hechos vinculados a la seguridad ciudadana” (Dirección Provincial de Política de Prevención del Delito, *Estadística Criminal de la Provincia de Buenos Aires. Año 2011* www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/libros/LIBROweb2011.pdf). En el segundo informe mencionado se dice de modo genérico: “Como se explicará en detalle en el desarrollo que sigue, la presente gestión de gobierno ha impulsado un sistema de política criminal que ha permitido conjugar la eficiencia en la persecución del delito y la actuación de la justicia pero sin que ello importe acudir a soluciones de criminalización masiva, tal como lo demuestran en la actualidad la curva descendente en el total de detenidos y el hecho de que ese total sea aún menor al que se registraba cinco o seis años atrás pese a haberse incrementado la cantidad de hechos delictivos” (*Situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires Diciembre 2007-Octubre 2011*. Ministerio de Justicia y Seguridad. Subsecretaría de Política Criminal e investigaciones judiciales <http://www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/libros/SituacionPersonas.html>)

específica de la temática. ¿Se suele analizar en la academia esa información, siquiera superficialmente? ¿Se inquiere sobre su transparencia? Ella refiere sobre el estado actual de la problemática penal y como lo sostuviera la primigenia Escuela de la Política Criminal son los datos que debe tener a la vista el legislador junto a los estudios de otras disciplinas para que las reformas penales no sean fórmulas improvisadas.

Mientras se aducen logros, las fuerzas de seguridad continúan produciendo enormes daños en su actuación de prevención en materia de delitos: el armado de causas difíciles de desarmar en sede judicial, la colaboración de los “transas”, la individualización como autores de hechos delictivos a sujetos extraños a él y con algún marcaje policial o antecedente penal con el objeto de hacer estadísticas o arrojar seguridad en la zona o por otros móviles, la producción de prueba inducida, la utilización de álbumes fotográficos de personas que han tenido vinculación con la justicia penal con los riesgos que ello supone para el ciudadano inocente, los interrogatorios sin consignación de preguntas, las detenciones infundadas que tardan en revertirse, la violencia desplegada en el marco de las aprehensiones y dentro de las comisarías, el inadecuado uso de las armas que detentan las fuerzas de seguridad, son sólo algunos ejemplos conocidos de una nómina más vasta.

El origen de la convalidación fiscal y judicial de esos proceder es hay que buscarlos no en la connivencia que puede ocasionalmente existir sino en la forma en que trabaja la justicia penal afectada esencialmente con sus *tiempos* escasos y sus sesgados *modos de acceso al caso*, sin contar que a veces falta todo tipo de compromiso, aparece la desidia o la negligencia. Estos últimos factores son el presupuesto para las afectaciones de las garantías que hacen al debido proceso legal que posiblemente puedan ser subsanadas por un Tribunal Superior luego de mucho tiempo, o no lo hagan. En la academia, el centro de interés se pone en el estudio de las garantías constitucionales y las normas que las reglamentan, lo que sin lugar a dudas corresponde, porque el dato normativo es el objeto de la ciencia del derecho. Pero esa exclusividad de atención en la norma lo es en desmedro de un estudio de los problemas de las prácticas.

Prosigamos ahora con el Servicio Penitenciario Bonaerense. Él ofrece múltiples falencias, de diversos órdenes y de suma gravedad (muchas de ellas ya adelantadas al mencionar la incidencia de las reformas legislativas en el sistema

de encierro). La detención cautelar y la pena en sentido estricto, en vez de limitarse a afectar la libertad como corresponde por imperativo legal, invaden abruptamente los diversos órdenes que integran la personalidad del sujeto. Las condiciones de hábitat, higiene, alimentación, salud, trabajo, educación y seguridad, por lo general, son de una condición peor a la que detentan los ciudadanos libres que se encuentran en la peor situación social. Los indicadores que se utilizan en los estudios hechos en villas y asentamientos precarios para medir la realidad (el hacinamiento, el riesgo alimentario, la dificultad de acceso a un servicio de salud, la dificultad de acceso a un trabajo formal o el empleo informal o precario, la capacidad de ahorro, la confianza en las instituciones y la seguridad) se agravan en los centros punitivos. La violencia dentro de ellos asume sus múltiples formas en golpizas, submarinos secos, utilización en algún caso de picanas eléctricas, manguerazos de agua fría, peleas entre internos que no se evitan por el personal del servicio o que las fomentan, delegación de la seguridad en internos, encierro en buzones por tiempo indeterminado, traslados. Problemas que han sido suficientemente relevados por el CELS y el Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria. Esta temática requiere ser estudiada en la academia. El conocimiento empírico de la situación carcelaria es una condición básica para una razonable interpretación y aplicación de la ley penal sin llegar de ninguna manera a un abolicionismo fáctico. Las vinculaciones se advierten sin esfuerzos con tópicos del derecho penal como la determinación judicial de la pena, los principios de oportunidad y claramente con la ley de ejecución en sus múltiples institutos que prevé.

La justicia provincial en lo penal, y la trama de instituciones vinculadas a ella, es la obra colectiva de todos estos sujetos que venimos analizando. Es habitual que se endilgue la situación actual que ella atraviesa a la corresponsabilidad de los tres poderes públicos del Estado provincial. Sin embargo, hay que atender también al papel que le cabe a las universidades en la educación legal y ética como formadoras de profesionales que se insertarán en el engranaje del aparato punitivo.

En esa educación habrá que suministrar herramientas epistémicas a los alumnos para enfrentarse a los complejos normativos así como pautas éticas para encarar la profesión. Habrá que estudiar y teorizar sobre las prácticas y rutinas forenses – tema no suficientemente abordado pero que ha comenzado a ser

impulsado por algunos profesores de la UNLP –. Habrá que atender a los condicionamientos de la estructura social en que se desenvuelve la justicia producto de cuestiones culturales, económicas y decisiones políticas no vinculadas directamente con el campo penal⁷.

Sobre la cuestión ética y epistémica me ocuparé en los siguientes capítulos en aras de fundar el marco teórico del curso pre-evaluativo de Derecho Penal I. Dentro de la epistemología tendrá su lugar la ubicación de los datos del “ser” por lo cual es sumamente útil haber tenido una aproximación a la realidad penal que circunda el dictado de un curso de Derecho Penal en la Universidad Nacional de La Plata.

⁷ Una réplica en pequeña escala de cómo las decisiones políticas, económicas y en definitiva ideológicas influyen sobre el campo penal, aunque no necesariamente de manera deliberada ni consciente, las encontramos en ciertos pasajes interesantes. Sarmiento, el 24 de Septiembre de 1873, pronunció un discurso en honor a la bandera nacional en ocasión de inaugurar la estatua del General Belgrano. Dijo allí de Inglaterra: “la poderosa Albión, la enérgica raza inglesa, cuya misión es someter al mundo bárbaro de Asia, África y nuevos continentes e islas, al influjo del comercio e improvisar naciones que trasplanten el hábeas corpus, la libertad sin tumulto, la máquina, la industria, bienvenida fue siempre y bien empleados sus capitales en las grandes empresas que completan nuestra existencia como nación civilizada” (“Discurso pronunciado por el Presidente de la República en honor de la bandera nacional al inaugurar la estatua del General Belgrano el 24 de Setiembre de 1873”, Buenos Aires, Imprenta de la Tribuna, 1873, pág. 10). En el fragmento, interesante de por sí, aparecen condensados, por un lado, un grupo de elementos (máquina-industria-comercio) que han servido en Inglaterra para generar a la vez que el progreso: inmensas hambrunas, explotación de mujeres y niños, altas tasas de desempleo, y a cuyo servicio en este continente americano, en países de África y en la India se ha esclavizado y marginado a los pueblos bárbaros u originarios. Por otro lado, aparece nombrada una herramienta legal que no siempre ha defendido la libertad de todos los habitantes por igual: el hábeas corpus. Friedrich Engels en sus *Esbozos para una Crítica de la Economía Política*, publicado en 1844, décadas antes del discurso de Sarmiento, describía cómo se habían venido desempeñando en la sociedad inglesa esos elementos (comercio-máquina-industria) que en 1873 reivindicaba el autor de *El Facundo*. En un memorable pasaje, el fiel compañero de Marx explica la influencia del sistema fabril y de la libre competencia sobre el fenómeno de la criminalidad y los medios de castigo: “La competencia domina el progreso numérico de la humanidad, domina también su progreso moral. A quien se haya familiarizado un poco con la estadística del crimen le debe llamar la atención la peculiar regularidad con la que el crimen progresa anualmente, con la que ciertas causas producen ciertos crímenes. La expansión del sistema fabril tiene en todas partes como consecuencia un aumento de los crímenes. Se puede predeterminar cada vez más con más exactitud la cantidad anual de arrestos, casos criminales, aun los casos de asesinato, robos, pequeños hurtos, etc. para una gran ciudad o un distrito, como sucedió en Inglaterra a menudo. Esta regularidad demuestra que también el crimen es regido por la competencia, que la sociedad produce una demanda de crimen, que es correspondida mediante una oferta apropiada, que el agujero que es hecho por el arresto, el traslado o la ejecución de una cantidad es llenado inmediatamente por otros, del mismo modo que cada agujero en la población es llenado inmediatamente por nuevos recién llegados; en otras palabras, que el crimen presiona de la misma manera sobre los medios de castigo como los pueblos sobre los medios de ocupación. Cuán justo es esto, bajo estas circunstancias, excluyendo a las otras, es algo que dejo a criterio de mis lectores. Solo me importa aquí demostrar la expansión de la competencia también en el ámbito moral y señalar qué profunda degradación arrastró la propiedad privada al hombre” (Engels, Friedrich, *Esbozos para una Crítica de la Economía Política*, Editorial Colihue, Buenos Aires, 2004, Páginas 37 y 38).

*El buen penalista primero siente...
(el componente ético del curso)*

I. La necesidad de referentes éticos en la universidad pública

El mejoramiento del servicio de justicia y de las instituciones atinentes a lo penal requiere modificaciones de diversos órdenes, varias de ellas estructurales. Hay uno de esos órdenes, el ético, que corresponde poner en un lugar privilegiado dentro de la enseñanza del derecho penal si se quiere contribuir desde la academia a modificar las prácticas en pos de sus destinatarios directos: el imputado, el condenado y la víctima.

Como en muchos de los niveles de la vida, en el derecho penal, hay hombres que hacen de *referentes*, como una suerte de arquetipos que sirven de guía e influyen en nuestro pensar y también en nuestro accionar. En los deportes, en la música, en la política se ve muy fácil. En el derecho penal esto también sucede pero limitado, por lo general, a los referentes teóricos y a su plano intelectual o moral/declamación. Sin embargo, no abundan *referentes* con relación a las prácticas, al obrar. Me refiero al penalista en su modo de ejercer la profesión, en su compromiso con las instituciones, en el trato humano, en el registro del otro, en el cumplimiento del deber.

Hay que reconocer que cuando ejercemos la profesión liberal o la función pública puede haber alguien que nos guíe, que nos enseñe en el día a día y que tomemos como referencia. Puede ocurrir que esa guía brille por su ausencia. Incluso puede acontecer que nos encontremos con un gran maestro que nos transmita la buena profesión o quizá con todo lo contrario, lo que es lamentable. En el diverso abanico arquetípico, los medios de difusión masivo nos ofrecen al “penalista mediático” ligado al supuesto “éxito” medido en términos monetarios, con una estética que se asemeja a la televisiva, que también genera sus adherentes e imitadores.

Entiendo que la formación ética/profesional del penalista no puede quedar librada a la mera contingencia. La academia jurídica, como modeladora de sujetos que habrán de ejercer poder en el universo penal, debe atender la cuestión en la carrera de grado. Sustenta esta afirmación las circunstancias de que el curso preevaluativo de Derecho Penal I, cuyo marco teórico me propongo establecer, se desarrolla en una universidad pública y nacional que es financiada por el pueblo y que está ubicada en La Plata, capital de la provincia, ciudad burocrática, sede del

Poder Ejecutivo, Legislativo y del Supremo Tribunal, en la que gran parte de sus egresados desarrollarán tareas en la función pública. Ese carácter público de la universidad obliga a privilegiar y aguzar el compromiso social de los alumnos que en el campo penal tiene múltiples implicancias. El futuro abogado elegirá su camino, pero tendrá entonces una *referencia* que seguir, mejorar o abandonar. Habrá consecuencias en esa elección.

Esta ponderación de lo ético dentro en la enseñanza de un curso preevaluativo procura ahondar en las líneas del perfil que tiene la Especialización de Derecho Penal de la UNLP que se orienta - a grandes rasgos, según lo que declama su portal académico y lo que percibí como su alumno - al estudio de las prácticas profesionales en el propio servicio de justicia y en ámbitos vinculados, con el afán de analizarlas, detectar sus problemas y buscar mejorarlas desde un enfoque multidisciplinario para su destinatario último: el justiciable.

Con los límites de este trabajo, y con el objeto de cimentar adecuadamente el curso preevaluativo, desde el punto de vista axiológico, estimo relevante introducir una serie de *consideraciones éticas* que harán de premisa y de contorno a la enseñanza de los contenidos específicos del derecho penal, para lo cual me detendré en la figura de dos abogados que son un *referente* de las prácticas saludables de la profesión. Finalmente esbozaré un sumario de normas que integran el derecho positivo, relacionadas al debido ejercicio de la función pública y de la profesión libre.

II. La tabla de valores de la ética republicana

Como lo dijo Guillermo Oviña: “El buen penalista primero siente, luego piensa y finalmente dice”. Y aquel sentimiento claramente debe ser conforme a una ética republicana, de la cual este profesor es un fiel representante. En segundo lugar vendrá el pensamiento. Para aquella eminencia la inversión del orden de estas cosas ha llevado a algunos disparates jurídicos y graves injusticias⁸.

⁸ En una de las proyecciones de aquella idea, Oviña diagnosticó en su conferencia que: “hay... un derecho penal demasiado intelectualizado, poco comprometido con los sentimientos, y yo abogo porque los penalistas de esta ciudad [La Plata] no traten de hacer como algunos otros penalistas que se parecen a los matemáticos cuando piensan en triángulos, porque el triángulo es isósceles en la Rusia de los zares, en las purgas estalinistas y en la Perestroika... Pero los conceptos jurídicos son muy distintos. Hay que tener en cuenta, como decía Soler, que una cosa son las teorías y otra los hombres que terminan en el paredón. Por efecto de estas teorías el derecho penal argentino requiere, y creo que estamos en camino por lo menos en esta ciudad,

Reflexionando sobre la tabla de valores que hace a un ética republicana, podemos decir que en ella se incluyen, sin dudas, valores inveterados y perennes tales como la probidad, la buena fe, la honestidad, la rectitud, la templanza, que encontramos en amplias facetas de la cultura greco-romana, pero también aquella tabla abarca valores específicos relativos a la organización del Estado y al ejercicio del poder propios de la época fundacional de los estados modernos y que se han cristalizado, en gran medida y con límites definidos, en nuestra Constitución Nacional. Ouviaña al explicar las condiciones históricas que posibilitaron la fórmula *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, artefacto cultural diseñado para preservar la libertad de los hombres contra los actos arbitrarios del poder, nos da una nómina de postulados que constituyeron la antesala del Estado de Derecho y que en definitiva son valores que consagra nuestra ley suprema. Nos dice el autor: “La doctrina contractualista, la teoría de la división y equilibrio de los poderes públicos, el depósito de la voluntad general en Parlamentos que posibilitaran la representatividad popular y otorgaran publicidad a los actos de gobierno, el sufragio universal, la eliminación de los privilegios personales en función de la igualdad ante la ley, la responsabilidad jurídica de los funcionarios por su desempeño en el manejo de la cosa pública, la presunción de inocencia, la limitación de las atribuciones judiciales, la responsabilidad por la propia conducta y no por condición social, son distintas fases de un complejo proceso social y político”⁹.

Ese inventario, que no es exhaustivo, junto con el grupo de valores que nos llegan desde Grecia y Roma, nos enuncia de modo muy condensado los puntos de referencia básicos para el obrar en las prácticas. Esos valores, amén de la Constitución Nacional, aparecen contemplados en diversos cuerpos normativos según se regule el estatuto de funcionarios públicos en sentido lato, o de determinados funcionarios públicos en particular, sean magistrados, sean integrantes de la administración pública centralizada o descentralizada, etc., o bien de los profesionales abogados que no son funcionarios pero que deben

una vitalización visceral para recomponer ese curso de la dignidad humana que es primero sentir, luego pensar y finalmente actuar en hechos o en palabras” (Discurso del Dr. Guillermo Ouviaña en ocasión de la presentación de su libro homenaje, 30/08/2010, Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, publicado en Revista Virtual INTERCAMBIOS, N° 15 - Noviembre 2011. <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>).

⁹ OUVIÑA, Guillermo J., “NULLUM CRIMEN, NULLA POENA, SINE PRAEVIA LEGE”, Enciclopedia Omeba, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, pág. 549.

sujetarse a reglas éticas en el ejercicio de su labor. Acerca de esta normativa me ocuparé en último término. Ahora quiero centrarme en dos memorables abogados que han sido un estandarte del buen obrar y que he elegido como *referentes* o *arquetipos* del buen profesional.

III. Arquetipos del buen profesional

Empecemos por el profesor Ouviaña. Impartió clases en más de una casa de estudios, destinó gran parte de su vida a la enseñanza del Derecho Penal en la UNLP con talento y compromiso. Llevó adelante el Instituto de Derecho Penal de la facultad. Es nada más ni nada menos que el fundador de esta Especialización. Fue además un digno, abogado y excelente funcionario público que sirvió a las instituciones sin servirse de ellas, con lúcidos e inigualables fallos al ejercer en la Cámara Nacional Criminal y Correccional. Es, por lo tanto, un *modelo* del sentir de acuerdo a la Constitución y a los valores republicanos y del obrar en consecuencia, así como también es un referente del pensar, porque si algo enseñó a sus alumnos es a pensar y lo sigue haciendo a través de sus textos que trascienden las modas. Su legado ético e intelectual debe continuar en esta universidad a la que grandes aportes hizo y que tanto le debe.

El Dr. Ouviaña, para la formación ética en el derecho y también para acrecentar el acervo cultural de sus alumnos, imprescindible en el buen penalista, les hizo leer la tragedia de *Antígona*, que más allá de los múltiples autores que la escribieron desde el primigenio Sófocles, tuvo como denominador común ser la historia de una mujer que perdió su vida por respeto al derecho. Actitud que de ninguna manera significa someterse ciegamente a cualquier capricho del orden jurídico. Hay que recordar que Guillermo Ouviaña en épocas de gobierno de facto en este país se negó como funcionario público a aplicar la legislación penal que no provenía de la soberanía del pueblo. Se puede decir de Ouviaña, lo que dijo un campesino respecto de un maestro decimonónico, el memorable Carrara: “Varias veces he oído recordar a Carrara por los campesinos de la Luquesia, que interpretan su valía con exactitud extraordinaria e intuitiva. Hace poco le oí decir a un aparcerero: “Ése era un grande hombre, que iba siempre contra la ley cuando la ley no era justa”¹⁰. Hablamos de penalistas éticos. Tanto Ouviaña como Carrara

¹⁰ Episodios Desconocidos en la vida de Carrara, por Paolo Rossi, en CARRARA, Francesco,

desafiaron los decretos de Creonte.

Muchas son las historias vividas por Ouviaña en momentos álgidos del país. Una de ellas le valió su cesantía como fiscal. He aquí el episodio: derrocado Arturo Frondizi de la presidencia del país y estando al mando Guido, aquel presidente depuesto que se encontraba preso en el sur, pronunció la palabra “Perón” en una rueda de prensa. En virtud del decreto que prohibía hacer referencias al “tirano prófugo” se le encomendó al Dr. Ouviaña que iniciara la correspondiente investigación como fiscal. Él se declaró incompetente por el territorio porque correspondía investigar al fiscal del lugar. Una nueva orden más contundente desde arriba insistió en que tomara las riendas de la causa. La orden fue repelida con el mismo tenor. Esto le valió que fuese declarado cesante sin sumario y quedar tildado como un hombre rebelde del Poder Judicial. Dedujo un amparo para recuperar su cargo. La justicia lo resolvió favorablemente pero el Poder Ejecutivo recurrió. Asumida la Presidencia de la Nación por Illia, el flamante mandatario desistió del recurso. Con Illia se encontraría años más tarde en un café de Buenos Aires y compartirían una hora de sus vidas.

Nuestro *referente*, tuvo a su vez un maestro, el Profesor Rafael Bielsa (1899 - 1966), otro arquetipo de la función pública, la educación y la abogacía. Valeroso abogado y docente. Todo un representante del civismo. Su intachable conducta también le valió pesares. Como un hecho que se repite en los hombres consecuentes a valores loables, el maestro Bielsa, al igual que Guillermo Ouviaña, fue cesanteado, en su caso, como docente de la Universidad Nacional de Buenos Aires bajo el ropaje de una jubilación de oficio, pero varios años antes que su discípulo. Ello ocurría durante el segundo gobierno de Perón. He aquí su episodio¹¹: como profesor de Derecho Administrativo de la UBA le tocó evaluar a un funcionario peronista, diputado nacional, que venía haciendo, con la venia del oficialismo, una carrera meteórica en la UBA. Bielsa lo examinó como debía ser, como a cualquier otro alumno, sin plegarse a ninguna ilegítima benevolencia. El meteoro fue aplazado, detenido en su impune avance. Comenta Ouviaña que debió haber sido el primer bochazo aplaudido por los otros alumnos. El aplazado recusó al profesor. Hubo un irregular trámite de la recusación. El favorecido logró ser examinado por una mesa especial sin figurar en la lista reglamentaria. Bielsa

Programa de Derecho Criminal, Apéndice, Tomo 10, Editorial Temis, Bogotá, 1967 pág. 99.

¹¹ Ouviaña, Guillermo, *La Dimensión de una ausencia*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2006, pág. 15.

protestó. La consecuencia del correcto obrar del profesor fue su separación del cargo. Tomado el poder por la revolución llamada “Libertadora”, Bielsa fue reincorporado a la cátedra en aquella facultad. En su clase magistral no dejó de señalar su distancia con el nuevo gobierno militar que lo había reincorporado, lo que daba cuenta de su coraje, su integridad y su independencia de pensamiento que no se sometía a ningún gobierno de turno. La ecuanimidad fue una característica de su personalidad.

A lo que sí le fue fiel en todo momento es a la Constitución y a la ley, con sus actos antes que con la palabra. Esto no significó que fuera complaciente con cualquier ocurrencia legislativa. Si algún gobierno, decisión, ley, decreto u otra norma estaban en pugna con la República y los principios, derechos, garantías o atribuciones establecidas por la Constitución Nacional, él estaba ahí para marcarlo y denunciarlo. Así encontramos su enérgica crítica al fallo dictado por la Corte Suprema de la Nación, el 28 de Marzo de 1958, en autos “Bustos Nuñez”, por el cual aquel Supremo Tribunal había declarado la constitucionalidad del decreto 4161/56 que incriminaba la propaganda peronista. Valga remarcar que fue el mismo decreto con el que años más tarde se quiso obligar infructuosamente a Ouviaña para que persiguiese a Frondizi. Aunque el peronismo le había privado al viejo Bielsa, sin justa causa, de ejercer la docencia por años, esa desgracia que lo afectó un tramo de la vida no empañó su imparcial visión del derecho que imponía denunciar la inconstitucionalidad del aquel decreto.

En la *Dimensión de una ausencia*¹² Ouviaña evocó la persona de Bielsa y sus ideas. El autor se preguntó si la ausencia de su maestro habita como carencia afectiva en el plano de sus sentimientos personales o si tiene alguna magnitud objetiva, observable y registrable para todos. Concluirá que el homenaje a Bielsa no termina con este libro sino que a partir de ese entonces debe continuar. En parte este trabajo quiere cumplir con ese mandato, porque siguiendo a Ouviaña también seguimos a Bielsa. En las palabras conclusivas del libro, se dijo que el derecho no es únicamente un atractivo objeto de estudio, que no basta que se hable de conocimiento, hay que hablar de compromiso; que no se trata sólo de estudiar leyes, hay que cumplirlas y hacerlas cumplir; que los ciudadanos recobrarán la fe en el derecho cuando a las palabras legales sigan conductas legales. Bielsa instaba a la cruzada por la legalidad. Ouviaña nos comunica que

¹² Ouviaña, Guillermo, *op. cit.*, págs. 8 a 9, y 117 a 118.

cuando la conducta enaltezca el conocimiento se consumará la trascendencia. Si, por el contrario, somos tentados por las variadas formas de ilicitud se habrá malversado el saber y la obra de Bielsa. Se estará empujando a Bielsa más allá del olvido. Se lo estará negando. Ouviaña planteará un dilema hamletiano: Trascendencia o intrascendencia. Esa es la cuestión. Dilema que no se limita a las prácticas forenses pues también nos comprende como ciudadanos cuando nos toque integrar el coro en las tragedias de la República. Es en la hora de tomar decisiones cuando sabrá la dimensión de la ausencia de Bielsa.

El libro que escribe el discípulo sobre su maestro nos exhibe las enseñanzas éticas que dejó el viejo Bielsa en torno a la docencia, la abogacía, la función pública y también la ciudadanía. Es necesario hacer un breve recorrido sobre las primeras tres cuestiones con el fin de transmitir las a los alumnos del curso. Presumo que Ouviaña al hablarnos de Bielsa también nos habla de él. Los hechos nos indican que él se condujo en su vida siguiendo el camino que le había enseñado el abogado rosarino.

Como *profesor*, Bielsa quiso lo que enseñaba y quería a quienes enseñaba. Fue muy exigente consigo mismo en relación a su formación. En cuanto examinador sus cualidades fueron la de imparcial, respetuoso del examinado e intransigente con los favoritismos, como lo muestra la anécdota de su jubilación de oficio. En sus clases abordaba los temas principales del programa sin apegarse al desarrollo puntual. Cuenta Ouviaña que ellas eran informativas, formativas, reconciliadoras entre el derecho y la moral y pedagógicamente ejemplares. Tachaba de pobre e indigno el estudio por apuntes. Renegó de las doctrinas afectadas por el esoterismo conceptual y advertía que los principios generales del Derecho no están afectados por las modas. Defendió a la instrucción pública y a la universidad. Sabía que era arriesgado enfrentarse con los actos arbitrarios del poder público pero sostenía que el jurista ni el docente debían desertar de su puesto. Criticó la comodidad de hablar de teorías y hacerse el desentendido de las herejías jurídicas. En su visión el profesor debía enseñar en la cátedra y fuera de ella, con el ejemplo, todo lo contrario a un burócrata o a un político al uso.

Del *abogado* exigió la defensa de la legalidad. Disentía con el título de la obra del Calamandrei *Demasiados abogados* pues entendía que faltaban verdaderos abogados que cumplan con su deber profesional sin preocuparse únicamente por

los honorarios, término este último que en un principio se refirió a la tarea honorífica del abogado y que luego devino como sinónimo de remuneración. Nos advertía que el caso requería un estudio paciente y pormenorizado, a la vez que lamentaba la declinación del criterio crítico sometido con frecuencia al precedente jurisprudencial. Decía que los pleitos se ganan con el plan y los argumentos jurídicos, mientras que otros llaman prácticas al hecho de corromper e inclinar funcionarios, valerse de influencias políticas, hacer perder un expediente, reclutar testigos falsos y usar otros recursos semejantes y repudiables. Fiel a la República condenó a los abogados que estuvieron al servicio de dictaduras, del imperialismo económico o de aquellos que en defensa de su cliente emplean medios ilegítimos. Para él la separación entre el hombre y su obra no es posible en el jurista porque el derecho es la primera de las ciencias morales. Con relación a los abogados que “militaban en la política” postulaba que debieran ponerse restricciones como no litigar ante jueces en cuyo nombramiento han influido, no gestionar ascensos de secretarios, jueces, ni la concesión de empleos a los familiares de éstos. En forma análoga debían ponerse esas restricciones con la Administración Pública.

La *función pública* fue uno de los temas fundamentales de sus cursos, no sólo por ser un tópico central de su materia, Derecho Administrativo, sino porque consideraba que en su ámbito se venía desencadenado la crisis moral y jurídica de la República en los órdenes político, social y económico. Para él, el funcionario debía ser un guardián que defiende el Estado de Derecho. Apuntaba el maestro que a diferencia de la capacidad civil, la competencia del funcionario no se presume y debe ser expresamente dada por ley. A su vez las atribuciones dadas al funcionario, nos enseña, son indelegables, intransferibles e irrenunciables. Con relación a las atribuciones conferidas por el constituyente a los tres poderes del Estado remarcaba la nota de “excluyente” en razón de que no habían sido infrecuentes en la historia argentina la trasgresiones a ese carácter: desbordes personalistas del ejecutivo, continuidad presidencial o politización de la justicia. A esta altura interesa traer a colación la diferencia que Bielsa establecía entre democracia y república. La primera, ubicada en el plano netamente político. La segunda compuesta por un concepto jurídico de responsabilidad y un concepto moral de civismo. Si bien en la democracia y en la república, la función pública es por y para el pueblo, en la segunda, sostenía, el funcionario público asume la representación de aquel y está regido por las reglas del mandato, por lo que

responde a su mandante: el pueblo. Y en el derecho público, el régimen del mandato del derecho civil adquiere contornos propios con normas específicas relativas al ingreso, permanencia, cese o remoción del funcionario, derechos, atribuciones, deberes e incompatibilidades. En el pensamiento de Bielsa, la idoneidad para el desempeño del cargo, exige conjuntamente con la aptitud profesional, la aptitud moral. De lo contrario se perjudica al servicio público y se desmoraliza a quienes pueden tener aspiraciones legítimas a ser designados. Sobre el juramento solemne que deben prestar ciertos funcionarios comentaba que no vacuna contra la futura corrupción. Al funcionario debía juzgárselo por su conducta, por su vocación definida. Sentenciaba que el perjurio no castigado es un ejemplo deletéreo de la moral del pueblo. Como degeneraciones de la función pública que impedían la vigencia del Estado de Derecho nos mencionaba dos casos aborrecibles: el caciquismo y la demagogia.

Hasta aquí el recorrido sobre el sentir, el pensar y el obrar de esta emblemática figura.

Ouviña, como penalista y Bielsa, como administrativista, constituyen dos modelos de las buenas prácticas, de lo que no abunda, de lo que se necesita, de aquello que le otorga salud a la instituciones y que le hace bien a la gente. Su impronta no puede estar ausente en un curso que actúa con otros en la formación del profesional que produce la facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Plata. El deficitario funcionamiento del servicio de justicia penal y demás poderes públicos en esa rama del derecho será menos defectuoso si quienes habrán de participar en él lo hacen de un modo republicano y conscientes de la dimensión de los serios problemas humanos que se administran, sobreponiéndose a la anestesia que irradian las burocracias. Asimismo se mejoraran las prácticas si los futuros profesionales son conscientes de los problemas que aquejan al sistema penal en cuanto servicio público. Desde una mesa de entradas hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde la confección o diligencia de una cédula hasta la materialización de una detención ordenada por un magistrado, desde el fichaje de un sujeto hasta su encierro dentro de un unidad penitenciaria, desde el sufrimiento y encono de la víctima que padece un delito hasta su total peregrinaje por la senda de la justicia, desde la investigación policial hasta la que hace el fiscal, desde el resguardo físico y moral de las personas privadas de libertad hasta el trato prodigado a los familiares que

los visitan, desde la sanción de una nueva ley hasta quien tenga que aplicarla o efectivizarla, desde quien organiza un juzgado hasta quien diseña la política criminal de un poder público, desde el empleado hasta el magistrado más encumbrado, desde el abogado que litiga hasta los agentes y jueces que deciden, todo sería muy distinto si los autores de cada acto de la justicia, aún aquellos que aparezcan como insignificantes, se condujesen de modo ético y en defensa de la legalidad.

IV. Sumario enunciativo de normas (Nación y provincia de Buenos Aires) que reglan la conducta ética de funcionarios y abogados de la profesión libre

Comencemos por decir que los representantes de los poderes públicos a nivel nacional y provincial al jurar por la Constitución Nacional y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, respectivamente, juran también respetar necesariamente los valores que consagran sus disposiciones y de obrar en conformidad. Así los legisladores nacionales juran desempeñar debidamente el cargo y obrar en todo conforme a lo que prescribe la Constitución (Art. 67 CN). El Presidente jura observar y hacer observar fielmente la Constitución Nacional (Art. 93 CN). Los integrantes de la Corte juran desempeñar sus obligaciones, administrar justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución (Art. 112 CN). En la provincia de Buenos Aires los legisladores provinciales juran desempeñar fielmente su cargo (Art. 101 CPBA). El Gobernador de la Provincia de Buenos Aires jura observar o hacer observar la Constitución de su provincia (Art. 132 CPBA), dictada de acuerdo al sistema representativo republicano y a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional (Art. 5 CN). Los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires juran desempeñar fielmente el cargo (Art. 179 CPBA) y observar la constitución y las leyes de la nación como las de la provincia (Art. 10 del Acuerdo n° 2159 SCBA). Igual juramento le deben prestarle a dichas Constituciones los demás funcionarios del Estado Nacional y Provincial que les corresponda hacerlo. Aquellos cuyo cargo no requiere juramento deben respetar esas leyes supremas con un plus mayor al ciudadano común, dado su carácter de participantes en la administración de la cosa pública. También los abogados al

matricularse deben prestar en la Nación juramento de fidelidad a la Constitución y a las reglas de ética (Art. 16, ley 23.187) y en la Provincia, juramento de observar la Constitución y las leyes de la Nación como de la Provincia (Art. 8 ley 5177).

En la Constitución Nacional hay una regla que tiene estricta relación con el desempeño ético de los funcionarios que es la prevista en su artículo 36, incorporado con la reforma de 1994 dentro de los Nuevos Derechos y Garantías. La disposición reza que el Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función. Ese cuerpo legislativo en cumplimiento de la manda constitucional sancionó la ley 25.188 (B.O. 1/11/99) de ética en la función pública que establece una serie de deberes, incompatibilidades y prohibiciones para todos aquellos que ejercen la función pública a nivel nacional, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados de ese Estado. Muy importante para nuestro cometido es su artículo 41 in fine que establece: "...La enseñanza de la ética pública se instrumentará como contenido específico de todos los niveles educativos...". De modo que la introducción del componente ético en el curso, sin perjuicio de responder a un juicio de conveniencia y oportunidad para mejorar las prácticas, tiene un mandato legal. La ley 25.188 se estructura en once capítulos. Me interesa citar aquí algunas disposiciones contenidas en el artículo 2 ubicado en el Capítulo II intitulado: Deberes y pautas de comportamiento ético. Allí se dice que: "Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno; b) Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana... d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculados a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven de ello; e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan".

En Nación, sin perjuicio de esta ley, existen los marcos normativos específicos de acuerdo a la especie de función pública que se desempeñe, los cuales prevén deberes, prohibiciones e incompatibilidades. En este sentido, respecto de los

magistrados encontramos la Acordada 17/12/1952 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estatuye el Reglamento para la Justicia Nacional, el decreto-ley 1258/58 que reorganiza esa Justicia y la ley 24.937 del Consejo de la Magistratura de Nación que en su artículo 14 contempla las faltas disciplinarias. Aquel Reglamento regula también la situación de los empleados y funcionarios judiciales. Asimismo, hay numerosas Acordadas de la Corte Suprema relativas a las conductas que deben observar jueces y agentes del Poder Judicial. Con relación a los empleados de la administración pública nacional encontramos la ley 25.164. También para aquella administración centralizada y descentralizada en cualquiera de sus formas existe el Código de Ética de la Función Pública aprobado por decreto 41/99 que consagra como principios generales la probidad, la prudencia, la templanza, la idoneidad y la responsabilidad; y como principios particulares la aptitud, la capacitación, la legalidad, la veracidad, la discreción, la transparencia, la equidad, la igualdad de trato, el ejercicio adecuado del cargo, el uso adecuado del tiempo de trabajo, de los bienes del estado, la obligación de denunciar, la dignidad y el decoro, el honor, la tolerancia, el equilibrio, entre otros.

La Provincia de Buenos Aires no tiene una norma equivalente común a todos sus funcionarios como la ley nacional 25.188. En relación a los funcionarios de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires dependientes del Poder Ejecutivo tenemos la ley 10.430 que estipula deberes, prohibiciones y su régimen disciplinario. Respecto a los jueces, integrantes del Ministerio Público y miembros del Tribunal de Cuentas, la ley 13.661 que regula su enjuiciamiento, prevé una serie de prohibiciones que nos demarcan su modo de conducta al censurar la realización de hechos o actividades incompatibles con la dignidad y austeridad que el cargo judicial impone, los actos de parcialidad manifiesta, ejercer el comercio o industria, contraer obligaciones con los litigantes o profesionales que actúen ante su juzgado, su intervención en política, el vicio del juego por dinero caracterizado por la frecuencia, etc. Los magistrados también son alcanzados por el Acuerdo n° 3354 SCBA que instaura el reglamento disciplinario para ellos y también para los agentes judiciales de planta permanente. Estos últimos tienen su Estatuto aprobado por el Acuerdo 2300 SCBA. A grandes rasgos las normas aludidas y numerosos Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires disponen las reglas a las cuáles deben sujetarse los integrantes del Poder Judicial, sean jueces o agentes.

Finalmente, los abogados a nivel nacional y de esta provincia tienen sus normas éticas. En Nación tienen su Código de Ética Profesional dictado en cumplimiento de la ley 23.187 y en la Provincia de Buenos Aires las normas de ética dictadas en cumplimiento de la ley 5177 y del decreto 5410/49.

El buen penalista... luego piensa...
(el componente epistémico del curso)

***I. El Programa de estudios de Derecho Penal I de la UNLP.
Su trastienda.***

El primer contacto con el Programa de Derecho Penal I de la UNLP me generó la misma impresión que todos los programas que tuve que transitar durante la carrera de grado. Una sumatoria finita de unidades, puntos, sub puntos, partes, títulos. Un aparente aglomerado de información. Ciertas lecturas, orientación docente, reflexión y tiempo me permitieron ver un programa original, sabio y elaborado. Más adelante un encuentro y un “hallazgo” me revelaron las sutilezas del genio que lo había elaborado.

Entiendo oportuno decir que la observación del Programa la venía efectuando en los últimos años desde la activa participación en la Cátedra de Derecho Penal y no desde la perspectiva del alumno que debe rendir su materia. El interés era otro. Mis comienzos en la participación del dictado del curso preevaluativo organizado por la abogada Alejandra Moretti (adjunta de la Cátedra III de Derecho Penal I de la UNLP), con las guías de estudio y de trabajo hechas por esa docente, me sugirieron las conexiones existentes entre dos textos de Ouviaña y el Programa de Estudios aprobado en 1977. Tales textos fueron “Problemática Criminal y Tratamiento Interdisciplinario”, publicado en 1974 en un libro homenaje al jurista José Peco, el cual fue la antesala del segundo escrito, una monografía docente fechada en 1980 que Ouviaña tituló “La Problemática Penal”.

El estudio de esas producciones y de otras del mismo autor a las que fui accediendo con el pasar de las cursadas me revelaron que por detrás de ellas no había un jurista más sino un intelectual que fomentaba el pensamiento de sus lectores y que les enseñaba a discurrir con corrección y agudeza. Se puede decir que sus textos detentan el estatus de instrumentos de apertura del pensamiento y no de clausura del pensar como acontece con un gran porcentaje de obras jurídicas con las que nos forman en las facultades de derecho. Aquellos exhiben reflexión, amplia formación, excelencia del pensamiento y compromiso pedagógico del escritor.

Con la lectura y relectura de la “Problemática Criminal y Tratamiento Interdisciplinario” pude dar - a partir de una de sus notas de pie de página - con un artículo del autor del cual no tenía noticia y que se intitula: “Consideraciones en Torno a la Ciencia del Derecho Penal”, publicado en 1968 en la Revista de

Derecho Penal y Criminología que dirigiera Luis Jiménez de Asúa. En un comienzo, lo busqué en diferentes lugares sin éxito. En la biblioteca del edificio donde funcionan los tribunales penales de La Plata encontré la colección de la revista pero, sin fortuna, al recorrer con el dedo índice los números verifiqué que faltaba el que incluía el artículo.

En un diálogo que tuve con un Ouviaña de 84 años y al cual accedí por primera vez en persona pudimos hablar de varios temas. Le pregunté si tenía recopilados sus textos. Me respondió que no y que el tiempo sería sabio al respecto. Hablando sobre el Programa me refirió que alguna vez tuvo la intención de escribir sobre sus razones, pero que tal propósito había quedado en el plano de las intenciones.

Inicié la tarea de recolectar en lo posible todos sus escritos. Volví a aquella biblioteca de los tribunales platenses con la esperanza de que aquel número de la Revista de Derecho Penal y Criminología reapareciera. Una bibliotecaria me atendió. El número no estaba pero esta vez pude obtener, en su lugar, una fotocopia de él.

Leí y releí “Consideraciones en torno a la Ciencia del Derecho Penal” y pude advertir, a mi modo de ver, que el Programa de Estudios seguía los caminos del modelo de investigación de la ciencia del derecho penal que Ouviaña proponía en ese anhelado artículo. Fue como un “hallazgo”, como una clave que el programa había estado insinuando todo este tiempo sin descifrarse. Una suerte de enigma (palabra que le gusta usar a Ouviaña) que tenía su respuesta en aquel texto, que en un comienzo parecía inhallable. Con este dato y con la “Problemática Penal” reconfirmé con más razones que el Programa de Derecho Penal I que elaboró hace décadas atrás este maestro, no era un simple conjunto de temas ordenados con algún criterio racional siguiendo el modelo de otros programas, sino un excelente artefacto epistemológico que a la vez que pide contenidos, nos enseña y que en el orden progresivo de sus bolillas reproduce en cierta escala el mismo orden que su modelo de investigación científica

El Programa dejó de ser un índice de temas para convertirse en un desempeño de comprensión. Un puente se tendió hacia el docente y hacia los alumnos. La trastienda del Programa nos ayudará a poder elaborar los objetivos del curso que serán expuestos al final de su fundamentación como síntesis.

II. Vinculaciones entre “La Problemática Penal” y el Programa

“La Problemática Penal” y su trabajo antecesor “Problemática Criminal y Tratamiento Interdisciplinario” cumplen un papel decisivo en la confección y comprensión del Programa. Éste último además de requerir los contenidos de la monografía, sigue en su armado las pautas epistémicas de esa erudita elaboración. Sin ir más lejos, la primera parte del Programa que se compone de tres unidades lleva el nombre de la monografía (Primera Parte: La Problemática Penal). Las bolillas son organizadas en series problemáticas como sugiere el texto. En su trabajo, Ouviaña definió a la “Problemática Penal” como el conjunto de problemas ordenados en torno a cuatro cuestiones rectoras: La Pena, El Delito, El Delincuente y la Víctima. Tuvo como propósitos expresos: evitar que el alumno reduzca esa problemática penal a una mera colección de datos jurídicos; que se distinguieran los problemas científicos de los no científicos, reseñando las pautas para el óptimo planteo de los últimos; su tratamiento interdisciplinario; y someter ambas clases de problemas y su tratamiento a la consideración integral (filosofía, historia, política, etc.). Con ello perseguía reducir los efectos perniciosos de dos obstáculos epistemológicos: (a) el positivismo criminológico - que se repite en la actualidad bajo otros rostros - que confundió los campos de acción de las diversas ciencias, que oscureció la formulación de los problemas y por ende sus respuestas; (b) el pseudodogmatismo del que nos ocuparemos más adelante en una apartado especial.

Podemos advertir que las vinculaciones entre el Programa y la Problemática Penal son múltiples:

1ero.) El Programa recepta el estudio de los 4 problemas rectores, de la siguiente manera:

• La Pena y las medidas de seguridad

Las *Bolillas I y II* contienen referencias a la pena desde una consideración filosófica efectuada por las escuelas penales y desde una consideración histórica, respectivamente.

La *Bolilla VI* establece una suerte de Parte General de la pena y de las medidas de seguridad. La pena es abordada desde una consideración teórica.

La *Bolilla VII* continúa con la Parte General de la Pena, pero desde una consideración dogmática.

La *Bolilla VIII* se ocupa de las especies de pena.

La *Bolilla IX* versa sobre la ejecución de las cuatro especies de pena.

La *Bolilla X* trata las especies de medidas de seguridad.

• **El Delito**

La *Bolilla I y II*, contienen referencias al delito desde una consideración filosófica efectuada por las escuelas penales y desde una consideración histórica, respectivamente.

La *Bolilla XI* es una unidad introductoria sobre la consideración teórica del hecho punible. Podríamos decir que en forma paralela a la Pena es una suerte de Parte General del estudio del delito que excede el análisis dogmático.

A continuación las bolillas estudian el tratamiento teórico-dogmático del delito:

La *Bolilla XII* se refiere a la tipicidad.

La *Bolilla XIII* se refiere a la acción.

La *Bolilla XIV* se refiere a la antijuricidad.

La *Bolilla XV* se refiere a la imputabilidad.

La *Bolilla XVI* se refiere a la culpabilidad.

La *Bolilla XVII* trata las formas ampliadas de adecuación típica: participación y tentativa.

La *Bolilla XVIII* se ocupa de los concursos.

• **El Delincuente**

La *Bolilla I y la II*, contienen referencias al delincuente desde una consideración filosófica efectuada por las escuelas penales y una consideración histórica, respectivamente.

La *Bolilla XIX* abarca al delincuente desde una consideración teórica y dogmática.

• **La Víctima**

La *Bolilla II* en su desarrollo hará referencias a la víctima dentro de la historia de la problemática penal.

La *Bolilla XIX* abarca a la víctima desde una consideración teórica y dogmática.

Antes de seguir con las vinculaciones, es justo remarcar que este programa tiene varias originalidades en cuanto a sus contenidos: anteponer el estudio de la pena al del delito; dar un tratamiento exhaustivo a la pena relegado, por lo general, en los programas a la sobrevaloración de la teoría del delito; ocuparse de

la víctima; mantener el estudio del delincuente. Sobre las bondades del Programa en estos aspectos y otros más hay dos trabajos fundamentales del profesor Ernesto E. Domenech que hacen referencia al tema¹³.

2do.) El Programa de estudios exige los contenidos de la monografía en las siguientes unidades:

- *Bolilla I, punto 1:* La Problemática Penal. Concepto. Formulación, tratamiento y consideración integral de sus problemas. Es decir, que el programa se inaugura con contenidos de la monografía.

- *Bolilla III: punto 9.1.* Niveles de conocimiento científico y tratamiento interdisciplinario.

3ero.) El Programa toma en cuenta para su organización, en forma recurrente, la última parte de la monografía intitulada “Consideración integral” (que como se vio es exigida como contenido inaugural). Esa consideración refiere al abordaje de la problemática penal desde distintos niveles de disciplinas (no sólo las ciencias sino también desde la filosofía, la historia y la política). Así aparece la consideración filosófica, la consideración política, la consideración histórica, la consideración científica, la consideración dogmática y la consideración teórica¹⁴. Por ej., la Bolilla I, en cuanto a su estructura, gira en torno a la *consideración filosófica* de tres problemas rectores de la Problemática Penal: La Pena, El Delito y El Delincuente. Y cómo las Escuelas Penales los han formulado y resuelto. También aparece la *consideración política* de la problemática penal a través del estudio del sentido instrumental del Derecho Penal, del examen de los modelos político-criminales, etc. En la Bolilla II se hace una aproximación a la

¹³ Domenech, Ernesto E., “Programas e ideas penales, el programa de 1906 en la UNLP”, publicado en Revista Intercambios N° 6. www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios. Domenech, Ernesto E. y colaboradores (Ana García Munitis e Inés Jaureguiberry), “Asignaturas Pendientes. Una aproximación de los programas de derecho penal”, publicado en Revista Intercambios, Nro. 11. www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios.

¹⁴ Según interpreto la palabra teoría detenta una relación género-especie con la filosofía, la política, etc., y también con la dogmática penal. En tanto la filosofía puede teorizar sobre el alma, el conocimiento, lo bueno y lo malo, sobre el Estado y el poder, sobre las normas (filosofía jurídica), sobre la pena, el delito, el delincuente y la víctima (consideración filosófica de la problemática penal), o la ciencia política sobre el carácter instrumental del derecho penal o del derecho en general, a partir de razonamientos que parten de proposiciones ideales o empíricas, por su parte, la dogmática-penal es una forma de teorizar específica de la ciencia del derecho que tiene su cimiento en el dato legal, el cuál es reconstruido. Concluyo entonces que cuando el Programa habla sólo de consideración teórica sin ningún aditamento puede hacer referencia unas veces a cuestiones de filosofía política, de filosofía moral, metafísicas, a teorizaciones hechas sobre derechos extranjeros o derogados, o de manera general, pero no a la consideración dogmática. Esta última, como diferencia específica, debe tener como soporte la ley positiva vigente. Y así entiendo que debe ser utilizada en el programa para evitar errores epistemológicos.

consideración histórica de la problemática penal que se subdivide en cuatro grandes grupos: La Problemática penal en la Edad Antigua; La Problemática penal de la Edad Media; La Problemática penal en la Edad Moderna; La Problemática Penal en la Edad Contemporánea. También se incluye la problemática penal en la Argentina; La Bolilla III se ocupa de la *consideración científica* de la problemática penal y de la *consideración dogmática* de esa problemática. La Bolilla IV a V de la *consideración dogmática de la ley penal*. La Bolilla VI exige el estudio de la *consideración teórica* de la pena. Las Bolillas VII a X versan sobre la *consideración dogmática* de la pena. La Bolilla XI se ocupa de la *consideración teórica* del hecho punible y el inicio de su *consideración dogmática*. Las Bolillas XII a XVII se ocupan de modo preponderante de la *consideración dogmática* del hecho punible. Por último, la Bolilla XIX aborda la *Consideración teórica y dogmática* del delincuente y de la víctima.

III. Vinculaciones entre “Consideraciones en torno a la Ciencia del Derecho Penal” y el Programa

El otro texto de Ouviaña que incluye contenidos del Programa de Estudios y que nos ayuda a comprender su estructura es “Consideraciones en torno a la Ciencia del Derecho Penal”¹⁵. Como se adelantó, el Programa está organizado en un sector importante de manera semejante al orden que sigue el paradigma de investigación científica que se propone en el artículo.

En este texto - que es un aporte fundamental para cimentar el componente epistémico del curso preevaluativo - el autor: (1) remarca que no debe confundirse derecho penal y ciencia del derecho penal; (2) refuerza que la ciencia del derecho penal elabora sus enunciados teóricos en concordancia con el dato que impone el legislador; (3) enseña que el objeto surge de la demarcación del dato hecha por el propio investigador al elaborar la definición de lo que es derecho penal; (4) indica que el criterio que utilice el investigador para definir el derecho penal marcará la extensión del contexto operatorio de la ciencia; (5) destaca que la ciencia del derecho penal tiene un aspecto dinámico constituido por la investigación científica que se maneja a través de una paradigma y un

¹⁵ Ouviaña, Guillermo J., “Consideraciones en Torno a la Ciencia del Derecho Penal”, publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología, primera época, dirigida por Luis Jiménez de Asúa, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1968, Año I°; N° 4, pág. 16/30.

aspecto estático - la doctrina como producto de la investigación- que es el conjunto de conocimientos racionales que integran un plexo de utilidad social y que presentan las notas de provisionales, sistemáticos, comunicables y abiertos; (6) señala que esos enunciados que integran la Doctrina están permanentemente expuestos a la impugnación por incoherencia del sistema o por la falsación.

En el artículo en examen, la ciencia del derecho penal es caracterizada como una actividad metódicamente encaminada (a través del método dogmático) hacia la reconstrucción ulterior. El paradigma epistémico que propone, en coherencia con esa caracterización, se compone de un número indefinido de niveles sucesivos e implicados. El autor los limitó a siete por una cuestión expositiva. En una dirección ascendente, cada nivel inferior, mediante el análisis del dato o de los enunciados que le son sometidos elabora una síntesis que será el punto de partida del análisis de próximo nivel (el inmediato superior), el cual elaborará en su estadio su propia síntesis y así sucesivamente. En una dirección descendente, cada nivel superior deberá estar contenido en el inmediato inferior hasta llegar al dato legal que está en la base del paradigma y en el cual debe sustentarse la ciencia del derecho penal. Por lo cual todos los niveles procurarán estar implicados entre sí, en forma coherente y siempre con sustento último en el ordenamiento jurídico: punto de partida y criterio de falsación de las teorías, mediante el confornte. Veámoslo de manera más concreta:

El **nivel 0** estará compuesto por la totalidad de las normas que integran el sistema legal argentino. El conjunto de normas es el dato que impone el legislador.

En el **nivel 1** el investigador deberá seleccionar qué normas del sistema integran el derecho penal. En este estadio, por lo tanto, se inicia la actividad del teórico que demarcará el dato con una decisión suya: la elaboración de la definición. Con ella construye, en cierta medida, el objeto de conocimiento. La connotación será la síntesis con la que proseguirá el nivel superior.

En el **nivel 2** con las normas de la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de igual jerarquía el investigador elaborará los enunciados generales con los que someterá a las reglas jurídico-penales (seleccionadas con los criterios del Nivel 1) a un juicio de validez. Los enunciados relativos a la *fente de producción* y *fente de conocimiento* controlarán, aquí, que los futuros enunciados teóricos no se elaboren sobre aparentes normas penales, como

puede serlo un decreto del Poder Ejecutivo que estipule incriminaciones, el cual será invalidado por el Art. 75 inc. 12 CN.

En el **nivel 3** se confeccionan los enunciados que reglan el ámbito de aplicación de las reglas jurídicos-penales en cuanto a la dimensión temporal, espacial y personal (fueros funcionales). Pautas teóricas como: “irretroactividad relativa”, “principio territorial”, “inmunidad parlamentaria” son elaboradas con las normas jurídicas del nivel 0, seleccionadas en el nivel 1 y que han superado el juicio de validez del nivel 2.

El **nivel 4** es aquel en el que se inicia la elaboración de las Teorías de la Pena, del Delito, del Delincuente y de la Víctima. Las reglas jurídico-penales pertinentes se agruparán según su atingencia en función de cada una de aquellas teorías, las cuales confeccionarán sobre esas normas (en principio¹⁶) sus propios enunciados.

Las distintas teorías deberán estar, a su vez, en una relación armónica. Por lo general, las teorías que tienen más desarrollo son la teoría del delito, ante todo, y después la teoría de la pena. En este estadio, por ejemplo, se construye la definición dogmática de delito como acción, típica, antijurídica y culpable. Esta definición es una proposición general que se infiere del análisis de varias proposiciones particulares. Que el delito es acción, vg., se desprende de una observación de las figuras delictivas en las que se puede advertir que todas ellas reprimen acciones u omisiones. Asimismo, de la interpretación de los Art. 18 y 19 CN se extrae que ellos garantizan que la ley penal no podrá reprimir otra cosa que acciones (nivel 2).

En el **nivel 5** se elaboran los enunciados que resultan del empleo de categorías analíticas, como son los que tienen relación con los elementos integrantes de las definiciones, ya sea del delito, de la pena, del delincuente o de la víctima. En consecuencia, en este nivel se ubicarán los enunciados, vg., relativos a la culpabilidad.

En el **nivel 6** se elaboran enunciados teóricos que resultan de someter a un progresivo análisis el o los elementos considerados en el nivel inferior. Por ejemplo, aquí se configuran las pautas teóricas que definen al dolo como forma de culpabilidad (según alguna teoría del delito) o como tipo subjetivo del delito

¹⁶ Digo en principio porque, por ejemplo, con relación a la temática de la acción como elemento de la teoría del delito se filtran netamente aquí consideraciones de tipo filosóficas para pretender explicar y sustentar ciertos enunciados.

doloso de comisión (en una estructura de corte finalista), así como las causas que los excluyen.

En el **nivel 7**, se somete otra vez a análisis los sub-elementos del nivel inferior y se consideran enunciados como los que definen los elementos intelectuales del dolo.

A grandes rasgos, este es el paradigma que propone Ouviaña en su artículo.

Ahora bien si lo cotejamos con el Programa podremos constatar que el orden del programa lo respeta en gran medida. El siguiente cuadro lo demuestra:

Paradigma de la Ciencia del Derecho Penal	Programa de Estudios de Derecho Penal I
Nivel 0	La totalidad del ordenamiento jurídico.
Nivel 1	<i>Bolilla III:</i> Puntos 10 y 11. Abarcan la Ciencia del Derecho Penal: dato, objeto, método y paradigma, la descripción, distinción y caracteres del Derecho penal. Su definición, su vinculación con otras disciplinas jurídicas que constituyen su horizonte significante, etc.
Nivel 2	<i>Bolilla IV:</i> Fuentes de Producción y de Conocimiento. Reglas constitucionales.
Nivel 3	<i>Bolilla V:</i> Reglas de aplicación. Ámbito especial, temporal, personal, etc.
Nivel 4	<i>Bolilla VI:</i> comienzo de la teoría de la pena. <i>Bolilla XI:</i> comienzo de la teoría del delito. <i>Bolilla XIX,</i> primera parte: comienzo de la teoría del delincuente. <i>Bolilla XIX,</i> segunda parte: comienzo de la teoría de la víctima.
Nivel 5 y sucesivos.	<i>Bolillas VII y siguientes:</i> desarrollo de la dogmática de la pena. <i>Bolillas XII y siguientes:</i> desarrollo de la dogmática del delito. <i>Bolilla XIX:</i> desarrollo de la dogmática de la víctima y el delincuente.

Se observa, entonces, en el cuadro la íntima la relación entre la construcción del Programa y los niveles del quehacer de la investigación científica del Derecho Penal.

Se agrupó a las bolillas relativas al desarrollo de las teorías (Pena, Delito, Delincuente, Víctima) como “Nivel 5 y sucesivos”, debido a que, como se lo adelantara, los niveles en los que se proyectan estas teorías son indefinidos y su representación en el cuadro sería harto difícil, con el resultado de complejizar las ideas más que esclarecerlas. Piénsese, vg., que dentro de la Teoría de la Pena si

tomásemos el enunciado dogmático de la “judicialidad de la pena”, su análisis mostraría diversos tópicos que lo integran. Uno de ellos sería el ejercicio de las acciones. Segmento que exigiría su análisis y definición. En un nivel superior se analizarían las clases de acciones y sus propiedades. Y así, sucesivamente.

Frente a la complejidad de las teorías, el Dr. Ouviaña con muy buen tino, reflexiona en “Consideraciones en torno a la Ciencia del Derecho Penal” que si la validez científica de aquellas dependiera de su verificación el científico se encontraría muy demorado puesto que tendría que someter la pauta teórica a la convalidación de infinitud de normas jurídicas en múltiples combinaciones. Por el contrario, el criterio de la falsación nos permitirá impugnar los enunciados de los teóricos.

IV. Cuadro integral de vinculación de ambos textos con el Programa.

Programa de Estudios de Derecho Penal I	Paradigma de la Ciencia del Derecho Penal	La Problemática Penal
Bolilla I		Consideración integral. Consideración Filosófica. Consideración Política.
Bolilla II		Consideración histórica.
Bolilla III Puntos 10 y 11.	NIVEL 1. La Ciencia del Derecho Penal: dato, objeto, método y paradigma, la descripción, distinción y caracteres del Derecho penal. Su definición, su vinculación con otras disciplinas jurídicas que constituyen su horizonte significante, etc.	Consideración científica (tratamiento interdisciplinario) Consideración dogmática.
Bolilla IV	NIVEL 2. Fuentes de Producción y de Conocimiento. Reglas constitucionales.	Consideración dogmática.
Bolilla V	NIVEL 3. Reglas de aplicación. Ámbito especial, temporal, personal, etc.	Consideración dogmática.
Bolilla VI	NIVEL 4. Comienzo de la teoría de la pena.	Consideración teórica.
Bolillas VII a X	NIVEL 5 y sucesivos (6,7...) de la teoría de la pena.	Consideración dogmática.
Bolilla XI	NIVEL 4. Comienzo de la teoría del delito.	Consideración teórica.
Bolillas XII a XVIII	NIVEL 5 y sucesivos (6,7...) de la teoría del delito.	Consideración dogmática.
Bolilla XIX	NIVEL 4. Comienzo de las teorías del delincuente y de la víctima. NIVEL 5 y sucesivos (6,7...) de esas teorías.	Consideración teórica y dogmática.

V. La definición del Derecho Penal (Nivel 1)

He tenido como percepción en las cursadas del preevaluativo que los alumnos no identifican con nitidez a partir de las definiciones usuales del derecho penal cuál es la parcela o clase de reglas jurídicas del ordenamiento de la que se ocupa la ciencia del derecho penal y dentro de esa parcela, qué sub clase de preceptos jurídicos se abordan en Derecho Penal I.

De este modo, las definiciones pueden convertirse en un conocimiento inerte, en una mera repetición al mejor estilo de Funes el memorioso, en lugar de ser una guía constante de comprensión y orientación en los estudios del alumno. La labor de la pedagogía estará en fomentar su utilidad.

Aquella falta de claridad acerca del objeto de la ciencia del derecho penal y de qué se estudia en Derecho Penal I es uno de los factores por los que el estudiante también confunde el derecho penal con la ciencia del derecho penal. Algo que parece tan sencillo como el dato legal, por un lado, y la investigación científica que se vale de aquel, por el otro, no lo es. Tan es así que no es infrecuente que los estudiantes, pasados los años, recuerden a la materia Derecho Penal I, cual reduccionismo, como sinónimo de Teoría del Delito. Consecuencia de una defectuosa tradición de cómo se enseña la materia.

En la investigación científica, si bien el dato viene dado o lo pone el legislador, definir qué es derecho penal, es una hipótesis de trabajo que depende - como se dijo antes - del investigador.

Definir, recordemos, nos ubica en el Nivel 1 del paradigma. Si tuviésemos que ensayar una definición que persiguiese como finalidad última la cabal comprensión por los alumnos de cuál es el objeto de la ciencia del derecho penal consideraríamos conjuntamente con el dato jurídico, la guía que nos ofrecen: algunas definiciones ya elaboradas por los doctrinarios, los contenidos e índices de sus libros, el Programa de estudio de la materia, las codificaciones existentes (Art. 75 inciso 12 CN) que son orientativos pero no definitivos para el observador, por referir algunas posibilidades. Esos recorridos se harían con el afán de procurar encontrar qué notas distintivas presentan las reglas jurídicas abordadas por la ciencia del derecho penal para saber cuál es el material normativo en el que opera, a diferencia de otras reglas del sistema legal en que fundan su saber otras ramas de la ciencia del derecho, como la civil, la comercial, etc.

Aquí es preciso ponderar que el “derecho penal sustantivo” - que es el que nos interesa - por oposición “al derecho penal adjetivo o formal” que se ocupa del proceso, es dividido en varias Universidades, entre las que se cuenta nuestra casa de estudios, en Derecho Penal I y Derecho Penal II. Por consiguiente, será útil delimitar - para los alumnos - cuál es el dato normativo específico de Derecho Penal I.

Se precisará de una definición que permita al alumno representarse que el derecho penal sustantivo se integra principalmente por la siguiente parcela del ordenamiento jurídico:

- Normas consistentes en figuras delictivas amenazadas con penas. Esto es, preceptos jurídicos conminados con sanciones que revisten carácter retributivo, que se encuentran en el Libro Segundo del Código Penal, en Leyes Complementarias y Especiales o diseminados por el orden jurídico.
- Las reglas jurídicas de fondo que condicionan la aplicación de las figuras delictivas y de las penas, que se encuentran en el Libro Primero del Código Penal; también en el Libro Segundo, p. ej., las excusas absolutorias en los delitos contra la propiedad; en Leyes Especiales como una suerte de Parte General respecto de las figuras delictivas y penas allí previstas (p.ej., ley 23.737); en las leyes de ejecución penal - nacional y provinciales -; en la ley de cooperación internacional en materia penal, etc.
- Las reglas del Código Penal y del resto del ordenamiento jurídico que ante la infracción de un deber o mandato contenido en una figura delictiva prevén, en determinados supuestos, la aplicación de medidas de seguridad.
- Reglas del sistema jurídico pertenecientes a otras ramas del derecho con las que se integrarán los preceptos penales. Así, palabras que componen las figuras delictivas o reglas del Libro Primero del Código y que están definidas en el Código Civil u otra ley; o la remisión que hace el Código Penal al ejercicio legítimo de un derecho, como causa de justificación. Lo que evidencia el carácter unitario del sistema jurídico argentino.
- Finalmente, las reglas jurídicas de la Constitución Nacional y de los Pactos Internacionales con igual jerarquía que condicionan la aplicación de todas las reglas enunciadas en los puntos anteriores.

Según la organización académica de nuestra Universidad, en la materia Derecho Penal I se estudiarán aquellas normas de fondo que condicionan la

aplicación de las figuras delictivas conminadas con penas y en Derecho Penal II, las figuras delictivas.

Habiendo arribado a este punto, y antes de propiciar una definición para el curso, habrá que analizar si algunas definiciones clásicas del Derecho Penal permiten al alumno acceder, desde un punto de vista pedagógico, a la parcela de datos legales antes mencionados que estudia la ciencia del derecho penal. Tomaré como referencia la definición que da Sebastián Soler del derecho penal: “la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva”¹⁷.

Su lectura ha tenido el efecto en muchos alumnos de limitar la concepción del derecho penal al conjunto de figuras delictivas conminadas con penas y, en consecuencia, no verse reflejado en esa definición todo el vasto grupo de reglas jurídicas que integran Derecho Penal I y que condicionan la aplicación de los delitos con sus penas. Aclara Soler en nota al pie que en su definición se emplea el concepto de norma en su sentido formal y no como precepto jurídico gramaticalmente autónomo. El autor remite al lector a otra parte su obra. Estas referencias, a mi modo de ver, si bien explican que la norma se integra con varios dispositivos legales vinculados, no son desde mi punto de vista suficientemente claras para un alumno de segundo año de la carrera que quizá estudió diversas concepciones de la norma jurídica en la materia Introducción al Derecho sin ver aplicado como aquellas se identifican en una rama específica del saber jurídico.

Habrá que recurrir directamente a las enseñanzas de Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho* acerca de las normas genuinas cuyo contenido es un acto coercitivo y de las normas “no independientes” que integran las primeras o son partes de ellas. O si se quiere son el antecedente de las genuinas. Por lo tanto, la norma completa siguiendo a Kelsen abarcaría a las normas dotadas de sanción retributiva y a aquellas no independientes que las condicionan.

Según el autor “contra la definición del derecho como orden coactivo, esto es, contra la inclusión del momento de coacción en el concepto de derecho, se hará valer que los órdenes jurídicos históricamente dados contienen de hecho normas que no estatuyen ningún acto coactivo, normas que permiten cierta conducta, o facultan; y también que ordenan cierta conducta, sin enlazar a la conducta contraria, como condición, un acto coactivo como consecuencia... La definición

¹⁷ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial TEA, Buenos Aires, 1999, pág. 3.

del derecho como orden coactivo puede también sustentarse... en cuanto tales normas son normas no independientes que se encuentran en unión esencial con normas que estatuyen actos coactivos”¹⁸

Si quisiéramos ensayar un parcial esbozo de lo que es una norma completa para ilustrarla desde nuestra materia podríamos decir que la norma independiente y auténtica contenida en el artículo 79 Código Penal y que dispone que se “aplicará pena de prisión o reclusión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro” podrá ser aplicada a un caso concreto siempre que la ley que la prevé haya sido sancionada por el Congreso de la Nación de acuerdo al procedimiento establecido por la Constitución Nacional y por los representantes del cuerpo legislativo elegidos por el voto popular; promulgada por el Presidente de la Nación también elegido por el sufragio, publicada en el boletín oficial; siempre que el hecho haya sido cometido o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación o en los lugares sometidos a su jurisdicción; que la ley que establece la norma coercitiva sea anterior al hecho del proceso o, en su caso, la posterior si es más benigna; que no concurra en el momento del hecho una insuficiencia de las facultades, una alteración morbosa o un estado de inconsciencia, o un error o ignorancia no imputables al autor que le impidan comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones; siempre que no obrare violentado por fuerza física irresistible, amenazas de sufrir un mal grave e inminente o que no actuare en el cumplimiento del deber, en legítima defensa; que la acción penal no se haya extinguido por prescripción, amnistía, muerte del imputado, etc.; que se haya realizado el juicio previo que manda la Constitución en el que se respeten las garantías procesales; que la pena a imponer sea graduada de acuerdo a los atenuantes y agravados previstos, que la pena no sea cruel, etc.

En este ejemplo parcial de norma completa se ha hecho hincapié en algunas normas condicionantes que se estudian en Derecho Penal I y he dejado de lado varias reglas de jerarquía superior e inferior relativas a la designación de magistrados, su competencia material, territorial, temporal, etc., que se estudian en la materia Derecho Procesal.

Hechas estas observaciones propongo para la enseñanza del curso definir al derecho penal como el conjunto de preceptos jurídicos que prevén delitos amenazados con sanciones retributivas (Derecho Penal II), así como las reglas

¹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, pág. 63 a 64.

jurídicas de fondo que condicionan su aplicación, estableciendo estas últimas, para determinados casos previstos, la imposición de medidas de seguridad en lugar de una pena (Derecho Penal I).

En esta línea, considero pertinente la definición que Carlos Creus nos brinda del derecho penal: “el derecho penal es el conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituya, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas”¹⁹.

Desde el punto de vista epistemológico estas definiciones permiten al alumno visualizar con mayor nitidez el dato legal objeto de estudio y evitan confundir derecho penal y ciencia del derecho penal, lo cual sucede muy a menudo al utilizarse la locución derecho penal para designar en forma indistinta a ambas entidades. Lo que no es correcto.

VI. El nivel 2 del paradigma.

Expuesta la definición del derecho penal que nos sirve de guía para visualizar y delimitar la parcela de normas jurídico-penales, llegamos mediante esa síntesis al nivel n°2 que reviste gran trascendencia pues en él se elaboran los enunciados teóricos referentes a las fuentes de producción y de conocimiento (Bolilla IV del Programa) del derecho penal.

En este nivel se confeccionan, sobre las normas penales de la Constitución Nacional o de jerarquía constitucional, los enunciados que harán de contexto operatorio de los sucesivos niveles del paradigma, los cuales se compondrán, a menudo, de reglas jurídicas de jerarquía inferior.

Conjuntamente con las normas constitucionales atinentes a las fuentes de producción y conocimiento, habrá otras referidas, p.ej., a la pena, a su judicialidad, a la imprescriptibilidad de ciertos delitos, a la obligación del Estado de incriminar determinadas conductas.

Es válido afirmar que el resto de las elaboraciones ulteriores de la ciencia del derecho (niveles del paradigma) deberán tender a que el derecho penal sea estructurado como un derecho constitucional reglamentado. Por consiguiente, los ámbitos de aplicación de la ley penal (espacio, tiempo y persona) y las teorías del

¹⁹ Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Astrea, 2010, Buenos Aires, págs. 3 a 4.

delito, de la pena, del delincuente y de la víctima deben perseguir la armonización con los principios, derechos y garantías receptados en la Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con igual jerarquía, que han incorporado un gran caudal de reglas al sistema jurídico como así también preámbulos que postulan líneas filosóficas de claro corte liberal.

A este nivel n° 2 corresponde la fórmula latina “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*”, artefacto cultural caro a la historia de la humanidad que ha sido la cristalización teórico-jurídica del progreso en materia penal. Por consiguiente, este nivel tiene una enorme carga histórica y política. Tras de sí están las conquistas del iluminismo, los límites al ejercicio del poder que trazó Beccaria allá en el siglo XVIII, los avances en la protección de las libertades del ciudadano y de otros bienes del hombre como el honor, la propiedad y su integridad psicofísica. La experiencia del terror, el miedo y la sangre han sido su negación.

Esa fórmula y un modelo político-criminal liberal (entendida la política-criminal como el modo en que un Estado se comporta con relación a la prevención y represión del delito) van estrechamente unidos de la mano. En su artículo intitulado “Nullum crimen...” Guillermo Oviña ensayó una brillante reformulación dogmática de la fórmula latina que cimentó en el análisis sistemático de las normas constitucionales atinentes. Así Oviña elaboró como enunciado el siguiente: “Está permitido hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por el Estado mediante una ley que con anterioridad al hecho cometido describa típicamente las conductas delictivas y especifique sus respectivas sanciones”²⁰. A esta reformulación dogmática le precedieron diversas consideraciones por el autor de tipo histórico, filosófico y psicosocial, inevitables para la comprensión de su fundamentación ideológica y su meta política. Y le sucedieron, cual análisis de aquel enunciado, el estudio de las diversas reglas que lo integran con demostración de su anclaje legal a la vez que sus fundamentos históricos y teóricos específicos de cada una de ellas. Las reglas que abordó fueron la de reserva, la de monopolio estatal, la de legalidad, la de irretroactividad relativa, la de descripción típica y la de sanción cierta.

El texto de Oviña hace doctrina sobre el tema y siendo esta última “un saber provisional, comunicable, susceptible de explicitación y abierto a toda modificación que enriquezca la cantidad de conocimientos, aumente el grado de

²⁰ Oviña, Guillermo J., “NULLUM CRIMEN...”, página 553.

precisión o favorezca el desarrollo de investigaciones”²¹, a mi modo de ver, la exposición de Luigio Ferrajoli del modelo político-criminal liberal en su obra *Derecho y Razón* puede complementar y perfeccionar el trabajo de Ouviaña, debiendo los alumnos con la orientación del profesor tomar aquellos enunciados teóricos de Ferrajoli que tengan sustento legal y que armonicen con el sistema de derecho y garantías previstos en nuestra ley suprema. Con esta propuesta aquellas reglas desarrolladas por Ouviaña podrán ser complementadas con la regla de represión de hechos, la de exterioridad, la de lesividad, la de culpabilidad y la de necesidad, las cuales si bien están insinuadas o mencionadas por Ouviaña en su artículo, en Ferrajoli reciben mayor precisión e independencia conceptual.

Bajo el prisma de los enunciados de este nivel el alumno podrá apreciar que leyes argentinas como la ley de residencia, las leyes de represión contra el comunismo y sin ir más lejos las aparentes “leyes” de los gobiernos de facto, por citar algunos ejemplos, han hecho sucumbir (en infracción del “nullum crimen...” y de otras garantías constitucionales) los bienes jurídicos fundamentales del individuo: la libertad, el honor, la propiedad y la integridad personal de muchos nacionales y extranjeros que habitaron y habitan este país. Actuación estatal de acuerdo a modelos político-criminales autoritarios.

Los enunciados dogmáticos del nivel 2 además de cumplir la función de garantizar la exclusión de toda norma inválida e incorporación de toda norma válida, contienen, a su turno, los valores o axiología que harán las veces de la teleología última de la ciencia de derecho. El armado de esos enunciados se ha complejizado con la incorporación de los Pactos del Art. 75 inc. 22.

Como nota distintiva de este nivel podemos decir también que al operar con normas constitucionales o de igual jerarquía no solo condiciona la aplicación e interpretación del derecho penal, sino que también condiciona a los legisladores en su trabajo específico de sancionar leyes. En este sentido, el legislador sólo podrá estipular delitos mediante una ley en sentido formal que prohíba acciones futuras que se manifiesten en el mundo exterior; que lesionen un bien jurídico; que sean imputables a quien las realiza tanto objetiva como subjetivamente; que deberán ser descritas de manera precisa recurriendo a un lenguaje susceptible de ser verificado empíricamente y evitando, en la medida de lo posible, la polisemia como también las imprecisiones y los términos valorativos, en aras de

²¹ Ouviaña, Guillermo J, “Consideraciones en torno a la ciencia del derecho penal”, pág. 25.

no menoscabar arbitrariamente la libertad de los individuos. Como consecuencia del delito, el legislador estipulará una pena que deberá ser cierta. En orden a la sanción deberá evitar que sea cruel, inhumana, degradante, confiscatoria, que sea proporcional a la lesión, junto a otras garantías.

VII. La Ciencia del Derecho. Sus modos de proceder

Tanto en el nivel 1 como en los sucesivos, la ciencia del derecho no se ha limitado a efectuar tareas consistentes en operaciones como la descripción y el aislamiento, la comparación, jerarquización y agrupamiento de datos legales para inducir principios generales o criterios sistemáticos o distributivos, y finalmente utilizar la deducción para verificar la exactitud de los principios alcanzados²². Lo que también ha hecho y hace con frecuencia es recurrir a teorías que provienen de disciplinas meta-jurídicas, sobre todo de la filosofía, para explicar y dar sentido a cierto grupo de preceptos agrupados por un criterio determinado, o de la sociología para sustentar ciertas interpretaciones. Esta forma de operar de la ciencia jurídica-penal se ve con nitidez en la teoría del delito y de la pena (nivel ° 4). La teoría casualista, la finalista, social o funcionalista de la acción son una evidencia de esta afirmación. Se apela a ellas para interpretar un grupo de preceptos jurídicos que tendrán inevitablemente repercusión sobre otros, entrelazándose datos meta-jurídicos con jurídicos en la elaboración del sistema jurídico. En la teoría de la pena se puede advertir cómo las teorías sobre los fundamentos o fines de la pena impactan según los autores en la interpretación del dato legal. Otro procedimiento utilizado por los teóricos es introducir, en diversa medida o con diversos criterios (no siempre conscientes), datos del orden del ser en el análisis del deber ser, es decir, dentro del orden de lo normativo. Una de las manifestaciones de esta posición es el sociologismo jurídico. Los errores epistemológicos en que se ha incurrido y que se incurre en la producción de la ciencia del derecho derivan a veces desde el mismo planteamiento consciente de una ciencia del derecho que introduce en el objeto de estudio otros datos que exceden la ley positiva. En otras ocasiones, aún reconociéndose como objeto el dato legal, se utilizan las teorías de manera indiscriminada confundiendo teorías valorativas con teorías descriptivas violándose la ley

²² Soler, Sebastián, *op. cit.*, Tomo I, pág. 38.

lógica de Hume²³.

Estas diversas formas de proceder de la ciencia del derecho suelen interactuar en las construcciones de los juristas. Así, por ejemplo, mediante el procedimiento de la descripción, aislamiento y comparación de las figuras delictivas del Libro Segundo del Código Penal e inducción de principios y criterios distributivos podremos concluir que hay figuras comisivas y omisivas, culposas y dolosas, figuras de resultado, de peligro concreto y de peligro abstracto. Ahora bien, sobre estos agrupamientos operaran diversos análisis en los que interviene la ciencia del derecho a través de la elaboración de teorías. En este sentido, en la estructuración de la teoría del delito se introducen consideraciones meta-jurídicas (como la de la acción causal o final) que conjuntamente con la interpretación de normas de la Parte General (lo cual supone una cantidad de relaciones hechas por el intérprete) provoca, p.ej., que aquella clasificación de delitos culposos y dolosos sea abordada como formas de culpabilidad (modelo originario de la teoría del delito) o como estructuras típicas (modelo propiciado por el finalismo).

Si bien en la utilización de teorías, así como en las consideraciones relativas al “ser” incorporadas en el estudio del “deber ser”, es evidente la intervención de la mano del jurista, también debe predicarse lo mismo respecto de la tarea de descripción y reconstrucción del ordenamiento jurídico (modelo de ciencia del legislador racional) que, por lo general, ha sido tenida como una actividad

²³ En este ápice es tajante Luigi Ferrajoli. Al tratar de la axiología del derecho penal y ocuparse de la pena, enseña que: “... las tesis axiológicas y los discursos filosóficos acerca del fin que justifica... la pena o más en general el derecho penal no son teorías en el sentido empírico o asertivo comúnmente asociado a esta expresión. Son *doctrinas normativas* -... o modelos normativos de valoración o justificación- formuladas o rechazadas por referencia a valores. A la inversa son teorías descriptivas... en la medida en que consisten en aserciones empíricas verificables y falsables, sólo las explicaciones de las funciones de la pena ofrecidas por las historiografía y la sociología de las instituciones penales, así como las de sus motivaciones jurídicas formuladas por la ciencia del derecho positivo. Doctrinas normativas del fin y teorías explicativas de la función o de la motivación son por consiguiente asimétricas entre sí, ya sea en el plano *semántico*, por el distinto significado de “fin”, “función” y “motivación”; en el plano *pragmático*, por las finalidades puramente directivas de las primeras y descriptivas (de hechos) de las segundas y (de normas) de las terceras; o en el plano *sintático*, porque las unas no son derivables de las otras. Llamaré “ideologías” tanto a las doctrinas como a las teorías que incurrir en la confusión entre modelos de justificación y esquemas de explicación. “Ideología”... es en efecto toda tesis o conjunto de tesis que confunde el “deber ser” y el “ser” (o las proposiciones normativas y las proposiciones asertivas), contraviniendo de este modo el principio meta-lógico conocido como “ley de Hume”, según el cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa... llamaré *ideologías naturalistas o realistas* a las ideologías que asumen las explicaciones empíricas (también) como justificaciones axiológicas, incurriendo así en la *falacia naturalista* de la derivación del deber ser a partir del ser; e *ideologías normativistas o idealistas* a las que asumen las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas, incurriendo así en la *falacia normativista* de la derivación del ser a partir del deber ser (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 323).

aséptica. Es así que al examinarse las normas, compararlas, agruparlas, etc., el jurista se encontrará en ese faena con las polisemias, las imprecisiones, las incoherencias, que deberá resolver a cada paso tomando decisiones, para lo cual recurrirá a análisis gramaticales, a reglas lógicas, a reglas establecidas por el mismo orden jurídico o elaboradas por la ciencia del derecho.

Por lo dicho, así como a las sentencias judiciales se exige que sean una derivación razonada de los hechos y el derecho, la ciencia del derecho debe ser una derivación razonada y explicitada del dato legal. Y así como las sentencias pueden ser impugnadas, lo mismo las conclusiones de los juristas. La tarea de construcción de la doctrina debiera ser como los procesos judiciales: públicos y en los que el veredicto y sentencia sean el producto del amplio debate. En el caso de la ciencia del derecho se debatirían los conceptos, los juicios y los raciocinios.

Como dijo Copi en el prefacio de su *Introducción a la lógica* “Las instituciones democráticas son atacadas hoy desde todos los flancos. La mejor manera de defenderlas es hacerlas funcionar. Y esto sólo se logra si cada ciudadano piensa por sí mismo, si discute los problemas libremente con sus semejantes, si delibera, si evalúa los elementos de juicio y reconoce que, con un poco de esfuerzo, podemos establecer la diferencia entre buenos y malos razonamientos. Si queremos goberarnos bien y de manera responsable, debemos ser razonables”²⁴.

En forma provisional podemos decir que en el curso preevaluativo:

1. Se hará hincapié en el dato legal como objeto central de la ciencia del derecho.

2. Se destacará el carácter falible y falsable de las construcciones de los juristas a fin de que los alumnos no las asuman como arquitecturas indiscutibles que les bloqueé su capacidad de pensar, disentir, dialogar y construir.

3. Las teorías deberán respetar el dato legal y ser desechadas en la medida que no sean toleradas por aquel o que supongan forzarlo o que introduzcan incoherencias tanto lógicas, como en la axiología que ofrece el sistema jurídico. Particular atención requerirá aquel proceder por el que se filtran teorías foráneas que no tienen asidero legal.

4. En toda referencia al “ser” - abordado por diferentes ciencias y disciplinas - y que tenga vinculación con el derecho penal se seguirá el modelo epistemológico

²⁴ Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2008, pág. 8.

propiciado por Guillermo Ouviaña en “La Problemática Penal”.

5. Se propondrá a los alumnos un método (perfectible) para formular los problemas jurídico-penales (y no legales atingentes) en forma correcta.

6. Se exhibirá a los alumnos una estrategia para solucionar los problemas de las palabras de la ley y sus relaciones (interpretación).

7. En el estudio de la teoría del delito y la teoría de la pena, destinados, en último término, a la resolución óptima de casos reales, se deberán mostrar las estrechas vinculaciones con los niveles 2 (enunciados penales elaborados sobre la Constitución Nacional) y 3 (enunciados relativos a los ámbitos de validez de la ley penal).

Hasta aquí se vino estudiando cómo se estructura el programa de Derecho Penal; su antesala epistemológica constituido por los textos reseñados; el paradigma de la ciencia del derecho (con ciertas modulaciones); cuáles son los niveles que lo integran; las vinculaciones de los contenidos del Programa de Estudios de la materia con cada nivel; hemos propuesto una definición de derecho penal para delimitar el objeto de conocimiento; mostramos la importancia del nivel n° 2 y las relaciones de implicancia de los diferentes niveles; como también hemos indicado los modos de hacer ciencia del derecho penal.

En los siguientes capítulos nos interesa mostrar una serie de pautas epistémicas que permitan al alumno desenvolverse por el paradigma, detectar problemas, formularlos correctamente y mostrar caminos posibles de resolución que les serán útiles para el ejercicio profesional.

VIII. Los problemas de los lenguajes y sistemas jurídicos. Su identificación y óptima formulación.

“... El Código Penal, como lo saben bien los profesores, es un catálogo discontinuo de ilicitudes. Y en esas descripciones aparecen las palabras. Los abogados tenemos la costumbre de vivir en las palabras...”²⁵

El objeto de estudio de la materia Derecho Penal I es ante todo la Constitución Nacional, los Pactos Internacionales del Art. 75 inciso 22 CN, el Código Penal, la

²⁵ Discurso del Dr. Guillermo Ouviaña en ocasión de la presentación de su libro homenaje, 30/08/2010, Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

ley de Ejecución y demás leyes previstas en el programa. Las palabras de esas leyes con las que convive el penalista y los estudiantes de derecho (ya sean consideradas las palabras en forma aislada, ya sean las relaciones de las palabras entre sí o también la relación de conjuntos de palabras que integran una regla jurídica con otro conjunto de palabras que integran otra u otras reglas jurídicas) ofrecen un sinnúmero de dificultades que deberá solucionar el jurista, mediante una decisión, en función de un interés que puede ser diverso: sistematizar un cuerpo normativo existente, defender un caso, acusar, juzgar, escribir un dictamen y hasta sancionar una nueva legislación. Ofrecer soluciones a estos problemas es una de los cometidos que le corresponde al abogado, en lo que deberá entrenarse al alumno.

Como paso anterior a que procure desarrollar un plan para resolver las dificultades que le ofrecen las palabras y sus relaciones, debe el alumno poder detectar y delimitar qué tipo de problema de las palabras y sus relaciones existen. Cuestión que ha sido trabajada en la materia Epistemología de esta Especialización. Para este fin, la filosofía analítica del lenguaje ha suministrado criterios que nos servirán para poder encasillar los problemas y organizarlos para su posterior ataque.

Las enseñanzas de Santiago C. Nino en su *Introducción al análisis del Derecho* será el material utilizado para estudiar “los problemas de los lenguajes jurídicos”. Sabido es que el legislador construye las leyes con palabras de los lenguajes naturales y, por añadidura, incorpora también al sistema legal los defectos de estos últimos, sin perjuicio de las connotaciones específicas que reciben ciertas palabras legales dentro del propio ordenamiento jurídico en aras de un pretendido lenguaje sin fisuras. Esos problemas están constituidos por los casos de ambigüedad sintáctica y semántica, y de las diferentes especies de vaguedad que en derecho penal tendrán estrecha vinculación con la fórmula *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* y las reglas y sub-reglas que lo integran. Sin ir más lejos, los tipos penales abiertos son un ejemplo de extrema vaguedad que contraviene la regla de descripción típica. En el caso “Kimel vs. Argentina”, la CIDH al expedirse sobre las figuras delictivas de calumnias e injurias del derecho penal argentino las calificó como infractoras del principio de estricta legalidad. El paso siguiente fue la reforma legislativa en este país y la precisión de las figuras para lograr que se respetara en la mayor medida posible

aquella regla constitucional. Otro ejemplo del Código Penal que trajo muchas dificultades a los juristas fue el término arma de la figura del Art. 166 CP, lo que llevó al legislador a su reforma mediante ley 25.882 con la finalidad de precisar la situación de las armas de fuego (sin perjuicio del acierto o desacierto de la técnica legislativa empleada).

Luego de “los problemas de los lenguajes jurídicos”, Nino trata “los problemas de los defectos lógicos de los sistemas jurídicos” - que en ocasiones también pueden ser axiológicos -: las incoherencias, las inoperancias, las redundancias y las lagunas. Las primeras consistirán en la contradicción de una regla del Código Penal con otras del mismo digesto legal o con otras normas del ordenamiento jurídico. Las segundas, en reglas o partes de reglas que carecen de operatividad. Las terceras en la repetición de la misma regla jurídica de manera idéntica o semejante, muy común en las garantías constitucionales penales materiales y formales previstas de manera reiterada en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos del Art. 75 inc. 22 CN. Por último, las lagunas consisten en un vacío legal que, en principio, pareciera que en derecho penal no revisten mucha importancia porque tendrían una clara solución en las reglas de reserva (Art. 19 CN) y legalidad (Art. 18 CN) que consagran la certeza de la impunidad de los hechos no previstos como delitos y la prohibición terminante de aplicar la analogía en perjuicio del imputado (Arts. 18 y 19 CN). Sin embargo, hay casos de lagunas que no se solucionan directamente de acuerdo a aquellas reglas como, por ejemplo, el vacío legal que existe para la selección de la especie de pena en la determinación judicial pues el Art. 40 CP consagra reglas para determinar únicamente al quantum de la sanción pero no hay pautas expresas para escoger la especie. En estas lagunas, la integración hermenéutica deberá tener siempre como norte la solución más ajustada a las garantías constitucionales materiales del imputado, la lógica y la sistemática del ordenamiento jurídico.

El estudio de los dos grupos de problemas reseñados (del lenguaje y de los conjuntos normativos) le servirá al alumno como guía para ubicarlos y racionalizarlos.

Un texto de valor imperecedero, en esta faena de detectar problemas y el saber problematizar - condición indispensable para obtener buenas soluciones -, es la ya citada monografía docente “La Problemática Penal” que ofrece una serie de criterios para la formulación de problemas jurídicos y no jurídicos vinculados al

campo penal, su tratamiento interdisciplinario y su consideración integral. Debido a que ahora nos estamos ocupando de la identificación de los problemas estrictamente jurídicos y su óptima formulación, tengamos presente por el momento que esta producción nos aporta una serie de pautas que servirán para apuntar los problemas de las palabras de la ley y sus relaciones, así como también los problemas de los conjuntos normativos. Esas pautas son dos: 1) la ubicación del problema jurídico en un contexto significativo o telón de fondo; y 2) la enunciación del problema. Para cumplir con ellas, Ouviaña señala que el problema debe ser precisado y para ello son útiles los siguientes criterios: a) Eliminar o reducir en lo posible la vaguedad conceptual; b) Eliminar los vicios lógicos; c) Explicitar las relaciones lógicas implícitas; d) Simbolización inequívoca; e) Revelar los componentes del problema (ideológicos); f) Simplificar el problema.

IX. El tratamiento del problema. ¿Qué plan sigo para atacarlo?

Una vez ubicado el problema jurídico y formulado, el plan que se seguirá para atacarlo serán las reglas y métodos de interpretación que fue desarrollando el pensamiento dogmático. Reglas y métodos hermenéuticos que reciben una actualización específica de los principios que conforman el derecho penal.

Aquí el texto que se toma de punto de partida en esta etapa y que es enriquecido con agregados y actualizado, es el parágrafo 14: “Interpretación de la ley” de la obra *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, de Sebastián Soler.

Como reglas de interpretación podemos enunciar las siguientes:

Reglas de interpretación en materia penal
1era. La interpretación va a buscar dentro de la ley, nunca fuera de ella.
2da. Debe ser una operación lógica - jurídica en la que se confronta el precepto en análisis con todo el ordenamiento jurídico como unidad. En especial con reglas superiores que estructuran el derecho penal (ejemplo: artículos 18 y 19 CN, entre otros).
3era. La búsqueda del sentido debe respetar la lógica.
4ta. Prohibición de analogía (Art. 18 y 19 CN).
5ta. La aplicación del principio “pro homine” en materia de derechos humanos.

La 2da. regla presenta particular importancia porque ella es el nexo que

comunica al precepto en análisis con las reglas y principios de rango superior (Art. 31 CN y nivel 2 del paradigma de la ciencia del derecho) que son los límites infranqueables dentro de los cuales se debe mover el intérprete, so pena de invalidez e ilegalidad de su proceder hermenéutico. Al mismo tiempo esos principios además de hacer de límites actúan al mismo tiempo como puntos de referencia que orientarán las decisiones del intérprete y ofrecerán, en su caso, soluciones.

Acerca de estos principios y reglas de jerarquía legal superior, corresponde decir que algunos de ellos tienen recepción legal clara y otros son resultantes de una previa interpretación sistémica de las normas constitucionales, entre sí, o con el Código Penal.

Podemos decir entonces que esas reglas y principios los identificamos y aislamos con cierta comodidad merced a un bagaje constituido por una consideración histórica, política y teórica de la problemática penal, en la que nombres de pensadores y teóricos como Beccaria, Feuerbach, Carrara, Von Beling, están detrás, por dentro y fuera de estas reglas.

Ese conjunto de reglas y principios superiores se amplió considerablemente con la incorporación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CP). Que a su turno tienen sus propias reglas y métodos de interpretación legalmente pautados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Parte III. Siendo de destacar, verbigracia, que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aparecen reglas como la intitulada “pro homine” por la cual en materia de reconocimiento de derechos humanos se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de esos derechos. Regla que requiere cautelosa aplicación y armonía con los restantes.

A continuación se desarrolla en un cuadro la segunda regla de interpretación mencionada mostrándose aquellas reglas y principios materiales que estructuran el derecho penal, previstos tanto en la Constitución Nacional como en los aludidos Pactos de Derechos Humanos con jerarquía equivalente:

	Desarrollo de la regla 2: la operación lógica - jurídica. Reglas y principios tradicionales, de carácter superior, que estructuran el derecho penal.
Reglas y principios constitucionales en torno al delito (garantías materiales)	1) Legalidad; 2) Reserva; 3) Exterioridad; 4) Represión de hechos; 5) Lesividad; 6) Monopolio Estatal; 7) Irretroactividad relativa; 8) Descripción típica; 9) Culpabilidad ; 10) Necesidad.
Reglas y principios constitucionales en torno a la pena y su ejecución (garantías materiales)	1) Legalidad de la pena.; 2) Judicialidad de la Pena; 3) Proporcionalidad de la pena; 4) Personalidad de la pena; 5) Abolición de la pena de muerte por causas políticas; 6) Prohibición del restablecimiento de la pena de muerte; 7) Prohibición de penas confiscatorias; 8) Prohibición de detención, prisión y destierro arbitrarios; 9) Prohibición de prisión por deudas; 10) Fin esencial de la pena: reforma y adaptación; 11) Fin esencial del régimen penitenciario: reforma y adaptación; 12) Prohibición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; 13) Prohibición de tormentos y azotes; 14) Prohibición de penas crueles, infamantes o inusitadas; 15) Tratamiento humano en la privación de libertad; 16) Cárceles sanas y limpias; 17) Separación y tratamiento diferenciado de procesados y penados; 18) Separación y tratamiento diferenciado de menores y adultos; 19) régimen penitenciario para menores; 20) Límites al trabajo forzoso como accesorio a la pena; 21) Reparación por detención o prisión ilegal; 22) non bis in idem; 23) Sanción cierta; 24) Irretroactividad relativa; 25) Necesidad.

Se perseguirá que el alumno internalice lo antes posible dentro del curso preevaluativo, las normas penales de la Constitución Nacional y Pactos Internacionales, para que esté enmarcado en ellas al momento de efectuar sus propios procesos hermenéuticos.

Conjuntamente con las reglas que tiene que observar el jurista para resolver los problemas, deberá tener un método para llegar al resultado o solución del problema. En las prácticas del fuero las partes estarán guiadas por sus intereses: el Fiscal estará guiado por el principio de objetividad, el abogado del imputado por el derecho constitucional de defensa y el magistrado por su imparcialidad. Ello, de acuerdo al “deber ser” que los rige.

La metodología que se enseñará al estudiante es la clásica, que se compone de diversos medios para la consecución del fin:

Medios de Interpretación
<p>1. Gramatical. Es el primer paso, leer la norma. Si hay dificultades semánticas y sintácticas que no se pueden solucionar en este nivel o también para asegurar el sentido de un término o locución o frase, se recurrirá a los siguientes medios.</p>
<p>2. Teleológico. Apunta a la razón de ser del dato legal que se analiza. Una de las formas de averiguar por ejemplo el sentido de los términos de una incriminación es recurrir al alcance de protección del bien jurídico, su fundamento o fin. Por lo demás, el bien jurídico no siempre es fácil de connotar y requerirá su propio proceso de interpretación. Es importante señalar que la teleología puede precisar de los restantes medios de interpretación para ser develada, como el histórico o el sistemático.</p>
<p>3. Sistemático Actual. Evita el principio lógico de no contradicción y garantiza la vigencia del ordenamiento jurídico en su totalidad. Los datos legales en análisis serán coloreados y precisados por las demás reglas que integran el cuerpo normativo y por las restantes del sistema legal. En este nivel de interpretación, es imprescindible tener presente para eventuales <i>contradicciones</i> del sistema 3 reglas básicas: a) Ley superior deroga ley inferior (Art. 31 CN); b) Ley posterior deroga ley anterior (Arts. 2 CC) pero con la expresa salvedad de que si se analiza un precepto penal en el marco de un proceso judicial rige el principio de irretroactividad de la ley penal excepto que la ley posterior sea más benigna (Art. 18 y 2 CN); c) ley especial deroga ley general. Con relación a las <i>redundancias</i> deberá estarse a la norma que más garantice los derechos humanos del imputado y también de la víctima (pro homine).</p>
<p>4. Progresivo. Necesidad de adecuar las normas penales al momento en que deben aplicarse, lo que supone conocer la historia de la incriminación y el mundo contemporáneo en el que se reclama su aplicación.</p>
<p>5. Histórico. Por este medio se indagan los trabajos preparatorios de la ley, las fuentes legales que se tuvieron en cuenta, las opiniones dadas en el debate, los sucesos políticos e históricos en que apareció la ley. Otra forma de proceder es comparar las figuras legales derogadas con la vigente y en base a sus diferencias poder esclarecer el texto actual. Por otra parte, conocer la consideración histórica del derecho penal (en la Edad Antigua, la Edad Media, la Edad Moderna y la Contemporánea), el proceso de Codificación en la Argentina, las escuelas penales, esto es, temas previstos en las Bolilla I y II del Programa de Derecho Penal servirán indudablemente para el intérprete del derecho penal argentino.</p>

Será importante aclarar al estudiante que estos medios de interpretación no son un inventario definitivo y de ningún modo son compartimentos estancos, pues muchas veces será necesario ir de uno a otro hasta que finalmente se llegue a un resultado o solución. Siempre respetando las reglas de interpretación vistas en el punto anterior.

X. Las palabras de la ley y las otras ciencias

Retomando el epígrafe del apartado VIII. que refiere al abogado que vive entre los símbolos, nos dice Ouviaña que de repente se hallará “con palabras como alteración morbosa de las facultades... ¿qué jurista podrá explicar esto?... El penalista entonces... tendrá que descubrir en qué disciplina se sabrá esto de

alteración morbosa... tendrá que incurrir en algunos intentos de psicopatología”²⁶.

El pasaje citado señala la situación de aquellos términos que no encontrarán su propia solución dentro del propio sistema jurídico. De estos símbolos hay varios en el Código Penal y en la teoría del delito actúan como faz negativa ya sea de la acción o de la imputabilidad. Locuciones como insuficiencia de las facultades, alteraciones morbosas, estado de inconsciencia, enajenación (Art. 34 CP) o estado de emoción violenta (Art. 80 inc. 1ero CP) requerirán un adecuado tratamiento.

Estos casos evidencian la vitalidad epistémica de “La Problemática Penal”, por cuanto ella propone, en tanto sean susceptibles, el abordaje interdisciplinario de los problemas. En el caso de las palabras de la ley traídas a colación, ellas requerirán también el tratamiento de otra u otras ciencias independientes de la ciencia jurídica.

La pluralidad de ciencias, nos advierte Ouviaña, tiene un doble riesgo: 1) “la marcha en el vacío”, consistente en la incomunicación de las distintas ciencias entre sí; y 2) el “reduccionismo epistemológico”, por el cual cada una de las ciencias ejerce de hecho el monopolio de la problematización y aparecen, entonces, los biologismos, el psicologismo, por referir algunos casos. En las locuciones que venimos considerando el reduccionismo se verificaría si el derecho quisiera conceptualizarlas por sí mismo sin consultar al saber médico o psicológico. O viceversa.

En la referida monografía, para el examen preliminar del problema, Ouviaña sugiere: 1) historiar el problema (lo que puede concordar con el método histórico de interpretación); 2) clasificar los problemas, ya sea como puramente conceptuales, empíricos, valorativos o estratégicos. En los casos de las palabras de la ley y sus relaciones estaremos ante todo frente a problemas conceptuales y/o valorativos; 3) Asignar el problema a sus respectivos niveles de conocimiento. Esos niveles son: a) el físico-químico; b) el biológico; c) el psicológico; y d) el cultural.

A partir de esta clasificación podremos saber que la ciencia del derecho opera en el nivel cultural que supone los restantes, en tanto, vg., ciencias como la psiquiatría operan en los primeros tres niveles y la psicología en el tercero y en el

²⁶ Discurso del Dr. Guillermo Ouviaña en ocasión de la presentación de su libro homenaje, 30/08/2010, Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

cuarto. Asimismo, cada nivel tiene más de una ciencia y en el cuarto nivel además del derecho, nos encontramos con las ciencias de la cultura como la sociología, la historia, la política, entre otras.

Sentado esto, el alumno deberá saber que símbolos como enajenación, alteración morbosa, estado de inconsciencia o emoción violenta, si bien estipulados por la ley, tienen aspectos sustanciales que pertenecen a otros niveles del conocimiento con los cuales la ciencia del derecho deberá estar en comunicación. Así, para familiarizarse con esos términos el jurista consultará un libro de psiquiatría forense, de medicina legal o psicología, según el caso. En el proceso penal, las partes y el juez contarán con el auxilio de los peritos psiquiatras o psicólogos. Por su parte, el jurista a través del estudio del Código Penal, su tradición, su lenguaje, limitará lo que el psiquiatra o psicólogo puedan afirmar, valorando jurídicamente en el caso si el sujeto pudo comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

Desde un punto de vista epistemológico, lo importante es que el alumno sepa que la ciencia del derecho penal se inscribe en un horizonte más amplio que es la problemática penal, en el cual convive con otras ciencias y disciplinas, debiendo reconocer el nivel de conocimiento en el que opera la ciencia jurídica y sus límites epistémicos dados por su objeto (el dato legal) y su método (el dogmático: constituido por las reglas y medios de interpretación antes vistos).

XI. El conocimiento de otros saberes y de la realidad.

Sebastián Soler, al tratar la determinación judicial de la pena, dice que “el juez, además de la competencia jurídica teórica, debe poseer conocimientos psicológicos, antropológicos y sociales, junto con una fina intuición de la realidad histórica y una sensibilidad aguzada”²⁷.

Esta apreciación de Soler es extensible al penalista en general y abarca todo su quehacer.

Ouviña pronunció en su conferencia, parafraseando al director de orquesta Bruno Balter para quien “el músico que sólo sabe música es medio músico”, que el penalista que sólo sabe de derecho penal es un medio penalista.

En su “Problemática Penal”, como se dijo, el autor propone la consideración

²⁷ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Editorial TEA, Buenos Aires, 1998, pág. 495.

integral - o si se quiere, desde diversas ciencias o disciplinas - de los cuatro problemas rectores: 1) El crimen; 2) El criminal; 3) la pena; y 4) la víctima.

Si tomamos a la pena, como centro de indagación, además de la consideración dogmática o jurídica que se circunscribe a su estudio en el derecho positivo, ella podrá ser abordada desde una consideración filosófica (teorías sobre los fundamentos de la pena), económica (cómo actúa la pena en distintos sistemas económicos), sociológica (cómo actúa la pena en los hechos), psicosocial (qué efectos tiene la pena sobre la psiquis social), literaria (qué formas asume la pena en alguna obra de literatura representativa de una civilización), fiscal (analizar cuánto destina el estado provincial al servicio penitenciario a través de la consulta del presupuesto y como ello incide en el estado de las cárceles o comparar esta partida con otras como salud, educación, etc.). Los tipos de consideración pueden ser muy variados. Lo que se busca es que el alumno sepa claramente distinguir los tipos de análisis dogmáticos del resto de las consideraciones y que no las mezcle, para lo cual deberá tener una mínima noción de los objetos y métodos de las ciencias más corrientes que tienen vinculación con el derecho penal (Bolilla III del Programa).

Llevando estas ideas al curso preevaluativo es importante que el alumno sea introducido en lecturas que le permitan conocer, además del dato jurídico en que primordialmente se entrenará (consideración dogmática), cuáles son algunos de los rasgos de la realidad empírica en la que se desenvuelve el sistema penal (esbozadas en el capítulo: Justicia penal en la Provincia de Buenos Aires y Academia). Existen a esos efectos diversas fuentes de información que permiten conocer cómo funciona el Servicio Penitenciario Bonaerense y el Servicio Penitenciario Federal. Hay fuentes oficiales y no oficiales. Hay estadísticas, estudios comparativos, y una pluralidad de enfoques de análisis: violencia institucional (manguerazos de agua fría, submarinos secos, peleas entre internos que no se evitan, peleas o crímenes instigados por el Servicio Penitenciario, utilización ocasional de la picana), condiciones de alojamiento (alimentación, condiciones de higiene, situación edilicia), traslados, índices de mortalidad e inseguridad intramuros, cuantificación de presos en prisión preventiva y con sentencia firme año a año, detalles de habeas corpus presentados por agravamiento de las condiciones de detención, estudios de casos aislados relevantes, casos de torturas denunciados, situación procesal de estas causas,

madres embarazadas en unidades penitenciarias, estudios sobre el estrato social que predomina en los lugares de encierro, clase de delitos que conduce a la gente a la cárcel, duración de los procesos, comisión de vejaciones con relación a las visitas de internos, índices de reincidencia, tasas delictivas y de encarcelamiento, sistema penal juvenil, delincuencia juvenil, medidas tomadas por los Poderes Ejecutivos y leyes dictadas por los Poderes Legislativos en materia penal. También existen estudios sobre el nivel de confianza que le merece a la gente el servicio de justicia, sobre la corrupción en los poderes del estado, sobre la inseguridad padecida por los diversos estratos sociales, otros que miden la sensación de inseguridad, acerca de las víctimas del terrorismo de estado, por citar algunos casos.

Temas que integran el Programa de Derecho Penal I, estrictamente dogmáticos, y que se darán en el curso como las especies de pena, leyes de ejecución, reincidencia, prisión preventiva, determinación judicial de la pena, condena de ejecución condicional, suspensión del juicio a prueba, libertad condicional (Bolillas VII, VIII y IX), será conveniente que sean acompañados con informes empíricos vinculados para que el alumno tenga un aproximación a cómo funciona el sistema penal, en su país o en su provincia, que como tal es parte de una estructura social que lo condiciona y que tiene como notas la desigual distribución de la riqueza, importantes sectores sociales precarizados, límites de acceso a la educación, a una vivienda y alimentación digna, la corrupción del sector político, la contrastante desigualdad en los conurbanos, la “guetización” de las ciudades, la proliferación de las empresas privadas de seguridad, la reclusión de las clases medias y medias altas en fortificaciones cerradas (countries o barrios cerrados), el tráfico de armas y drogas en las villas, la anomía e infinidad de otros factores que dan un contorno específico a la problemática penal de nuestro país.

Retomando la conferencia de Guillermo Oviña, nos dice este pensador que “escribir derecho penal en estos tiempos parece un poco un deleite de gente “pudiente” en una sociedad en que se clama por la inseguridad, por la perversidad gratuita con que muchos criminales violan la ley, y por sobre todo, por la impunidad. ¿Qué tienen que hacer los penalistas en un país así? ¿Qué efectos tiene el Código Penal en un país así? Es probable... que el Código Penal es una cosa tal con la cual y sin la cual el país sigue tal cual. Y eso será muy grave...

para los que tienen vocación jurídica... el penalista que sólo sabe derecho penal es un pobre tipo. Un pobre tipo en un país que está sufriendo... El buen penalista primero siente, luego piensa y finalmente dice... el buen penalista sufre visceralmente con su país. Ese sufrimiento visceral, ese desgarrado dolor por la Argentina no se reemplaza con teorías ni discursos académicos. A menos que se quiera tener un derecho penal que entrara en un libro. Un derecho penal refugiado en los masturbatorios placeres de las academias”²⁸.

La aproximación de los estudiantes de derecho penal a la realidad penal de su país, sobre la que ahondarán en el futuro como jueces, fiscales, legisladores, defensores y otras tantas funciones, permitirá que la formulación de problemas legales, su tratamiento y solución tengan un telón de fondo significativo. Evitando que sus interpretaciones del derecho no sean un actividad intelectual en el vacío.

XII. Los principios de Política Criminal y otros principios

Los penalistas actuales dentro del proceso hermenéutico introducen los principios de Política Criminal, tales como “última ratio”, “mínima intervención”, “derecho penal de autor vs. derecho penal de acto”, “mínima suficiencia”, por nombrar algunos, que con el tiempo se han ido cosificando dentro del discurso jurídico-penal al punto de correr el riesgo de desnaturalizarse y transformarse en filtros de discrecionalidad en la aplicación de la ley penal. Además mencionan otros de su propio acervo en sus discursos.

El sentido de estos principios orientadoras de la interpretación debe tener su punto de anclaje y sentido de realidad en un conocimiento o aproximación ordenado del funcionamiento empírico del sistema penal que puede organizarse en cinco grandes temas: el delito, el delincuente, la víctima, la pena y el proceso. Es por esto que en el curso preevaluativo, como se vio en el punto anterior, se buscará que los alumnos no se queden en la mera formulación de estos principios, sino que el camino será incorporar la lectura de informes o estudios que ilustren al cursante sobre temas que son acuciantes para la problemática penal argentina. Así, por ejemplo, al estudiar la determinación judicial de la pena, el conocimiento de los problemas de los lugares de encierro en la provincia de

²⁸ Discurso del Dr. Guillermo Oviña en ocasión de la presentación de su libro homenaje, 30/08/2010, Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Buenos Aires coadyuvará en algún punto al intérprete que deberá aplicar las reglas legales y deberá, en consecuencia, tomar decisiones relativas a la elección de una pena de reclusión o prisión, de cumplimiento efectivo o de ejecución condicional, la cantidad de pena, o también por qué lugar se ingresará a la escala penal (mínimos, máximos o por la mitad).

Ahondemos más. Los principios de política criminal - y otros que incluyen algunos autores - como hoy se los entiende no tienen una expresa regulación legal, es decir, no son reglas positivas. Más bien son criterios a tener en cuenta que se fundan en consensos teóricos, que iluminan al intérprete y que se inscriben en una filosofía liberal del derecho penal mínimo. Ellos, pueden llegar a cumplir una función análoga a la que desempeñan los principios generales del derecho en materia civil (Art. 16 CC); a los que se recurre para resolver ciertas situaciones. La *identidad* estaría dada por la necesidad de acudir a ellos para decidir un caso en que la aplicación de las reglas positivas penales condujese a un resultado inicuo para un modelo político liberal, que de por sí no es para nada unívoco y cada jurista aporta sus propiedades. La *diferencia* radica en que mientras en el derecho civil tendería a llenar una laguna, en lo penal procuraría limitar la punición estatal.

Sobre estos principios no existe un verdadero debate acerca de sus contenidos y alcances, tampoco hay precisión con relación a su elenco o campo de aplicación. Las disertaciones de los teóricos sobre ellos o sobre otros principios que postulan pone en evidencia la corta distancia y falta de nitidez que puede haber entre principios de *lege lata* (como los principios constitucionales y sus inferencias) y los de *lege ferenda*. Es por aquí donde se detectan los “espacios” por donde ingresa el poder de las teorías en la a veces invisible construcción compartida del derecho penal por el jurista y el legislador.

Los problemas o riesgos que pueden presentar son: a) que se les asigne valor sustancial - con la enorme vaguedad que presentan - en la interpretación de la ley, confundiéndolos con el valor de las reglas o principios legales, sin ser derecho positivo, situación que recuerda a las críticas que le dirigiera Beccaria al “espíritu de la ley” ; b) que impongan una forma de pensar el derecho penal en la que el Código Penal y toda ley de jerarquía inferior a la Constitución sean puestas en jaque si no se ajustan a estos principios que tienen su origen último en cuerpos teóricos; c) que el alumno no sepa que estos principios son el trabajo de

un jurista o un grupo de jurista o pensadores y no el fruto de la deliberación de una asamblea legislativa instaurada por ley en representación del pueblo; d) que los alumnos los tomen como principios indiscutidos; e) que actúen como obstáculo epistemológico haciendo de refugio, descanso y simplificación intelectual ante la cantidad, diversidad y complejidad de los conjuntos normativos.

Por lo demás, la Política Criminal es algo más complejo y denso, que excede a esos principios. Descifrar qué es la Política Criminal no es tarea fácil. Será preciso hacer una serie de observaciones que ayudarán a los alumnos a comprender cómo aparecen los famosos principios de que venimos hablando en el discurso de los penalistas.

Si historiamos un poco y miramos a grandes rasgos el derecho penal griego, el romano o el germano, el canónico o el indígena, por citar algunos ejemplos de la consideración histórica de la problemática penal, podemos observar que cada uno de ellos son portadores de rasgos específicos y distintivos en el modo de prevenir y sancionar los delitos. Las penas colectivas, las mutilaciones, las torturas, la responsabilidad objetiva, la inexistencia de la fórmula *nullum crimen...*, la confusión entre la moral y derecho, la determinación de la “verdad” apelando a los astros, al vuelo de los pájaros, a la lucha, o a la indagación histórica, el valor asignado a las pruebas, son muestras de diversas decisiones de la polis o formas organizadas de convivencia de cómo enfrentar la infracción a sus reglas más preciadas. O si se quiere - me animo a decir - de su Política Criminal.

El derecho penal actual poco tiene que ver con esos caracteres reseñados. Sus perfiles aparecen a mediados del siglo XVIII. Quizá el primer libro y Biblia de la Política Criminal moderna que prefiguró y trazó las líneas de la legislación penal del Estado liberal haya sido *De los delitos y de las Penas* de Beccaria. En este “pequeño gran” libro la prevención y represión del delito están plenamente condicionadas por una idea central: la preservación de la libertad individual mediante el establecimiento de límites al ejercicio del poder. Límites que tienen su fuente en lo que han convenido los asociados.

Podemos decir entonces que la Política Criminal, en una primera aproximación, es la decisión o conjunto de decisiones que toma una sociedad políticamente organizada, o el modo de comportarse de ella, frente al delito, el delincuente, la pena, el proceso y la víctima.

Sin embargo, esta primera aproximación a nuestra indagada (la política

criminal), esta primera fachada, debe ser confrontada con otras.

Los teóricos al abordar en sus tratados a la Política Criminal, ingresan a ella a través de Von Liszt, quien - en términos generales - la consideró como una herramienta destinada al legislador y conformada por las investigaciones empíricas de la sociología, la criminología y la antropología en torno al delito y/o el delincuente. Estos aportes propenderían a la reforma del derecho penal para adecuarlo al mejor cumplimiento de sus fines y el legislador estaría en condiciones de confeccionar fórmulas legales óptimas y no improvisadas. De la Escuela de la Política Criminal de la cuál Von Liszt fue uno sus máximos exponentes se propugnó - mediante posiciones eclécticas entre la escuela clásica y la positiva -: la evitación de las penas efectivas de corta duración, la condena de ejecución condicional, la ampliación del régimen de la libertad condicional, el sistema de la doble vía, por citar algunos ejemplos.

Sin embargo, de esa visión tradicional de la Política Criminal como diferente del derecho penal y destinada, exclusivamente, al legislador para la elaboración de aquel, se pasó a la concepción contemporánea en la cual la Política Criminal aparece transfigurada en “principios” que se utilizan en la aplicación del derecho penal. Esto es, en el proceso hermenéutico de las construcciones de los teóricos y en las resoluciones judiciales.

En resumidas cuentas, de una primigenia posición externa al derecho represivo, la Política Criminal se la admite dentro de los mismos procesos interpretativos con los que se construye la teoría y se aplica el derecho.

El problema que se querrá evitar en la exposición del curso preevaluativo es que los alumnos confundan la letra de la ley, las reglas de interpretación, sus métodos, las normas constitucionales, los aportes de otras ciencias y los postulados o principios de Política Criminal, sin discriminar el valor específico que tiene cada una de esas entidades.

Como se adelantó, la forma de evitar la cosificación de los principios de política- criminal y su manipulación en el vacío, será la aproximación del alumno al ámbito empírico del sistema penal, esto es, poner la mirada en donde la ponía la Escuela que encabezaba Von Liszt, mediante la lectura de informes y estudios de campo. Pero con la neta diferencia que esa Escuela aportaba datos a los legisladores para la eventual reforma de los cuerpos normativos, mientras que para el que aplica el derecho los principios de política criminal servirán

únicamente como referencias para la interpretación, de ningún modo tendrán legitimación para que el hermeneuta se aparte del derecho vigente o funde en estos principios una inconstitucionalidad.

XIII. Los obstáculos epistemológicos en la enseñanza

En medio de las “opiniones autorizadas”, de las que se ve bombardeado el alumno al estudiar derecho penal, la circunstancia de pensar por sí mismo a veces no tiene asidero, y cuando sí tiene ocasión emerge el miedo a adoptar una postura. Es que en el plano de las vaguedades y ambigüedades del lenguaje normativo, de los vacíos legales, de las contradicciones e incoherencias, los argumentos de autoridad de los juristas otorgan serenidad y seguridad. Los fuertes consensos teóricos sobre determinados puntos no toleran el disenso. Es usual que los estudiantes comienzan sus exposiciones al ser examinados diciendo, palabras más, palabras menos: “... tal autor dice...”, “... para el otro... es tal cosa...”.

Este formato específico del saber se reproduce, con frecuencia, en los tribunales. Los hombres que deciden el destino de los justiciables recurren mayormente a las opiniones de los especialistas “del momento”, sin indagar en ocasiones acerca de su anclaje legal en ley penal argentina.

Si bien el elenco doctrinario es múltiple para escoger, y algunos dogmáticos trascienden con las obras su vida, los que comandan o dirigen el pensar de una época tanto en la academia como en los tribunales son unos pocos.

Años atrás lo fueron Sebastián Soler y Ricardo Nuñez. Hoy estos nombres en la Argentina parecen vetustos y anticuados para determinados sectores. Otros hombres copan la escena: Klaus Roxin, Günter Jakobs, Eugenio R. Zaffaroni, por citar algunos. No es casual que dos de estos tres autores sean extranjeros. Ello obedece a la propagación del fenómeno que Ouviaña denominó pseudodogmatismo.

Este pensador en su ensayo “Dos Obstáculos Epistemológicos en el Pensamiento Penal Argentino”²⁹ se inspiró en la noción de obstáculo científico de Gaston Bachelard quien postuló que las dificultades en el progreso de la ciencia no

²⁹ Ouviaña, Guillermo J., “Dos obstáculos epistemológicos en el pensamiento penal argentino” publicado en Revista del Instituto de Derecho Penal, Universidad Nacional de La Plata, junio de 1979.

proviene únicamente de factores externos o de los propios sentidos. Los entorpecimientos y confusiones pueden estar en el mismo acto de pensar. Dentro de los obstáculos epistemológicos del pensamiento penal argentino, Ouviaña consideró en primer término al positivismo, con su origen en la Escuela Positiva y sus propuestas pluridisciplinarias en la que se tergiversaban los objetos y métodos de diversas ciencias con el dato legal que, por lo demás, quedaba relegado a un segundo plano. Incurriéndose, por ejemplo, en reduccionismos epistemológicos al pretenderse explicar la vasta problemática penal a través de una sola ciencia. Recuérdese, en este sentido, el sociologismo de Ferri. Aquella Escuela tuvo su pregnancia en este país a través de autores como Peco, Gómez y Jiménez de Asúa, juristas que nunca profesaron simpatía con el Código Penal de 1921. Ese primer obstáculo epistemológico del pensamiento penal fue detectado y corregido por Sebastián Soler que denunció los errores de aquella corriente en 1929 e inauguró en 1940 el pensamiento dogmático en la Argentina a través de la publicación de su investigación científica, que puso en el centro al Código Penal argentino. Sin embargo, sobrevinieron las deformaciones. Una de ellas fue el “dogmatismo” que exacerbó el dato legal y se olvidó del resto del universo. La otra fue el “pseudogmatismo” que por su dependencia cultural con las teorías europeas se olvidó del Código Penal y comenzó a trasplantar a este país las elaboraciones doctrinarias foráneas, muchas de las cuáles no tenían correlato en la ley represiva argentina.

Los “vetustos” Soler y Nuñez, influenciados por juristas extranjeros, tomaron de autores extranjeros el *método* dogmático, pero lo utilizaron para trabajar el texto de la ley penal nacional y dejaron de lado todo aquello que no tuviese andamiaje en las normas del Código Penal³⁰. No siempre con coherencia. Por el contrario, mediante el pseudogmatismo, la letra de la ley nacional fue sometida,

³⁰ A modo de ejemplo Sebastián Soler en el párrafo 34 de su Tratado de Derecho Penal, decía: “Nuestra doctrina del dolo difícilmente podrá enredarse en los trabalenguas a que necesariamente conducía el atormentado §59 del Código Penal alemán y las expresiones Vorsatz (intención), Tatumstande (circunstancia de hecho) y Tatbestand (delito-tipo) que allí se contienen. Allí, en efecto, no se dice que el dolo desaparezca cuando el sujeto “por error no comprendió la criminalidad del acto”, sino cuando no “conoció las circunstancias de hecho correspondientes al delito - tipo”. Es muy diferente conocer circunstancias de hecho y conocer la criminalidad. No diré que a la dogmática alemana el § 59 le imponía un concepto naturalista de dolo, pero sí es patente que “conocer las circunstancias de hecho” es, a su vez, un hecho psíquico neutro, y que por esto los alemanes pueden hablar de un concepto natural de Vorsatz, cosa que para nosotros la tradición, el lenguaje y el Código Penal nos prohíben, cuando tratamos de construir el tema de la culpabilidad” (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Editorial TEA, Buenos Aires, 1999/2000, pág. 37) - el subrayado me pertenece -.

no ya al *método*, sino directamente a los *contenidos* de los cuerpos teóricos extranjeros ante los cuales sucumbió.

El pseudodogmatismo es un fenómeno, presagiado por Ouviaña en junio de 1979, que se ha extendido a tal medida en la enseñanza y aplicación del derecho penal, al punto que en ciertas cátedras de universidades importantes de este país, sin disimulos, la bibliografía obligatoria y básica es de procedencia alemana. Sería algo así como mirar al Código Penal argentino a través de las anteojeras de traducciones de obras germánicas. Sin embargo, el pseudogomatismo además de esos rostros visibles, sin ambages, tiene su incursión en obras de autores argentinos que han tomado ideas de teóricos europeos y las han considerado como aplicables al Código Penal sin que nuestra ley los resista. En estos lugares es menos fácil advertir las injerencias de esa deformación de la dogmática.

El principio de legalidad, cuya fuente de producción es el Congreso de la Nación, según su Art. 75 inciso 12, queda sustituido por las teorías, cuya fuente de producción son ciertas personas y de procedencia del viejo continente: "*nullum crimen nulla poena sine Jakobs*, o *nullum crimen nulla poena sine Roxin*"³¹. Décadas atrás fue: "*nullum crimen nulla poena sine Welzel*". Podríamos poner en el final de la frase a algunos autores argentinos y, sin embargo, el pseudogomatismo no desaparecería porque subsisten las influencias de esos modos de pensar edificados sobre leyes extranjeras o consideraciones puramente teóricas que no tiene anclaje en nuestras leyes.

El doble problema que se presenta en la educación legal es que los alumnos: a) en forma inconsciente terminen por otorgar a las construcciones teóricas un valor igual al de la ley, cual argumento de autoridad, sin controlar los procesos que realizan los doctrinarios; b) que tomen de referencia a un teórico que elaboró su pensamiento en base a un texto legal extranjero que es distinto al nacional y que integra todo un ordenamiento jurídico que lo condiciona y que difiere del nuestro.

Si el pseudodogmatismo no es reconocido y enfrentado desde el grado, se traslada al ejercicio de la profesión y a los pronunciamientos jurisdiccionales. El interés que me guía no es el gusto por uno ni otro teórico, sino la defensa del principio de legalidad.

Sobre los efectos de esta deformación dogmática me quiero detener en dos

³¹ Así ironiza con gran acierto un gran profesor de la Especialización de derecho penal de la UNLP.

ejemplos. Uno de ellos es un dictamen de un ex Procurador de la Nación. El otro, una exposición teórica.

Caso 1

En el caso “Baldivieso, César Alejandro s/causa n° 4733” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (T. 333 P. 405), lo dictaminado por el Dr. Righi, ex Procurador de la Nación, es un claro ejemplo de cómo se infiltra lo foráneo en los procesos hermenéuticos. En este supuesto, por quien debía “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad...” (Art. 120 CN).

Allí se discutía el origen ilegítimo de un proceso penal por la violación del secreto profesional y de la garantía contra la autoincriminación. Con relación a la secreto profesional y sus alcances dijo el entonces Procurador: “... más allá de las interpretaciones de la redacción legal, lo cierto es que la decisión de la cuestión no puede depender de interpretaciones técnicas sobre el alcance de los preceptos que estén basadas meramente en la interpretación de la letra de la ley... la decisión de la cuestión depende, de un nivel más profundo, de la contraposición de los derechos...”. En el caso, era el derecho a la intimidad de la persona que busca auxilio de un médico versus el interés legítimo del Estado en la represión del delito. Prosigue Righi “... Este es el conflicto que hay que resolver, más allá de las interpretaciones normativas estrechas de los artículos 156 del Código Penal y 177 del Código Procesal Penal que... difícilmente aclaren de manera concluyente la cuestión...”. El lector mientras sigue con su mirada este pasaje, pronostica en su mente que el Dr. Righi acudirá en forma indefectible a un examen de las normas de nuestra Constitución Nacional (¿qué otra alternativa o camino hay?) para fundar la veta constitucional del problema. Sin embargo, una brecha se abre en el dictamen para dar ingreso al derecho, doctrina y jurisprudencia alemana - y en menor medida antecedentes norteamericanos - que sellará la argüida discusión más profunda que hay por encima de la ley. Todo un derecho por completo ajeno a los ciudadanos argentinos, a sus legisladores seleccionados por el voto popular, a sus magistrados, ingresa sin ropajes a través de este dictamen ¿Soberanía compartida? ¿Verdad revelada de los penalistas alemanes? ¿Iusnaturalismo? ¿Universalización del derecho penal con epicentro en Alemania? El máximo representante del Ministerio Público, argumentará con

esos parámetros foráneos sobre el secreto profesional y verificará si hay algún interés que compita con él, que lo limite. ¿Cómo procedió “dogmáticamente” este funcionario? Hace una brevísima síntesis de la historia del secreto médico, alude periféricamente al Código de Ética y Ley de Ejercicio de la Medicina (Art. 11 ley 17.132), pero expresa que lo importante para él es detenerse en las modernas formas de fundar el derecho a la intimidad protegido en el secreto médico, recogidas por la jurisprudencia alemana. Enumera, a tales efectos, dos argumentaciones: a) las deontológicas; y b) las utilitaristas “... ambas pueden verse entre muchos otros lugares en el fallo del Tribunal Constitucional Alemán del 8 de marzo de 1972 (BverfGE 32, 373). Respecto de la fundamentación a través de la idea del secreto como un derecho personal, esa corte sostuvo la raigambre constitucional del derecho a la privacidad con un argumento fácilmente trasladable a cualquier país con una constitución liberal protectora de los derechos fundamentales...”. En el cometido de exponer los intereses que pueden competir con el secreto profesional, el Procurador enuncia a la integridad física o la salud en concreto de terceros. O la existencia de un interés mayor. Puntualiza que lo discutido en “Baldivieso” es el valor del secreto médico versus el interés general en la persecución penal del delito y no en contraposición a un peligro concreto. Vuelve a la carga con el fallo alemán: “... Tal fue la solución adoptada en el fallo antes citado del Tribunal Constitucional alemán, en el que se negó que se encuentre justificada la intromisión en la relación de privacidad por el sólo interés en la dilucidación de hechos criminales que se imputan al paciente; ello lesionaría su derecho fundamental a que se respete su esfera privada...”. Si la evocación de esta jurisprudencia se tomase como un elemento más, coadyuvante para guiar la hermenéutica que debiera estar apoyada en el derecho argentino, ello no sería objetable. Pero no es el caso, la jurisprudencia pasa a tener un valor central. A ello se suma que el Procurador no satisfecho con el antecedente jurisprudencial, comienza un análisis del derecho positivo alemán y de su doctrina. Expresa que las excepciones al deber de guardar secreto médico están reguladas de manera expresa en los párrafos 138 y 139 del Código Penal Alemán y que el deber de denunciar se plantea “... incluso desde el punto de vista del derecho positivo...” [alemán] respecto de la evitación futura de delitos graves, y no respecto de la necesidad de persecución de hechos ya cometidos. Como apoyo doctrinario germano alude a los autores Schönke/Schröder que culminan

por negar prácticamente la posibilidad de denunciar. Finalmente, concluye el dictamen que el derecho a la intimidad en cualquiera de sus fundamentos supera al interés social en la aplicación de una pena; que el interés en la persecución del delito tiene un peso menor que la protección de la confianza general de recurrir a la ayuda médica como promotor del sistema de salud; y que la consecuencia de la falta de realización de los fines del derecho penal solo tiene lugar cuando hay un interés preponderante a proteger. No discrepamos con el resultado del entonces Procurador de hacer lugar a la queja, pero en nada compartimos sus fundamentos y su modo de interpretar el derecho penal. Los límites del derecho represivo argentino terminan por ser - en este esquema de pensamiento - muy difusos. La definición del secreto médico (elemento de la figura delictiva del Art. 156 CP) y sus contornos, que bien pudo quedar zanjada por la interpretación de las normas expresas que lo regulan, prefirió el Procurador que sean delimitados (“en un nivel más profundo”) a partir de teorías, derecho positivo y jurisprudencia foránea. ¿Este es el futuro de la conformación de la legalidad argentina desde el Ministerio Público?³²

En este dictamen la punición estatal fue reducida. Pero en otros casos, cierto espíritu germanófilo del funcionario le sirvió para demandar la ampliación del campo de punición estatal, reclamando, vg., en el caso “Torea, Héctor s/recurso de casación” que tramitó ante la Corte Federal, que los plazos de prescripción son de corte procesal y, por lo tanto, inabarcables por el principio de la ley más benigna (Art. 2 CP).³³

Caso 2

El otro caso elegido, es una exposición teórica sobre el Art. 42 CP, que pone de relieve el pseudodogmatismo, no ya desde la directa invocación sin rodeos del derecho extranjero, sino que en él, la aparición de ese fenómeno es más sutil. Si

³² Bielsa decía con respecto a la utilización de doctrina y jurisprudencia extranjera: “Nuestra Corte no tiene por qué recurrir a doctrina ni jurisprudencia extranjera para dar autoridad a sus fallos. En su propia doctrina hay mucho insuperable, de gran valor; y por eso nada estimo más cuerdo que volver a esa sabiduría de los que fueron grandes jueces de nuestra Corte. En muchas cuestiones se adelantaron a las modernas concepciones del derecho de propiedad, de la teoría de los derechos subjetivos, de las concesiones, etc. Sólo ese infortunado snobismo y la pedantería de algunos eruditos de biblioteca y de índices de fallos norteamericanos, puede hacer perder un poco el sentido cabal de lo que afirmo, aunque no me refiero al orden jurisprudencial, sino al doctrinario y docente” (Bielsa, Rafael: “Estudio de Derecho Público”, Tomo I, pág. 281. En Ouviaña, Guillermo J., *La dimensión de una ausencia*, pág. 95).

³³ “Torea, Héctor s/recurso de casación”, Corte Suprema de Justicia de la Nación (T. 404. XLII)

bien las elaboraciones serían en principio puramente dogmáticas sobre la ley argentina, por detrás, está la teoría edificada sobre la ley alemana. Me refiero a los doctrinarios que aceptan en la letra del Art. 42 CP, que regula la tentativa, la posibilidad de que ésta admita el dolo eventual. Enrique Bacigalupo y Eugenio Raúl Zaffaroni, autores que en su momento fueron los principales representantes del finalismo en la Argentina, son partidarios de esa posición. En su forma de pensar el Código Penal argentino (hoy otros autores lo miran a través de Jakobs o Roxin) están las enseñanzas de Hans Welzel quien en su *Derecho Penal Alemán* aseveró que “Si... para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente la tentativa”³⁴. Esta afirmación que no resiste la literalidad del Art. 42 CP y, por ende, el principio de legalidad consagrado por la Constitución Nacional (Arts. 18 y 19 CP) y nuestro Código Penal (Art. 75 inciso 12 CN), se trasladó, a mi entender, con argumentos inconsistentes, a la exposición de nuestro derecho positivo y, lamentablemente, fue aceptada por diversos tribunales. Y esta no es una discusión meramente académica sin repercusiones sobre las libertades de los individuos, pues no es lo mismo que a un ciudadano le imputen, por caso, el delito de lesiones graves previstas en el Art. 90 CP que tiene una escala penal de 1 a 6 años de reclusión o prisión o las gravísimas del Art. 91 que tienen una pena de 3 a 10 años, a que le imputen el delito de tentativa de homicidio (Art. 79 CP) con dolo eventual, lo cual lamentablemente acontece en la práctica. Situación que obedece a los límites difusos que introduce esa construcción teórica. En este supuesto, aplicando las reducciones del Art. 42 CP a la escala de 8 a 25 años de reclusión o prisión, y tomando la tesis que reduce la mitad del mínimo y un tercio del máximo, llegamos a una escala de 4 a 16 años y 8 meses. Amén de la diferencia significativa de pena privativa de la libertad, al imputado le será más difícil obtener la excarcelación durante el proceso, no podrá pedir la suspensión del juicio a prueba (Art. 76 bis CP) y si es condenado tampoco tendrá la posibilidad de acceder a una condena de ejecución condicional (Art. 26 CP). De manera que éstos son claros efectos perniciosos del pseudodogmatismo.

La afirmación de Welzel que es la que predicán los autores referidos, con sus propios fundamentos, no tiene lugar en el Art. 42 CP que dispone: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma

³⁴ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág. 262.

por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el Art. 44 CP”.

Si aplicamos el primer método de interpretación que es el gramatical, vemos claramente que la finalidad de cometer un delito determinado es totalmente incompatible con la definición teórica del dolo eventual según el cual el autor justamente no tiene la finalidad de cometer cierto delito, sino que se lo representa como un evento probable de su accionar y que de acaecer le resulta indiferente.

Veamos cuáles son los argumentos invocados por Bacigalupo:

“La dogmática argentina ha sostenido que el texto del art. 42 excluiría la posibilidad de concebir una tentativa con dolo eventual... La derivación de una conclusión como esta, de la palabra *determinado* se funda en un grueso error de concepto. En efecto; si el fin *determinado* es una expresión que no alcanza al dolo eventual es porque no implicaría querer algo determinado, es decir que *un querer indeterminado debería ser también dolo*, y precisamente, *dolo eventual*. La sola formulación demuestra la falta de fundamento de la afirmación, pues en el dolo eventual el autor quiere sin duda *algo determinado* a cuya realización se vincula la posible o probable producción de un hecho típico, que *también es determinado*”³⁵.

Estas breves palabras que intentan rebatir la posición que niega al dolo eventual en la tentativa no analiza la parte más importante de la norma que refiere al que con el “fin de cometer un delito”, lo que, en definitiva, zanja la cuestión. Por el contrario, para hacer encajar la tesis foránea en nuestro derecho se toma de la palabra “determinado” y sobre ella pretende el autor sustentar lo que postula. Esta modalidad de abordar la letra del precepto jurídico, a mi juicio, supone no observar la regla de interpretación que exige respetar los principios de la lógica, al incurrirse en la falacia del énfasis. Ella se comete en un razonamiento cuya naturaleza engañosa o carente de validez depende de un cambio o una alteración en el significado. La manera en que los significados cambian en esta falacia depende de las partes del razonamiento que se recalquen o destaquen. Es así que algunos enunciados adquieren significados completamente diferentes según las diferentes palabras que se subrayan³⁶.

Sigamos el falaz camino de Bacigalupo: quiere mostrar el grave error de la

³⁵ Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Colombia, Santa Fé de Bogotá, 1996, págs.167 a 168.

³⁶ Copi, Irving, *op.cit*, págs. 107 a 109.

posición tradicional con relación al término “determinado” intentando valerse del argumento del absurdo. Dice el autor que si se sigue la tesis que él critica, el dolo directo sería un querer determinado, mientras el dolo eventual sería un querer indeterminado lo que para él de ninguna manera puede ser.

Lo que hace Bacigalupo es un juego de palabras entre lo que dice la ley y lo que dicen las teorías. En esta instancia, la aplicación del método histórico podrá arrojar luz sobre lo que quiso expresar el legislador con el término “determinado”, si es que ha hecho alguna manifestación expresa al respecto. A esos fines, será útil recurrir a los trabajos legislativos que precedieron a la sanción de la ley 11.179. En la Edición Oficial del Código Penal de la Nación Argentina figuran: 1) la Exposición de Motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados del 16 de Julio de 1917; 2) el Informe de despacho de la Comisión de Códigos de la H. Cámara de Senadores del 26 de Septiembre de 1919; 3) el proyecto de Código Penal de 1906 elevado por el P.E. y su exposición de motivos que tuvo a la vista la mencionada Comisión del Senado para revisar conjuntamente con el proyecto del Dr. Rodolfo Moreno (h); y 4) el Proyecto de Despacho de las Comisiones de Códigos y de Justicia Militar de la H. Cámara de Senadores Redactadas por el ex senador Dr. Angel Rojas.

Es en este Proyecto de Despacho elaborado por Rojas donde aparecen los antecedentes que justifican el uso de la palabra “determinado”. Antes de ingresar a lo que dijo Rojas, veamos el valor que tuvo para el Senado las palabras de ese jurista y cómo incidió con lo que dijo respecto de la tentativa en la redacción final de la norma que hoy es ley.

En el comienzo del Informe y Despacho de la Comisión de Códigos de la H. Cámara de Senadores se dice:

“La Comisión ha creído indispensable... despachar este año el proyecto de nuevo Código Penal enviado por la H. Cámara de Diputados... Ha tenido muy especialmente en cuenta el informe redactado en el período anterior por el ex senador Dr. Angel Rojas, cuyo fallecimiento produjo tan hondo pesar en todos los miembros de este cuerpo... El proyecto ha aprovechado buena parte de la meritoria obra de las susodichas comisiones del H. Senado: la Comisión de Códigos y la especial que tenía a estudio el proyecto de Código de Justicia Militar, presididas ambas... por Rojas. Esas dos comisiones aconsejaban la aprobación del proyecto en revisión con las modificaciones indicadas por su Presidente; pero

el despacho no pudo ser firmado por haber sobrevenido... la muerte del doctor Rojas antes de que pudiera revisar su informe y la planilla de modificaciones. Esta Comisión ha aprovechado buena parte de la meritoria obra de las susodichas comisiones y ha creído necesario agregar a este informe, como valiosa contribución al estudio de la reforma penal, el trabajo preparado por el ilustrado ex senador por San Juan”³⁷.

Establecido el valor del trabajo de Rojas analicemos su influencia en el tópico que estamos investigando. Para ello será útil ver cuáles eran los términos del Art. 42 CP según el proyecto del Dr. Moreno (h) propiciado por la Comisión respectiva de la H. Cámara de Diputados el 16 de Julio de 1917, cuáles fueron los aportes de Rojas en su informe de 1918 y cuál fue la redacción que propició el Senado finalmente convertida en ley.

Según el proyecto de Moreno, la tentativa estaba regulada en los siguientes términos: “Art. 42.- El que comienza la ejecución de un delito *premeditado de antemano*, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”.

A esta altura es pertinente citar las palabras del Dr. Rojas con relación a este artículo, de donde podrá extraerse cuál ha sido la intención del legislador al poner la palabras que utilizó, entre ellas, “determinado”, lo cual le quita todo sustento a la posición de Bacigalupo.

Dijo el Dr Rojas que:

“Por nuestra parte no aceptamos que para la existencia legal de la tentativa haya de tratarse de un *delito premeditado*; es decir, que únicamente se admita la existencia legal y de hecho de la tentativa en aquellos delitos que hubieran de consumarse con premeditación.

Es indudable que la tentativa sólo podrá considerarse que existe cuando el hecho que la constituye pueda relacionarse inequívocamente con el *pensamiento anterior de cometer un delito cierto, determinado en especie*, aun cuando ese pensamiento sea un *acto primo*. El acto primo de cometer un delito cierto, por medios idóneos, puede constituir jurídicamente una tentativa. La única cuestión está en probar que ese acto primo es el resultado del propósito cierto de cometer un delito determinado; pero la dificultad de la prueba no puede autorizar la conclusión de que sólo hay tentativa respecto de los delitos... con

³⁷ Código Penal de la Nación Argentina, Ley N° 11.179, Edición Oficial, págs. 211 y 213.

premeditación... para que exista tentativa punible es indudable que se necesita probar que el agente tenía el propósito de cometer un delito cierto, y que ese propósito salió de los dominios de la intención... y avanzó en el terreno de los actos de ejecución”³⁸ – el subrayado me pertenece –.

El Senado en su informe de Comisión postuló la siguiente redacción, que se convirtió en ley: “... Recogiendo... las observaciones hechas en su informe por el doctor Rojas...”: *“El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...”*³⁹.

De la utilización del método de interpretación histórico resulta que la modificación por el Senado del proyecto originario del Dr. Moreno, con relación a la tentativa, estuvo inspirada en los razonamientos del Dr. Rojas. En el discurso de este jurista, antes transcrito, es evidente que la redacción final del artículo al referirse al que “con el fin de cometer un delito” quiso plasmar lo que dijo Rojas en cuanto a que el acto primo sea el resultado del “propósito cierto... de cometer un delito cierto”. Esa certeza del propósito se condice únicamente con el dolo directo pero de ninguna manera con el dolo eventual. El término “cierto” es la antítesis del “evento” delictivo (hecho que puede acaecer) que caracteriza a la especie de dolo excluida. Por lo demás, el término propósito significa la “intención” de hacer algo, detalle que pone de relieve el elemento volitivo del dolo que en el caso se pide y que, reiteramos, debe ser indubitable. Este tramo de la norma que resuelve la cuestión ha sido “casualmente” el que Bacigalupo evade con su falacia del énfasis.

En las razones dadas por Rojas la palabra “determinado” adjetiva al delito y es utilizada en forma indistinta con el adjetivo “cierto”. El ex senador expresa en su Informe que el hecho de la tentativa tiene que vincularse con un pensamiento previo de cometer un delito “determinado en especie”. Lo cual es incompatible con el dolo eventual. En esta especie de dolo el delito que puede acontecer o no - nunca existe el propósito de cometerlo - puede ser de diversa especie. En cambio, en el dolo directo y en el de consecuencias necesarias el sujeto quiere cometer determinado o determinados delitos y no otro u otros. El sujeto que corre una picada en la vía pública con la moto sin importarle si atropella a alguien puede eventualmente ocasionar una lesión leve, una lesión grave, una muerte o provocar un daño a un comercio. Por el contrario, quien quiere matar tiene el fin

³⁸ Código Penal de la Nación Argentina, Ley N° 11.179, Edición Oficial, págs. 527 a 528.

³⁹ Código Penal de la Nación Argentina, Ley N° 11.179, Edición Oficial, pág. 254.

de cometer un delito de determinada especie.

Tanto la locución “con el fin de cometer un delito” como el término “determinado” han tenido la finalidad de restringir la tentativa a los casos de que haya un propósito cierto de cometer determinado delito y no otro eventual (método teleológico).

El otro autor argentino que hemos tomado es Zaffaroni. Este jurista tiene su particular posición - de acuerdo a sus raíces finalistas- según la cual el dolo tiene su base constructiva más sintética en el Art. 42 CP cuando expresa: “... el fin de cometer un delito...”⁴⁰. Por lo que al tratar la tentativa directamente no se hace cargo de esa parte de la norma, cuyos antecedentes históricos - como se vio - nos confirman que admite únicamente el dolo directo y el de consecuencias necesarias, y no el eventual. Zaffaroni, por su parte, entiende que ese tramo legal hace referencia al dolo en sentido genérico. Al igual que Bacigalupo centrará el énfasis del análisis únicamente en la palabra “determinado”. Manera parcial de ingresar al tema y predeterminada por haber adscripto a una posición teórica.

Para él esa palabra no excluye la posibilidad de tentativa con dolo eventual. La palabra “determinado” tiene para él otro sentido, pues sería un “monstruo ontológico” (sic) tener el fin de cometer un delito indeterminado. Según este autor, razones históricas y dogmáticas indican que este término significa que la ley optó por excluir las tentativas de delitos contra la vida y la integridad física cometidas con dolo de ímpetu. Nos dice que el dolo de ímpetu es el que responde a una reacción súbita, poco planificada, al ímpetu de las pasiones, por lo que normalmente coincide con situaciones de emoción violenta. Ese dolo de ímpetu también puede ser dolo eventual, siendo el único caso para la ley argentina en que no se acepta dolo eventual en la tentativa, al menos en los delitos contra la vida y la integridad física. Dice que la expresión *determinado* proviene de que el legislador argentino aceptó la tesis de Carrara que había rechazado el Código Zanardelli y que la frase “el fin de cometer un delito” proviene de ese Código. Afirma que de las opiniones de Carrara se hicieron cargo en la Argentina Adán Quiroga y Rivarola. Cita después la redacción del proyecto argentino de 1917 y menciona genéricamente las críticas que se le hicieron en la Comisión del Senado al proyecto del Dr. Moreno (h.) que exigía en la tentativa el delito premeditado de antemano. Agrega que “ Por otra parte la doctrina de la época

⁴⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 519.

hablaba frecuentemente de dolo indeterminado, pero la comisión empleó la expresión determinado para calificar al sustantivo delito. En una reconstrucción dogmática cabe entender que la expresión fin de cometer un delito es igual a dolo y que determinado es el dolo y no el delito de su definición⁴¹ – el subrayado me pertenece –.

En prieta síntesis, según lo que se entiende de la exposición de este autor, la palabra *determinado* adjetiva en realidad al dolo. Y aquel término que tiene su origen en Carrara tiene el sentido de excluir el dolo de ímpetu de la tentativa en ciertos delitos. Siendo que esta especie de dolo puede ser en determinados casos también dolo eventual.

Considero que las conclusiones a las que arriba Zaffaroni son contradichas por la misma fuente doctrinaria e histórica que invoca. Si acudimos al *Programa de Derecho Criminal* de Francesco Carrara dentro del título “De la Fuerza Moral Subjetiva del Delito”, en el párrafo 70, el célebre jurista italiano distingue dos especies de dolo:

“dolo determinado, que es el que lo forma la intención directa, y dolo indeterminado que es el que se encuentra en la intención indirecta positiva... El dolo indeterminado presupone una intención malvada, que esté dirigida al fin de agraviar el derecho ajeno, y acompañada de la previsión de poder lesionar también un derecho más importante, y producir así un daño mayor, pero sin la voluntad positiva de ofender también este derecho ulterior. Si se presenta este agravio ulterior, el dolo es determinado, con respecto a la primera, e indeterminado con respecto a la segunda”

“Estas dos especies constituyen diversos grados del dolo, si se considera su gravedad por el aspecto de la certeza en la determinación”⁴² – el subrayado me pertenece –.

Esta sola cita demuestra que si tomamos como fuente de la palabra “*determinado*” las tesis de Carrara, cabe concluir que el dolo eventual queda excluido de la tentativa. Ello, porque la definición que da Carrara del dolo determinado concuerda con nuestro dolo directo, mientras la que da del dolo indeterminado se compadece con el significado que hoy se le da al dolo eventual. Por lo tanto, esto evidenciaría lo inconsistente de la posición de Zaffaroni. Por lo demás, la *certeza* en cometer cierto delito que es el baremo para distinguir ambas

⁴¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, op.cit., pág. 824.

⁴² Carrara, op. cit. Tomo I, págs. 74 a 75 CP.

clases de dolo nos recuerda al lenguaje utilizado por el Dr. Rojas en su Informe.

Carrara, también hace otra clasificación del dolo en orden al criterio combinado de la duración y la espontaneidad en la determinación criminal. Así habrá cuatro grados de dolo: el primero está en la premeditación, el segundo en la simple deliberación, el tercero en la súbita resolución y el cuarto en la pasión ciega. Dice Carrara que los dos primeros grados se reúnen en el lenguaje usual bajo la denominación de dolo de propósito y los dos últimos, bajo la expresión dolo de ímpetu. Pero, a pesar de ello, dice que hay que subdividir las fórmulas como él lo hace⁴³.

Aquí aparece el dolo de ímpetu al que alude Zaffaroni. Pero corresponde a otra clasificación distinta a la del dolo determinado e indeterminado. Sin embargo, ello no impide que ambas clasificaciones no interactúen entre sí.

Toda duda que pudiese existir, a mi modo de ver, queda dilucidada con las enseñanzas de Carrara al tratar “De la tentativa” donde analiza uno de sus elementos que es “con explícita voluntad” en el párrafo 367:

“Para afirmar que ciertos actos fueron preordenados por el agente a fin de obtener un efecto diverso del que ha resultado, no basta estar en grado de considerar que el resultado no obtenido fue un efecto que fácilmente lo podían producir los mismos actos, y que se podía prever con facilidad, pues también es necesario estar seguro de que el agente no sólo pudo preverlo, o que lo previó vagamente, sino que precisamente quería producir el efecto no obtenido, antes que el efecto que obtuvo. Así, por ejemplo, es necesario estar seguros de que quería matar y no sólo herir, cuando en realidad hirió y no mató.

Esta voluntad explícita, firmemente dirigida a conseguir un fin determinado, no se puede sustituir por una previsión vaga, por la incertidumbre en que se encuentre el agente acerca del efecto que producirá; en una palabra, no basta la situación de dolo indeterminado”, que como vimos sería el equivalente al dolo eventual.

Más adelante Carrara tratará los delitos cometidos por repentino ímpetu de las pasiones como excluido de la tentativa como un caso en que el dolo queda también indeterminado.

En otros escritos de Carrara, él explica puntualmente la cuestión y confirma lo que se viene diciendo. Dice que las figuras de delito consumado y del delito

⁴³ Carrara, *op. cit.*, pág. 75 a 79.

tentado “difieren en el elemento intencional porque para volver imputable el delito consumado basta tanto el dolo indeterminado como el determinado, vale decir, la sola previsión del mal producido sin el firme propósito de producirlo. Por el contrario, la tentativa no es imputable como delito si no fue ejecutada con la intención directa, y la culpa y el dolo indeterminado no bastan para constituirla”⁴⁴

En definitiva, la tentativa desaparece en los casos de dolo indeterminado, siendo el dolo por ímpetu de cólera un caso más y no el único si tomamos la obra de Carrara en forma íntegra. La posición contraria incurre en la falacia de tomar la parte por el todo (*pars pro toto*).

Conclusión de los casos 1 y 2

En conclusión, queda demostrada en los dos pensadores argentinos la manera pseudo-dogmática de pensar el derecho penal. En el fondo hay una raíz afectiva e intelectual con el finalismo del autor alemán Hans Welzel que admitía la tentativa del dolo eventual como derivación del siguiente silogismo: si el delito consumado admite dolo eventual y el delito tentado es un modo inconcluso de aquel, luego la tentativa también admite dolo eventual. Pero este silogismo no puede ser trasladado a nuestro derecho positivo porque si en él incluimos la letra del Art. 42 CP, lo que corresponde hacer en virtud del principio de legalidad y reserva (Art. 18, 19 y 75 inciso 12 CN), llegamos a otra conclusión: si bien la figura específica del Libro Segundo del Código Penal, puede admitir el dolo eventual, la tentativa del Art. 42 CP sólo admite el dolo directo, luego la tentativa no admite en ningún caso el dolo eventual y es una forma ampliada de punibilidad en la que debe respetarse estrictamente lo que el legislador quiso decir. Respecto del razonamiento de Welzel, sea que se lo tome como ontológico, o como basado en el Código Penal alemán que tuvo y que tiene una redacción muy diferente al nuestro, cabe decir que en ninguno de ambos casos tienen anclaje en nuestro derecho positivo, so pena de reemplazar la legalidad argentina por el: “*nullum crimen nulla poena sine Welzel*” o “*nullum crimen sine STGB*”. En el caso de Zaffaroni, infiero que la posición que adopta es una consecuencia de haber fundado el dolo en el Art. 42 CP y que, por ser coherente con esa decisión teórica, termina por ser incoherente con la máxima taxatividad, estricta legalidad y con la regla *pro homine*.

⁴⁴ Tentativa e consumazione, ps. 339 y 340, en “Reminiscenze de Cattedra e foro” cit., p. 333. La cita es tomada de NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Editorial Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978, págs. 315 a 316.

Lo que se querrá enseñar al alumno no es que adhiera a una u otra posición que el docente le imponga. Lo que se buscará es que no se forme en la compilación de argumentos de autoridad sin hacer el control de calidad de los mismos. Sea porque no se respeta la letra de la ley, sea porque se cometen falacias, sea porque se afectan garantías constitucionales, sea porque no se respetan las fuentes históricas, por citar algunos tópicos. Así como se exige la transparencia y racionalidad de los actos de los poderes públicos, el alumno debe exigir lo mismo de los teóricos. Para ese control necesita criterios y lo que se propone es que maneje, entre otras herramientas, las reglas, métodos y pautas de orientación de la interpretación y que tenga cierto sentido de la realidad del sistema penal a partir de la lectura de estudios de campo o de otras ciencias, sin confundir los diversos planos de análisis y datos de las otras ciencias o disciplinas.

XIV. La ciencia del derecho y los desempeños profesionales. Dos escalas íntimamente relacionadas y en plena interacción.

Hay semejanzas y diferencias entre el teórico como productor de la ciencia del derecho y quienes intervienen en un proceso judicial para discutir o decir el derecho (fiscales, defensores y jueces). O que participan en una comisión legislativa para debatir un proyecto o una reforma de una ley. O quien debe realizar un dictamen legal.

Si algo hay en común es que todos son intérpretes del derecho, de manera que es importante que el alumno pueda reconocerlo para que sepa que los procedimientos que efectuará en un futuro como litigante, juez, asesor o legislador no distan con los del hacedor de la ciencia del derecho. Y que como consecuencia de esa toma de conciencia no delegue ciegamente en el teórico la tarea del pensar y se someta sin más a los dictámenes de la ciencia, que tiene la sobresaliente nota de ser “provisoria”. Pues de lo contrario, la razón y el avance de la disciplina se estancan. Pero para llegar al nivel de poder detectar problemas, discrepar, refutar y proponer soluciones será necesario siempre la silla, la lámpara, buenas lecturas que fomenten el pensamiento y horas de tiempo leyendo, relejendo y pensando en las palabras, en las relaciones jurídicas, en los casos.

La diferencia del teórico con relación a los restantes, es que su objeto de estudio es primordialmente las reglas jurídicas que integran determinado sistema jurídico, del cual seleccionará aquellas que son atingentes a su especialidad, lo someterá al análisis, sintetizará sus conclusiones, y trascenderá el dato recibido elaborando pautas teóricas no falsadas o problematizando aquellas que hasta entonces la doctrina ha aceptado. Ciertamente es que en la elaboración de la ciencia recurrirá a casos penales, por lo general, hipotéticos para demostrar la validez de sus conclusiones o falsar una proposición.

El litigante o el juez, en cambio, tendrán frente así al caso ya no hipotético sino real al cual deberán valorar jurídicamente. Para ello conjuntamente con las leyes contarán con las elaboraciones de la ciencia jurídica que serán un referente para el debate y resolución de los conflictos que se dirimen en los procesos judiciales. Así como también con la jurisprudencia donde se ven plasmadas la interacción de las teorías y los pensamientos de los jueces.

Sin embargo, las particularidades de los casos reales y sus complejidades establecen múltiples relaciones con las teorías. Así, las teorías pueden reafirmarse ofreciendo una clara solución al supuesto debatido, las teorías pueden ser falsadas, pueden mostrar sus incoherencias lógicas y axiológicas, pueden no haber previsto el problema, los problemas no previstos pueden resolverse siguiendo los lineamientos teóricos o pueden no resolver según esos lineamientos, el caso puede mostrar la ausencia de soporte legal de la teoría. El listado es enunciativo.

En los supuestos en que los casos desafían las teorías, situación que no es infrecuente, el litigante o el juez se encuentran en soledad y tienen que proceder a establecer un discurso que sea válido jurídicamente para el cual son de gran utilidad el manejo de todas las herramientas epistemológicas que se han venido mencionando.

El norte que se propondrá en el curso, sin perjuicio de los intereses que se juegan en los litigios, es ver al derecho penal, en último término, como un derecho constitucional reglamentado.

Como ya se dijera, la teoría del delito, la teoría de la pena, las teorías sobre el delincuente y sobre la víctima deben tender a una armonización con los principios, derechos y garantías receptados en la Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con igual jerarquía, que han

incorporado un gran caudal de reglas al sistema jurídico como así también preambulos que postulan líneas filosóficas.

Antes de culminar este acápite sobre las vinculaciones entre la ciencia del derecho, los desempeños profesionales y la educación legal, es de interés recordar aquella clasificación teórica de los tratados de dogmática más tradicionales, que distinguían la interpretación según el sujeto que la realiza:

1. Auténtica.	El propio legislador.
2. Doctrinaria.	La que hacen los tratadistas y quienes publican sus trabajos en las revistas especializadas.
3. Judicial.	La que efectúa el Juez.

Esta clasificación, que irradia una impronta de exclusividad de la tarea de desentrañar el sentido de la ley, provoca una serie de efectos contraproducentes en la educación legal: 1) la idea de que la ley sólo puede ser interpretada por unos pocos; 2) asignar sumo poder a la palabra de los juristas; 3) debilitar la iniciativa del alumno en el camino del debate y de la interpretación autónoma. Y también los efectos negativos se verifican en las prácticas: la vitalidad, injerencia y poder de los juristas del momento; las monopolizaciones discursivas, etc.

Algún punto de conexión hay en esa clasificación con la tradición hermenéutica de las sagradas escrituras, en cuyo contexto se destacan las interpretaciones de los teólogos oficiales por oposición a las heréticas. En fin, que las escrituras hablen únicamente a partir de quienes han sido instituidos para esa labor o tolerados por la autoridad religiosa.

La verdad es que todos interpretamos la ley. Lo óptimo reitero es que el estudiante sea consciente de ello desde un inicio, reforzarle esta idea, propiciar la actividad y otorgarle los útiles epistemológicos.

Aquella clasificación, tripartita, casi esquelética, debiera ser necesariamente complementada. Habría que agregar en la interpretación judicial la que realiza, verbigracia, el Ministerio Público, quien tiene la potestad de utilizar la fuerza pública, formular requerimientos, acusaciones, siendo algunas de sus decisiones vinculantes; la que efectúan los defensores en cuanto la exégesis que hagan de las normas para contribuir a una equilibrada solución que contemple todos los

intereses en juego; las que hacen otros operadores del engranaje judicial como ser los peritos psiquiatras en sus dictámenes con relación a locuciones decisivas como la “comprensión de la criminalidad del acto”; la practicada por el personal de mesa de entradas de un Juzgado o UFI acerca de los reglamentos o del Código Procesal, vedando el acceso a las causas o permitiendo tomar vista; la que realizan las fuerzas de seguridad en su actuación de prevención contra el delito ya sea de sus leyes reglamentarias, el Código Procesal y el Código Penal (la carátula que le colocan a las actuaciones, las medidas que toman en función de aquella decisión, etc.).

Todo esto demuestra que la tarea de interpretación es inevitable y constante, así como los efectos concretos que produce en las prácticas judiciales, desde la labor más elemental en una mesa de entradas hasta el dictado de una sentencia que decide el destino de una persona. En conclusión, cualquier ciudadano que lea una norma jurídica en el mismo acto la está interpretando. No debemos ignorar esto, ni eludir la responsabilidad que hay en ello. Y menos aún, confiar exclusivamente en la palabra de los teóricos.

XV. El voto del Dr. Ouviaña en el Plenario de la Cámara Nacional Criminal y Correccional “Costas, Héctor y otro”. Un modelo a seguir

En el pronunciamiento jurisdiccional aludido en el título del acápite, del 16 de octubre de 1986, el Dr. Ouviaña concurrió a emitir su voto con relación a la cuestión por la que se originó la reunión en pleno de la Cámara: Si encuadra en el concepto de “arma” del art. 166 inc. 2° del Cód. Penal, el uso de un arma descargada apta para disparar. Se debatía el análisis semántico de la faz objetiva de la figura calificada del robo con armas, según la entonces vigente redacción de la ley 20.642.

El voto del Dr. Ouviaña, en el que dio sus propios fundamentos y adhirió también a los del Dr. Madueño representa el tipo de modo de pensar el derecho que se quiere infundir a los alumnos.

El Dr. Madueño se hizo cargo del método histórico y teleológico de interpretación del término arma con el estudio de la Exposición de Motivos, la

discusión en la Cámara de Diputados, los comentarios de Rodolfo Moreno en *El Código Penal, sus antecedentes*, las opiniones de Soler y Nuñez sobre el fundamento de la agravante y la definición de arma según el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. El Dr. Ouviaña obvió reproducir estas razones a las que adhirió y agregó las suyas.

En su voto se ocupó de ingresar al análisis del correlato semántico del término “arma” comenzando por apelar al sentido común y el generalizado uso idiomático que se acostumbra dar a ese término. Esto es, del lenguaje natural de la gente con el que se hacen las leyes. Fuente de información difusa y compleja que, según él, ha dificultado el tratamiento del tema pero que la doctrina y jurisprudencia fueron precisando a través del tiempo de vigencia del texto legal. De esas fuentes afirma que se extrae un “mínimo acuerdo” sobre lo que es arma. Comprueba que lo que distingue específicamente el arma es la caracterización que se formula en torno a la función que se le asigna (ataque o defensa), la que tiene prevalencia sobre el origen o restantes propiedades del instrumento. Luego, realiza un extenso análisis desde la lógica a través de las clases y subclases de objetos. Dirá que cualquier objeto puede integrar el conjunto lógico de “las armas” si es utilizado en función ofensiva o defensiva. Pero que también puede darse el fenómeno inverso, pues ningún miembro de la clase armas tiene asegurada a perpetuidad su inclusión. Por lo que el artefacto no cargado al no cumplir con su función de ataque o defensa no integran el grupo de “las armas”. Hará, luego, una segunda observación lógica señalando que las armas de fuego pertenecen a las armas lanzadoras de modo que sin la inevitable conjunción del mecanismo lanzador y del objeto que se arroja tal instrumento no puede satisfacer la función de arma. Por eso no puede predicarse de una de las partes (el arma sin el proyectil) la propiedad del todo, pues se estaría incurriendo en la falacia de la división.

Culminada la consideración lógica continúa con un análisis estrictamente jurídico. Indica que las armas de fuego, a diferencia de otras armas lanzadoras como el arco con su flecha, no ofrecen la posibilidad de percibir si se encuentran o no cargadas, por lo que pueden generarse tanto errores en el propio agente que las emplea como en la víctima o terceros. Se trata de efectos concomitantes que no pueden ser obviados pero que tampoco corresponde otorgarles la máxima valoración para encuadrar el hecho como robo agravado, sino que tendrán

impacto sobre la determinación judicial de la pena (Arts. 40 a 41). Sostiene que el arma descargada, más allá de la intimidación a la víctima o la peligrosidad del autor del robo, es un dato objetivo que no puede ser confundido con lo opuesto y no probado (arma cargada y apta para el disparo). Que resulta inadmisibles zanjar la cuestión con una presunción lo que contravendría elementales principios procesales y garantías constitucionales. Tampoco será razonable sustituir un elemento objetivo contenido en un tipo penal, por consideraciones subjetivas. Por último, analizará diferentes alternativas según que el victimario o la víctima tuvieran conocimiento o no de que el arma estuviere descargada y con ello refutará las posiciones antitéticas a las que propicia.

XVI. Educación legal y prácticas penales.

¿Es posible leer la intención, la disposición cognitiva y la memoria del hombre moderno a partir del modo en como cruza una calle en una gran ciudad? ¿Cómo mira un daguerrotipo antiguo? ¿Cómo se asoma el humo de una locomotora por el techo de la construcción de la estación de St. Lazare?

Ralph Buchenhorst ⁴⁵

La educación legal y las prácticas penales, son tópicos estrechamente relacionados que contribuyen a la constitución del penalista. Aquellas traslucen, como producto cultural y político, determinadas formas del pensar que responden a una tradición jurídica, a “ ... un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente ... acerca de la naturaleza de la ley ... acerca de la organización y operación de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse ... ”.⁴⁶

La manera cómo el alumno estudia el derecho penal en la academia y cómo recibe los conocimientos perfilan y perfilarán en él una disposición cognitiva determinada, en la que cumplirá un rol fundamental el profesor, que, por lo general, sigue el pernicioso modelo de imposición de conocimientos que espera

⁴⁵Benjamin, W., *Estética y Política*, Editorial Las Cuarenta, Buenos Aires, 2009, prefacio a la obra por Ralph Buchenhorst, intitulado Mesianismo y vida cotidiana, Caracterizaciones del pensamiento de Walter Benjamin, pág. 14.

⁴⁶Merryman, J.H., *La tradición jurídica romano - canónica*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pág. 15.

sean reproducidos fielmente por su destinatario.

Esa tradición es transida en materia de derecho penal por una fuerte actuación de las teorías, abstracciones, principios, lenguajes sofisticados⁴⁷, portadores al fin y al cabo de posiciones político - criminales, que por más que a veces sean puestas sobre el tapete y en apariencia ajustadas a posturas democráticas o liberales encubren o producen efectos no deseados en las ulteriores prácticas de los potenciales abogados y de la administración de justicia, que no se condicen con los puntos de partida teóricos. Nomás indáguese uno mismo, si acaso los lenguajes engorrosos de los penalistas - tema que se tratará en el último capítulo - actúan como suerte de obstáculo que cercena al ciudadano común la comprensión de los actos de poder imbricados en el proceso penal y a él dirigidos; pregúntese en qué medida ésta actitud es republicana o si por el contrario representa un afán de obtención de status intelectual, científico, de distinción o de elite. Es que de por sí la educación legal, sus características epistemológicas específicas son las responsables de la modelación de un sujeto determinado de conocimiento y de poder.

Adentrados en el terreno de las prácticas, cómo un funcionario o un abogado de la profesión libre lee un expediente, cómo resuelve una caso, qué cuestiones privilegia, cuáles otras desecha, cómo las trabaja, cómo actúa en las audiencias y en la gestión de las causas, en qué medida se escucha a las partes, a quién se selecciona como interlocutor de las decisiones jurisdiccionales, en qué grado existe interés en la legibilidad y comunicabilidad de tales decisiones, las palabras empleadas, son todas cuestiones que vienen seriamente afectadas por el peregrinaje académico en la carrera de grado que se complementa con los estudios de postgrado.

Apuntando ideas: desde los mismos inicios de la carrera universitaria el alumno comienza a digerir y ser partícipe directo de una tradición que se destaca por la importancia atribuida a la palabra de los teóricos, artífices de una “ciencia” jurídica que abusa del uso de definiciones y principios, constructores de sistemas supuestamente autosuficientes y coherentes, expositores de categorías jurídicas que son tomadas como indiscutidas, y por lo tanto, naturalizadas y que pasan a conformar el aparato cognitivo del estudiante. Factores que determinan el aprendizaje de la ley y repercuten directa e indirectamente en el posterior ejercicio

⁴⁷Cuestiones destacadas en las materias Política Criminal y Epistemología de la Especialización de Derecho Penal de la UNLP.

de las prácticas en un determinado sentido, que echa luz sobre algunos ápices y oscurece otros⁴⁸.

Las prácticas, por sí mismas, requieren de diversas habilidades clausuradas por el aparato teórico. *En términos generales* la educación legal no entrena al alumno para la detección de problemas, su formulación óptima y la elaboración de estrategias para resolverlos. Con la conciencia de estos defectos es que se han sentado los lineamientos epistemológicos desarrollados en este capítulo, buscando desnaturalizar algunos procedimientos de nuestra tradición jurídica, como el recurrir sin más a los “diccionarios” de los juristas, sin ningún tipo de disquisición por el alumno y, al mismo tiempo, promover su reflexión tanto en la problematización como en el pensamiento relacional y dinámico de los conjuntos normativos a partir o no del “caso”, a lo cual no suele estar habituado, y que demandan la toma de una decisión personal, la argumentación, la evitación de falacias, entre otras habilidades.

⁴⁸ En la materia Epistemología del postgrado de la UNLP, a cargo de Ernesto Domenech, se presentó un catálogo no exhaustivo de ítems soslayados, minimizados o tratados inadecuadamente en las prácticas y que se vinculan con el pensamiento dogmático, vg., relegación de la víctima (derivada del poco registro del otro), inadecuados proceso de comunicación con el justiciable (lenguajes rebuscados de los dogmáticos), confección de requerimientos fiscales en forma de inventario con escasa valoración de la prueba, omisión en las actas testimoniales de las preguntas formuladas, superposición del lenguaje de la ley en la descripción de los hechos, falta de interés en el contexto (elevado nivel de abstracción de la dogmática y ocultamiento de problemas), entre otros.

*El buen penalista... finalmente dice
(el lenguaje)*

“... Empezó denunciando la opresión que ejercían los ricos sobre los pobres mediante el uso, en los tribunales, de una lengua incomprensible como el latín: “Yo soy de la opinión que hablar latín es un desacato a los pobres, ya que en los litigios los hombres pobres no entienden lo que se dice y se hallan aplastados, y si quieren decir dos palabras tienen que tener un abogado...”⁴⁹

Uno de los temas que se abordaron en las materias de Política Criminal y Epistemología de la Carrera de Especialización, que considero una concreta manifestación para la mejora del servicio de justicia, es la deseable claridad del lenguaje en la administración de justicia con el objetivo de que no se frustren los procesos de comunicación hacia los justiciables, sus familiares y el resto de la comunidad. Se trata de un problema que afecta a las presentes generaciones de “especialistas” del derecho penal y que debe comenzar a revertirse desde la misma academia.

La publicidad de los actos de los poderes públicos no tiene sentido si lo que se publica no se comprende por quien padece o es destinatario de las decisiones de la justicia.

La Escuelas Judiciales de Nación y de esta provincia incorporaron dentro de sus contenidos específicos al estudio del lenguaje como un tema de relevancia (junto a la ética, la gestión y la epistemología) que corresponde que esté presente desde la misma carrera de grado, pues no tiene mucho sentido, en mi opinión, instruir a personas en un lenguaje imbricado y tortuoso, propio de los actuales teóricos del derecho penal, por un lado, y del lenguaje del fuero, por el otro, como algo connatural y perjudicial para la comunicación con el justiciable, y trabajar recién esta temática en los niveles de posgrado o en la misma escuela judicial cuando el abogado ya está formado en el vicio del habla complejo y difícil.

La manera rebuscada y retorcida de hablar y escribir de celebres penalistas contemporáneos es una tendencia que irradia sus vicios sobre la academia y el funcionamiento de la justicia penal, porque necesariamente los funcionarios que llevan adelante el engranaje punitivo fueron alumnos y consumidores de teoría o

⁴⁹ Ginzburg, Carlo, *El queso y los gusanos. El cosmos, según un molinero del siglo XVI*, Muchnik Editores S.A., Barcelona, 1999, pág 97. Según las propias palabras del autor “Este libro narra la historia de un molinero friulano - Domenico Scandella, conocido como Menocchio - muerto en la hoguera por orden del Santo Oficio tras una vida transcurrida en el más completo anonimato” (GINZBURG, *op. cit.*, pág. 3).

actualmente lo hacen a través de cursos de postgrado, o recurren a la teoría para fundar sus planteos o decisiones, o por pura devoción⁵⁰.

La ciudad de Buenos Aires, puerto natural por donde históricamente salieron e ingresaron las mercaderías y que determinó su auge socio-económico, cultural y político, es por donde sigue ingresando la mercancía cultural foránea a través de sus universidades. Lo alemán, es lo más demandado por los penalistas. Imitar a los alemanes; o trasplantar sus teorías como se vino viendo; o sus esquemas epistémicos, de los cuales el hablar difícil es una nota característica, parecen ser algunos de los perfiles habituales del penalista.

En simultáneo, la gran parte de la “clientela” de los tribunales penales y de las unidades penitenciarias no accede a un nivel de instrucción mínimo.

Esta tendencia en el lenguaje marca un serio problema, pues si se suma a las palabras propias del fuero - que de por sí son incomprensibles para el justiciable - las rebuscadas formas de comunicación aludidas, el derecho penal termina por transformarse en una suerte de derecho de elite, accesible para pocos.

La situación planteada para nada es deseable en un república, en que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través su sus representantes y si éstos mismos o los funcionarios que designan para ejercer el poder punitivo del Estado se expresan en un lenguaje innecesariamente complejo, la transmisión del contenido de los actos de poder a sus verdaderos destinatarios (el ciudadano común, el procesado y el condenado) puede ser ilusoria.

También el problema se extiende al principio de legalidad. Recordemos que una de sus funciones, además de actuar como garantía material de límite al poder, es ordenar la conducta de los individuos para que éstos conozcan la ley previa y en función de ella orienten su vida diaria o reclamen por sus derechos. Pero si las sucesivas reformas legislativas e incorporación de nuevas normas tornaron cada vez más híbrido el sistema legal, dificultando que el ciudadano se guíe con la sola letra de la ley como exclusiva fuente de información; las

⁵⁰ Sobre los orígenes de este modo de expresión esotérico, el Dr. Edmundo Hendler, en un brillante artículo que tomo como punto de partida e inspiración, escribe: “está claro que, antes de que se generalizara la influencia del Derecho penal alemán, los textos de la materia se expresaban de otro modo mucho más accesible. Las obras, por ejemplo, de Rodolfo Rivarola a fines del siglo XIX, o de Eusebio Gómez, a mediados del siglo XX, están escritas en un aceptable castellano. La “dogmática penal”, obra de... los penalistas alemanes, fue introducida entre nosotros con la publicación del tratado de Sebastián Soler, autor que, sin embargo, fiel a sus ancestros hispánicos, conservó todavía un idioma bastante pulido y legible. Fue con posterioridad a él que comenzaron los desvaríos lingüísticos” (Hendler, Edmundo Samuel, “El lenguaje de los penalistas” en “Nueva Doctrina Penal”, Editores del Puerto, 2005/B, pág. 2).

complejas y rebuscadas formas de expresarse de los penalistas, agravan el problema aún más. Y la inseguridad jurídica no sólo es para el ciudadano común, sino también para los operadores jurídicos que lidian con difíciles problemas lógicos de los sistemas jurídicos y con engorrosas formas de expresarse de los juristas que toman de referencia. Un doble problema.

Como se dijo en el primer capítulo de este trabajo, quizá estemos en camino de retornar a los tiempos en que Beccaria escribió *De los delitos y las penas* en los que regían diversas recopilaciones de leyes, especialmente romanas, en idiomas ajenos al pueblo, como el latín, sobre los que se realizaban comentarios o glosas y se recurría en exceso a la cita de los maestros o de la autoridad, comprensibles para la nobleza. ¿No se reproduce este esquema en la actualidad con las citas de los teóricos comprensibles únicamente para los especialistas?

Menocchio, un molinero poco habitual del siglo XVI: “Comprendía que la escritura, y la capacidad de apoderarse de la cultura escrita y transmitirla, son fuentes de poder. No se limitó, por ello, a denunciar una “traición a los pobres” por el empleo de una lengua burocrática (y sacerdotal) como era el latín. El horizonte de su polémica era más amplio. “¿Qué te crees?, los inquisidores no quieren que sepamos lo que ellos saben”, exclamó ... a Daniel Iacomel, paisano suyo”⁵¹.

El lenguaje no es, entonces, una cuestión menor, debe ser una garantía para el ciudadano y para que ello suceda tiene que ser asequible en lo posible para cualquier interlocutor. Los juristas deben esforzarse para que sus discursos puedan ser fácilmente transferibles y llevar a los justiciables mayor seguridad.

Lo imperioso de que los alumnos tomen conciencia desde su tránsito por Derecho Penal I del problema y procuren revertirlo no es una cuestión puramente axiológica. Diversas disposiciones del sistema legal se refieren expresamente al lenguaje directa o necesariamente. El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, al regular los actos procesales dispone en su Art. 99 que en ellos debe usarse el idioma nacional argentino⁵², bajo sanción de nulidad. Respecto de

⁵¹ Ginzburg, *op. cit.*, pág. 143.

⁵² El fin de este artículo es la comunicación. El idioma nacional no sólo se compone por las palabras de la Real Academia, sino por el habla. Ha dicho Felipe Fucito con relación al discurso judicial y quienes escriben difícil: “Muchos de estos pretenciosos literatos se consideran legitimados, pues las palabras que utilizan existen en el Diccionario de la Real Academia Española. Sin embargo, adolecen en este punto de la misma miopía que a veces presentan en lo estrictamente jurídico: así como confunden la norma legal con el derecho vivido, también lo hacen con la lengua y el habla. Creer que todo lo que está en el diccionario tiene vida, es como entender que toda norma legislada por ello tiene eficacia, como si un modelo de ley física fuere aplicable a la lingüística y a la vida del derecho” (Fucito, Felipe, “Digresiones sobre el discurso judicial”, *Revista de Sociología*

las notificaciones, el art. 121 exige que ellas transmitan con claridad y precisión el contenido de la resolución o de la actividad requerida y las condiciones o plazos para su cumplimiento. En la declaración del imputado, el Agente Fiscal le podrá formular preguntas que deberán ser claras y precisas, nunca capciosas ni sugestivas (Art. 313 CPP). El Art. 335 CPP estatuye que el titular de la acción pública efectúe en su requerimiento de elevación a juicio una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho. El Art. 349 CPP que regula la ampliación del requerimiento fiscal durante el debate obliga a este funcionario a *explicar* al imputado los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen e informarle los derechos constitucionales que le asisten. El mandato según el cual el juicio debe ser oral y público (artículos 342 y 365 CPP) presupone la claridad en el lenguaje utilizado para que los ciudadanos que concurren puedan comprender lo que se discute. Y principalmente quien debe comprender lo que allí acontece es el imputado para que pueda ejercer las facultades que para el debate oral otorga el artículo 358 CPP. El Artículo 371 CPP que norma el veredicto y sentencia, impone a los jueces que la resolución contenga una exposición *clara*: a) de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados; b) de las valoraciones de los medios de prueba que fundamentan sus conclusiones; c) de la enunciación de las razones por las cuáles no fueron atendibles las pruebas decisivas contrarias a la mismas. Debiendo responder a los planteos sustanciales realizados por las partes. Si bien el Código Procesal Penal es expreso en esas normas acerca de la claridad en la comunicación, este extremo debe aplicarse a todas las comunicaciones de hechos y derechos que se hacen en el proceso al imputado, a las víctimas, a sus respectivos familiares y a la sociedad en general.

Según dispone nuestra Constitución Nacional, nuestra forma de gobierno es la representativa republicana (Art. 1°); cada provincia debe dictar una constitución bajo ese sistema representativo (Art. 5°); se prevé la intervención del Gobierno federal en el territorio provincial para garantizarlo; los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entre fe en las demás (Art. 7°); todos los habitantes gozan del derecho de peticionar a la autoridades (Art. 14); todos los habitantes son iguales ante la ley (Art. 16); se le garantiza al ciudadano diversas garantías penales, materiales y procesales (Artículos 18 y 19); el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes (Art.

22); el Congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados (Art. 24 y 118 CN).

Estas normas reseñadas, en su conjunto, muestran la necesidad de que el lenguaje de los penalistas corresponde que sea comprensible para los habitantes de nuestro país. Si la soberanía tiene su origen en el pueblo, si el pueblo es la base de la autoridad del poder público (Art. 21 inc. 3° DUDH), el poder debe hablarle al ciudadano en su lenguaje natural, por intermedio de sus leyes, decretos y sentencias. Cómo sería posible realizar un juicio por jurados, integrado con gente común, si los penalistas discutieran en términos incomprensibles ⁵³, propios de una comunidad cerrada, o con formas de razonamientos intrincadas. Por más que tengamos el Art. 18 y 19 CN y toda clase de construcción teórica declamada como liberal, el tránsito por los tribunales con un lenguaje oscuro - conjuntamente con otras notas de su deshumanización burocrática - puede asemejarse para quien lo padece a los sinuosos, incoherentes, desesperantes y absurdos senderos que aquel personaje de Kafka debió recorrer para terminar siendo ejecutado, en forma clandestina, por dos hombres, sin saber ni haber comprendido hasta el último momento de qué era responsable ⁵⁴.

La comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, (Art. 8 apartado b inc. 2° CADH) y toda posterior que se le haga, debe ser del modo más accesible al justiciable, en un idioma que comprenda (Art. 14 apartado 3° a. PIDCYP), despojada de toda complejidad u oscuridad que porte de trasfondo una discriminación por motivos sociales, posición económica o cualquier otra condición social (Art. 1 DADDH y concordantes de los Tratados incorporados por el Art. 75 inciso 22 CN) que altere el derecho de todas las personas a un trato igual ante los tribunales y cortes de justicia (Art. 14 apartado 1° PIDCYP).

Entiendo haber demostrado que el lenguaje claro y comprensible es una garantía innominada que nace del principio de la soberanía del pueblo y de la

⁵³ “los penalistas somos... insoportables por el lenguaje que empleamos. Las expresiones que nos son más familiares resultan incomprensibles, no solamente para el común ciudadano de a pie, sino también para los hombres de derecho dedicados a otras ramas jurídicas que, como todos los que no han sido iniciados en la así llamada “teoría del delito”, ignoran el significado de vocablos y giros como “error de tipo”, “atribuibilidad”, “exigibilidad”, “error de prohibición invencible”, “conciencia de antijuricidad”, “desvalor de acción”, etc. No faltan entre ellas los abusos idiomáticos como el de dar significado de sustantivo a palabras que en castellano sólo existen como adjetivos: “el ilícito” o “el injusto” que cabe suponer, son la traducción incorrecta del alemán” (Hendler, *op. cit.*, pág. 1).

⁵⁴ Kafka, *El Proceso*, Editorial Errepar, Buenos Aires, 2000.

forma republicana de Gobierno: Art. 33 CN, que se distingue de la publicidad de los actos de gobierno. Puede haber publicidad y sin embargo el ciudadano no puede comprender aquello que se publica. Por lo tanto, el lenguaje engorroso de los penalistas contribuye o puede contribuir a que esa garantía republicana y liminar sea conculcada.

El problema del lenguaje de que venimos hablando, por la razones dadas, es un tópico llamado a ser colocada ante la vista de los alumnos de grado y hasta incorporado dentro de los programas de estudio.

Si se quiere formar un abogado republicano, consciente del panorama en que se desenvuelve la problemática penal, en la que está ínsita parte de la tragedia humana integrada por sujetos provenientes de diversos sectores económicos y culturales, se impone como una de las metas en la academia el tratamiento del lenguaje como vehículo de comunicación entre poder y ciudadanía, o entre profesionales y ciudadanía.

Tópicos generadores y desempeños de comprensión (utilizando las palabras de la docencia) tienen que estar al servicio de los alumnos para que puedan explicar lo rebuscado de manera simple, lo oscuro de manera clara, pues el derecho es una ciencia social y no de claustro y para regocijo del claustro. El trabajo de gabinete es indispensable, pero en él no debe perderse de vista cuál es el destinatario final del derecho penal: el hombre envuelto en un conflicto mediado por el - a veces siniestro - aparato estatal, sea como víctima de un delito, sea como su autor, sean sus familiares.

El modo del lenguaje es expresión política. Pienso que si se lo utiliza adecuadamente, conscientemente de su contexto de aplicación y como vehículo de comprensión y no de afán de distinción, es una forma de humanismo. Y si en la academia se incorpora este valor a los alumnos, algo más de humanidad destelle probablemente en las prácticas penales, anestesiadas por la repetición de actos. Modalidad de alienación que actúa como obstáculo epistemológico para los operadores, quienes incorporan hábitos en gran medida sin escrutarlos y en ellos quizá haya más problemas de Política Criminal que los que se pueden pretender encontrar en un Tratado o Manual de Derecho Penal.

Diversas normas de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (Art. 75 inciso 22 CN) se refieren a la educación. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 26, una vez mencionado el acceso a la

instrucción elemental, técnica, profesional y los estudios superiores (inciso 1°), se expide sobre su contenido: "... La educación tendrá por objeto... el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre... todos los grupos étnicos y religiosos..." (inciso 2°). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en su artículo 13 que: "Los Estados Partes... Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad ... la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad ... entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos ...".

Ambos instrumentos iluminan, si bien de una manera muy general, sobre las finalidades que deben orientar la educación. Entiendo que la educación legal, en mayor medida que el resto de las disciplinas, tiene que mirar esas normas, pues en aquella se forman a quienes bregarán o harán efectivos los derechos de las personas.

Si el lenguaje con que se forma a los alumnos de grado y postgrado es innecesariamente rebuscado, no se favorece la comprensión, no se respeta la diversidad, no se contribuye a formar una sociedad libre y hasta puede significar un modo de intolerancia.

El lenguaje sofisticado es un modo de dominio del que lo usa en un ámbito de poder y de pérdida de libertad de la persona que no accede a él. Aquel molinero que murió en la hoguera puso en palabras este inveterado hecho y otro más.

Es una meta para la docencia comenzar a revertir el problema del lenguaje de los penalistas.

Culmino este último capítulo con una cita de Thomas Hobbes, crítico enérgico de la enseñanza tradicional de su tiempo, construida sobre la autoridad de las eminencias y con el lenguaje crítico de los escolásticos. El filósofo inglés proponía traducir los discursos teológicos a palabras corrientes:

"Y todavía existe otro defecto de los discursos de algunas personas, que puede ser enumerados entre las especies de locura: nos referimos al abuso de las palabras de que anteriormente he hablado... bajo la denominación de absurdas. Tal ocurre cuando los hombres expresan palabras que reunidas unas con otras carecen de significación, no obstante lo cual las gentes, sin comprender

sus términos, las repiten de modo rutinario, y son usadas por otros con la intención de engañar mediante la oscuridad que hay en ellas. Ocurre esto solamente a aquellos que conversan sobre temas incomprensibles, como los escolásticos, o sobre cuestiones de abstrusa filosofía. El común de las gentes raramente dice palabras sin sentido, y esa es la razón de que esas otras egregias personas las tengan por idiotas. Pero para asegurarnos de que sus palabras carecen de contenido correspondiente en su espíritu, habríamos de citar algunos ejemplos; si alguien lo requiere, que tome por su cuenta un escolástico y vea si puede traducir cualquier capítulo concerniente a un punto difícil como la Trinidad, la Deidad, la naturaleza de Cristo, la transubstanciación, el libre albedrío, etc., a alguna de las lenguas modernas, para hacerlo inteligible ... ¿Qué significan estas palabras: *La primera causa no influye necesariamente sobre la segunda, en virtud de la subordinación esencial de las segundas causas, estimulándola, así, a actuar?* Tal es la traducción del título del capítulo sexto de *Suárez*, libro primero, *Del concurso, del movimiento y de la ayuda de Dios*. Cuando los hombres escriben volúmenes enteros acerca de tales necesidades ¿no están locos o quieren volver locos a los demás? ... De modo que este género de absurdos puede correctamente ser incluido entre las diversas especies de locura; y todo el tiempo en que, guiados por pensamientos claros de sus pasiones mundanas, se abstienen de discutir o de escribir así, no son sino intervalos de lucidez. Y así ocurre con muchas de las virtudes y defectos intelectuales.”⁵⁵

⁵⁵ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009, pág. 65 a 66.

Síntesis de los propósitos del curso
Pre-evaluativo

1. Formar abogados en los valores que integran la ética republicana, con hincapié en las particularidades que hacen al buen penalista, para que al momento de ejercer la profesión defiendan la Constitución Nacional, la legalidad y el honorable desempeño de la abogacía.

2. Que el alumno considere el dato legal como objeto central de la ciencia del derecho penal. Sin perjuicio de lo cual, se lo introducirá en los problemas empíricos que afectan al servicio de justicia y demás instituciones vinculadas al campo penal.

3. Brindar al alumno un método (perfectible) para formular problemas jurídico-penales – y problemas no legales atinentes – con corrección.

4. Brindar al alumno una estrategia (perfectible) para solucionar los problemas de las palabras de la ley y sus relaciones (interpretación).

5. Que en toda referencia a los datos del “ser” - abordado por diferentes ciencias y disciplinas - y que tengan vinculación con el derecho penal el alumno comprenda y siga el modelo epistemológico propiciado por Guillermo Ouyña en “La Problemática Penal”.

6. En el estudio de la teoría del delito, de la pena, de la víctima y del delincuente, amén de las disposiciones del Código Penal y demás leyes relacionadas, trabajar especialmente en las normas atinentes de la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

7. Destacar que las teorías deberán respetar el dato legal y ser desechadas en la medida que no sean toleradas por aquel o que supongan forzarlo o que introduzcan incoherencias tanto lógicas, como en la axiología que ofrece el sistema jurídico. Particular atención se otorgará a aquel proceder por el que se filtran teorías foráneas que no tienen asidero legal.

8. Mostrar al alumno el carácter falible y falsable de las construcciones de los juristas a fin de que no las asuman como arquitecturas indiscutibles que les bloqueé su capacidad de pensar, disentir, dialogar y construir.

9. Entrenar al alumno en la resolución de casos. Además de ejercicios hipotéticos, se procurará trabajar con un expediente judicial en el que interactúen los diversos temas que integran la materia (p. ej., aplicación de la ley más benigna, teoría del delito, autoría y participación, suspensión del juicio a prueba, determinación judicial de la pena, etc.).

10. Concientizar a los alumnos sobre la importancia de la claridad del lenguaje

con la finalidad de que en el futuro, al ejercer la profesión, ya sea como abogados de la matrícula o como funcionarios se expresen en sus escritos u otros actos (consultas, entrevistas, audiencias, resoluciones, etc.) de un modo accesible al ciudadano común.

11. Se fomentará en los alumnos el pensamiento autónomo e independiente, procurando brindar herramientas para ello. Todo lo contrario al conocido personaje borgiano: Funes, el “memorioso”.

Conclusión

Como bien nos dice Umberto Eco al momento de decidir el tema de una tesis o tesina nos atraen los temas vastos, panorámicos y uno se pierde en las ambiciones de hablar sobre cuestiones inabordables por su extensión. Uno ilusiona escribir sobre la pena en el pensamiento griego, las formas de concepción del mundo y de responsabilidad en el hombre primitivo, la historia del derecho penal argentino en el siglo XX. De esos temas estelares terminé por escoger uno que aparenta tan modesto y poco seductor como querer establecer los lineamientos directrices de un curso preevaluativo de la materia Derecho Penal I, en la Universidad Nacional de La Plata. Sin embargo, en lo aparentemente nimio, hallé la llave para conectarme con grandes cosas.

Con este trabajo pude cumplir con varios propósitos. Homenajear a Guillermo J. Ouviaña y por transición a su maestro Rafael Bielsa. Continuar con el legado ético de ambas personas, arquetipos de las buenas prácticas profesionales que no abundan. Trabajar sobre la huella intelectual que dejó Ouviaña. Diseñar las líneas teóricas de un curso de derecho penal destinado a los alumnos del grado con la mira última en hacer algún aporte al mejoramiento del servicio de justicia penal e instituciones vinculadas. Ello, a partir de los conocimientos adquiridos en el tránsito por esta Especialización.

En aquella pregunta que le hice a Ouviaña sobre si tenía recopilados todos sus textos, me contestó, entre otras cosas, que había escrito muy poco. En lo personal, no estoy seguro de que sea poco. Verdad que no salieron de su pluma los centenares de volúmenes que escribió Voltaire. A pesar de ello, sus monografías docentes, ensayos y artículos valen más que muchos tratados extensos y tienen la nota de hacernos más libres porque nos impulsan a la responsabilidad de pensar por nosotros mismos, virtud docente difícil de adquirir y que supone generosidad de quien la detenta e interés por el otro. Pero además de lo que ha escrito está su extensa obra docente y su obra como funcionario y abogado. La tradición oral de sus allegados permitió que aquellas en parte no se perdieran y su registro por escrito, si bien de manera incompleta en este trabajo, es una forma de sostener en el “ser” a alguien que hizo muchos méritos para lograr la trascendencia, que vence la finitud a la que hemos sido arrojados en esta existencia y por la cual padecemos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- Buchenhorst, Ralph, “Mesianismo y vida cotidiana. Caracterizaciones del pensamiento de Walter Benjamin” en Benjamin, Walter, *Estética y Política*, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2009.
 - Bentham, Jeremy, *El panóptico*, Quadrata, Buenos Aires, 2004.
 - Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1967.
 - Caimari, Lila, *Apenas un delincuente. Crimen, Castigo y Cultura en la Argentina, 1880-1955*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2004.
 - Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 2008.
 - Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 2010.
 - Dirección Provincial de Política de Prevención del Delito, “Estadística Criminal de la Provincia de Buenos Aires. Año 2011”
<http://www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/libros/LIBROweb2011.pdf>
- Domenech, Ernesto E., “Programas e ideas penales, el programa de 1906 en la UNLP”, publicado en Revista Intercambios N° 6.
www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios.
- Domenech, Ernesto E. y colaboradores (Ana García Munitis e Inés Jaureguiberry), “Asignaturas Pendientes. Una aproximación de los programas de derecho penal”, publicado en Revista Intercambios, Nro. 11.
www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios.
- Eco, Umberto, *Cómo se hace una tesis*, Gedisa, Buenos Aires, 2004.
- Engels, Friedrich, *Esbozos para una Crítica de la Economía Política*, Colihue, Buenos Aires, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2006.
- Fucito, Felipe, “Digresiones sobre el discurso judicial”, Revista de Sociología del Derecho, Sociedad Argentina de Sociología del Derecho, N° 25, La Plata, 2003/2004.
- Ginzburg, Carlo, *El queso y los gusanos. El cosmos, según un molinero del siglo XVI*, Muchnik Editores S.A. Barcelona, 1999.
- Hendler, Edmundo Samuel, “El lenguaje de los penalistas”, “Nueva Doctrina Penal”, Editores del Puerto, 2005/B.

- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.
- Kafka, *El Proceso*, Editorial Errepar, Buenos Aires, 2000.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- Levaggi, Abelardo, *Las Cárceles Argentinas de Antaño*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- Merryman, J.H., *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- Ministerio de Justicia y Seguridad, Subsecretaría de Política Criminal e investigaciones judiciales, “Situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires Diciembre 2007-October 2011”
<http://www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/libros/LIBRO%20situacion%20octubre.pdf>
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- Nuñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978.
- Ouviaña, Guillermo J.:
 - *La Dimensión de una ausencia*, Dunken, Buenos Aires, 2006.
 - “Consideraciones en Torno a la Ciencia del Derecho Penal”, publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología, primera época, dirigida por Luis Jiménez de Asúa, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1968, Año I°; N° 4, págs. 16-30.
 - “Discurso del Dr. Guillermo Ouviaña en ocasión de la presentación de su libro homenaje, 30/08/2010, Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata”, publicado en Revista Virtual INTERCAMBIOS, N° 15 - Noviembre 2011. <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>
 - “Dos obstáculos epistemológicos en el pensamiento penal argentino”, Boletín Informativo del Instituto de Derecho Penal, Universidad Nacional de La Plata, N° 3, 1977-81, págs. 2-13.
 - “NULLUM CRIMEN, NULLA POENA, SINE PRAEVIA LEGE”, Enciclopedia Omeba, Tomo XX, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, págs. 548 a 558.
 - “Problemática Criminal y Tratamiento Interdisciplinario”, en *Estudios en homenaje a José Peco*, Ed. Universidad Nacional de La Plata, 1974.

- “Problemática Penal”, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Colección “Monografías docentes”, 1980.
 - Piglia, Ricardo:
 - *El último lector*, Anagrama, Buenos Aires, 2010.
 - *La ciudad ausente*, Seix Barral, Buenos Aires, 1995.
 - Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto, *Pena y Estructura Social*, Temis, Bogotá-Colombia, 1984.
 - Sarmiento, Faustino, “Discurso pronunciado por el Presidente de la República en honor de la bandera nacional al inaugurar la estatua del General Belgrano el 24 de Setiembre de 1873”, Imprenta de la Tribuna, Buenos Aires, 1873.
 - Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1999.
 - Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.
 - Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Bachelard, Gastón, *La formación del espíritu científico. Contribución al psicoanálisis de un conocimiento objetivo*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 1997.
 - Bauman, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009.
 - Beccaria, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, El Foro, Buenos Aires, 2004.
 - Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS):
 - *Colapso del Sistema Carcelario*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2005.
 - *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual 2008*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2008.
 - *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual 2009*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2009.
 - Carrió Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
 - Comité Contra la Tortura (CCT), Comisión Provincial por la Memoria:

- *El sistema de la crueldad IV, Informe Anual 2009*, La Plata, 2009.
- *El sistema de la crueldad V, Informe Anual 2010*, La Plata, 2010.
- *El sistema de la crueldad VI, Informe Anual 2011*, Buenos Aires, 2011.
- Doménech, Ernesto.- “Casos penales. Construcción y aprendizaje”. Ed. La Ley, 2004.
 - Domenech, Ernesto Eduardo e Iris Edith La Salvia, Coordinadores, *Temas de Derecho Penal, Libro Homenaje a Guillermo J. Ouviaña*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2010.
 - Observatorio de la deuda social argentina y Barómetro de la deuda social argentina, Serie del Bicentenario 2010-2016, Informe Especial, Año 2011 “Deudas y progresos sociales en un país que hace frente al bicentenario. Argentina 2004-2010”, UCA.

<http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/evolucion-general.pdf>
- Ouviaña, Guillermo:
 - "Casos penales", Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Colección "Monografías docentes", La Plata, 1982.
 - "Efectos disfuncionales del art. 51 en la Parte Especial del Código Penal", Boletín Informativo del Instituto de Derecho Penal, Universidad Nacional de La Plata, N° 5, 1977-81, págs. 73 a 81.
 - "El sujeto pasivo en la privación de la libertad personal", La Ley, T. 99, pág. 945 y siguientes.
 - "El orgasmo como bien jurídicamente protegido", La Ley, T. 110, Nota a fallo, págs. 602 a 617.
 - "Estado constitucional de derecho penal" en Guillermo Ouviaña y otros, *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad-Hoc, 1998, págs. 49/70.
 - "Examen Crítico de la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones", La Ley, T. 1983-C, págs. 1064 a 1070.
 - "Exposición y crítica al sistema penal propuesto por el proyecto de 1974/75", La Ley, T. 1976-A, págs. 594 a 610.
 - "Incapacidad civil de los penados", Enciclopedia Omeba, T. XV, Bibliográfica Argentina, 1954-68, págs. 283 a 295.
 - "Indagación sobre la Pena", Boletín Informativo del Instituto de Derecho Penal, Universidad Nacional de La Plata, N°6, 1977-81, págs. 31-45.

- "Introducción al estudio de la figura delictiva", Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Colección "Monografías docentes", 1982.
- "La presunción del dolo en los votos del magistrado Bustos", *JUS Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*, Números 13-14, Editora Platense, Buenos Aires, 1969, págs. 100 a 111.
- "Naturaleza jurídica de la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena (CP, 52)", *Boletín Informativo del Instituto de Derecho Penal, Universidad Nacional de La Plata*, N° 4, 1977-81, págs. 19 a 39.
- Principio penal de certeza y división de poderes en el ejercicio de la atribución presidencial del indulto", *La Ley*, T. 1990-A, págs. 864 y siguientes.
- "Temibilidad (peligrosidad)", *Enciclopedia Omeba*, Tomo XXVI, Bibliográfica Argentina, 1954-68, págs. 27-35.
 - Salvia, Agustín, coordinador, *La Situación social en la región Metropolitana de Buenos Aires: deudas Sociales del Bicentenario 2010. Una etapa de esperanza y oportunidades para superar la pobreza*, Educa, 2011, Buenos Aires.
 - Soler, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1966.
 - Soler, Sebastián, *Las palabras de la ley*, Praxis Jurídica, México, 1974.