**Resumen Derecho Penal – 1er Múltiple Choice**

**Teorías de las Penas y Medidas de Seguridad:**

Una pena es impuesta recién cuando ha sido cometido un delito. Entonces ya no puede convertir al delito en no sucedido, y por ello, siempre llega demasiado tarde como para proteger los intereses de la victima lesionados por el delito. Por eso, se plantea la pregunta de cuál es el sentido de imponer una pena.

**¿Cuál es la razón que justifique que el estado imponga una pena a una persona?** *Contexto:* momentos previos o durante la ilustración. Siglo 17, distinción entre lo que era la venganza privada y la pena como institución pública, castigo administrado por el estado. El estado no puede legitimar las penas que impone por venganza; se trata que haya racionalidad en el castigo, un justificativo a la pena. La pena debía servir para asegurar los derechos de todos. El estado como garante de la situación. Distinguir la venganza privada de la pena pública con fin racional administrada con el estado.

Teorías absolutas de la pena: *La pena tiene que ser impuesta en aras de la justicia.* La teoría de la pena absoluta, de **Kant y Hegel**, mira hacia el pasado exclusivamente busca retribuir el mal causado, lo único que importa es dar respuesta al ideal de justicia. Merito: limite al castigo, nivel de culpabilidad. Se asoció a la ley del talión.

Teorías relativas de la pena: *La punición no es un fin en sí mismo, sino que sirve para evitar delitos futuros.* Apunta a las características del delincuente, su peligrosidad. Resocializar a los que se puedan y los incorregibles, neutralizarlos. El problema es su límite, lo podía llevar a poner penas más altas. A su vez se divide en:

* Teoría de la prevención general: Para evitar futuros delitos habría que incidir en la generalidad. A su vez se divide en:
* Prevención general negativa: Según **Feuerbach**, el fin de la pena es el de intimidar a los demás de cometer un delito. Principios que deben regir:
* Retribución, solo puede una pena seguir a la comisión de un acto.
* Legalidad, lo debe prever la ley.
* Pena necesaria.
* Lesividad, afectación de bienes jurídicos de terceros.
* Exteriorización del acto, no se pueden castigar los meros pensamientos.
* Culpabilidad, capacidad de haber actuado de otra manera.
* Juicio previo.
* Reconoce el Principio acusatorio, las funciones de acusar y juzgar debe estar en funcionarios distintos. La carga de la prueba la tiene el fiscal. El juicio tiene que ser contradictorio, la defensa tiene que tener posibilidad de refutarla en el juicio (la versión de la fiscalía).
* Ley del más débil: al momento del delito es la víctima. En el juicio es el imputado, porque todo el estado tiene un aparato contra él.
* Prevención general positiva: Fin de la pena es el mantener el reconocimiento de la norma infringida por parte de la generalidad. Tiene como fin afirmar la vigencia de la norma mediante una pena retributiva (explicación probablemente predominante hoy).
* Teoría de la prevención especial: Según **Liszt**, para evitar futuros delitos, habría que incidir especialmente en el autor. A su vez se divide en:
* Prevención especial negativa: Fin de la pena es la intimidación del autor o bien la seguridad de la generalidad frente al autor. Apunta a neutralizar.
* Prevención especial positiva: Fin de la pena es la corrección del autor. Apunta a resocializar.

Teorías de la unión: *Se recurre a todos los principios de fundamentación en conjunto para legitimar la pena*. Tratan de armonizar las ideas de las distintas teorías. Cuando el legislador dicta una ley penal, tienen en cuenta la coacción psicológica, tratar que los ciudadanos desistan de delinquir. El juez privilegiara la retribución. En la prisión la idea de la resocialización, un tratamiento que lo ayude a reinsertarse en sociedad sin cometer delitos.

Lo más abierto en discusión: *¿se puede aceptar la imposición de medidas de seguridad a los que si son culpables? ¿Cuál es el límite de la medida de seguridad?* En la medida de seguridad que se impusiera con la pena es necesario establecer algún nivel de proporción entre el grado de peligrosidad y la medida de seguridad. En Argentina la prisión por tiempo indeterminado puede considerarse como una medida de seguridad como en Alemania.

**Escuelas Criminológicas:**

Es el estudio de la cuestión criminal y de las reacciones estatales.

**Antiguo Régimen:** El poder estaba en manos del rey o papa, quienes se encontraban en la cúspide de la pirámide social y detentaban esa autoridad por un acto “*divino*”. En el entorno del rey, la nobleza compartía los beneficios con otra clase privilegiada: el clero. En tanto que en la base del orden social imperante, se encontraba el llamado “*tercer estado*”. Una clase obligada a trabajar y carente de todo privilegio, conformada por vagabundos, mercaderes y artesanos. En esta etapa histórica, la función preponderante de la pena fue la reconstitución de la soberanía que había sido lesionada por la comisión del delito. Esto es, la función jurídico-política de la sanción punitiva era la reparación del daño provocado al reino por el infractor. Y, a tal efecto, el rey restauraba su soberanía con todo el rigor, reafirmando su superioridad mediante verdaderos rituales del poder. Así, el monarca procuraba vengar el ataque a su dignidad, ejerciendo un castigo absoluto sobre el cuerpo del imputado. De esta forma, dicho castigo implicaba el sufrimiento del infractor con signos indelebles en su cuerpo y, sobre todo, ante la mirada de todo el pueblo. En definitiva, ese acto de poder punitivo absoluto era el ritual que confirmaba la legitimación del monarca. Tenían un código penal, que era el martillo de las brujas, que decía que era un delito y como castigarlo. Imponía el castigo en pos de la averiguación de la verdad. Este fue un proceso español. La criminología estudio el origen del mal y el derecho penal, como destruir a ese mal. La función de la pena era la reparación del daño provocado al reino, a la dignidad del rey. No existía una víctima. Las penas eran pecuniarias, azotes, muerte, etc.

**La Escuela Clásica:** En los siglos 17 y 18, la filosofía del jusnaturalismo racionalista libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen y fue definiendo los valores de la civilización jurídica moderna y las líneas maestras del Estado de Derecho: el respeto a la persona humana, los valores de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la tolerancia y la libertad de conciencia y de expresión y la primera función del Estado protector de unos derechos”. Estas ideas surgieron, precisamente, en momentos en que la burguesía acrecentada y en ascenso comienza a criticar la reacción punitiva del *Antiguo Régimen*, esto es, la crítica al poder punitivo del Estado Absolutista. Todos estos cambios políticos y económicos se tradujeron en la adopción de un poder punitivo destinado a castigar, corregir y disciplinar a esa capa marginal que aún no estaba en condiciones de adaptarse al nuevo sistema de producción industrial. Por estas razones, las ideas de la denominada *Escuela Clásica* implicaban lo que en las teorías de la pena se denomina prevención general y prevención especial. Así, en contraposición al absoluto y desmesurado poder característico del monarca, se estableció un nuevo modelo de poder punitivo. En este esquema, quien cometía un delito rompía el pacto, violaba el paradigma contractual, atacaba a la sociedad y quedaba fuera de ella. Entonces, la pena resultaba un castigo que corregía y disciplinaba. Cuya ejecución recaía más sobre el alma que sobre el cuerpo de la persona. En tanto el cuerpo, ya se había transformado en un bien social. De esta forma, el condenado era encerrado en la prisión o cárcel, en el que el trabajo resultaba obligatorio, la vigilancia era continua y la finalidad era el adiestramiento de personas para que realizaran las mismas actividades, en los mismo tiempos, pero en libertad. En suma, la conversión del infractor en obrero.

En resumen: El estado pasa de ser el estado monárquico, a ser un estado protector de derechos individuales, de la legalidad, de la libertad y la vida. Respeta a las personas. Derechos humanos y revolución francesa. El pacto social. Personas de voluntad libre que suscribimos a un contrato. El delito será la violación al contrato. Esto coincide con otra revolución, la revolución industrial. Aquellos que no llegan a adaptarse a los cambios que trae esta revolución, son marginados. De alguna manera esa marginación debe ser corregida, si no se unen, no sirven para la sociedad. La cárcel a esa inutilidad, castiga, corrige y disciplina a los individuos que no se ajustaban a ese paradigma. La cárcel cumple la función de volver a esta persona inútil en una persona útil. Que trabaje en estos términos, convertirlos en obreros. La cárcel es instrumental. Entonces, en la escuela clásica se crea la prisión y la pena privativa de la libertad, es el modo de castigar a aquel inadaptado que no se une a la revolución y no sabe cumplir el pacto social.

**El Positivismo Criminológico:** En la época en la que surge el discurso positivista, la burguesía era la clase social dominante, ejerciendo el poder absoluto tanto económico como político. Por criminología positivista se entiende al conjunto de teorías que se desarrollaron entre fines del siglo 19 y comienzos del siglo 20. Se tiende a ver en las escuelas positivistas el comienzo de la criminología como el de una nueva disciplina. Éste no tiene propiamente por objeto el delito considerado como concepto jurídico, sino al delincuente como un individuo diverso y, en cuanto tal, como clínicamente observable”. Estos discursos demostraban con total crudeza el paradigma etiológico que las motivaba. Es decir, la función primordial de investigar las “causas” de ese “ser distinto” que lo conducían hacia la “criminalidad”. Y, una vez descubiertas esas “causas”, el discurso positivista debía “recetar” las medidas tendientes a la modificación del “delincuente”. En este contexto conceptual, esto es, como consecuencia lógica del “paradigma etiológico” el positivismo propiciaba el “correccionalismo”, a modo de pena terapéutica, como técnica de intervención sobre el sujeto. Cuya finalidad era la de resocializar, reeducar y/o reinsertar en la sociedad al infractor. La Escuela Clásica partía del presupuesto de la libre voluntad del sujeto y, en consecuencia, de la libertad del infractor a la hora de cometer el delito. Por el contrario, el positivismo modifica sustancialmente este punto de partida, negando esa libertad fundada en una perspectiva determinista. Así, el delito resultaba tan natural como el nacimiento y la muerte, puesto que se encontraba determinado por causas biológicas, psicológicas y sociales. En suma, la criminología positivista entendía al “delito” como un “ente natural”, existente en la realidad social antes de que el derecho y el sistema punitivo intervenga. Por ello, estos autores debían descubrir las causas naturales para poder operar sobre ellas y de este modo extinguir la criminalidad. El estudio de la criminología se convierte en un estudio clínico, medico. Ya no se considera al delito como lo fundamental de este estudio, se pone el ojo en el delincuente, la persona. Lo estudian como si fuera un objeto de laboratorio: sus rasgos, la forma de su cabeza, etc. El estudio se hace en detalle sobre el cuerpo, se trataba de sacar un estándar físico para reconocer criminales. Hoy trata de ser más psicológico. Esta fue la época donde se crea la morgue judicial. Se estudian las causas que a ese ser lo llevan a esa criminalidad para curarlo, medicarlo contra esa enfermedad. Aquí se introduce el término de readecuación social del condenado, reformarlo. El delito no es una brecha, o violación a un pacto. El delito es un ente que existe en la realidad y hay personas que están lo suficientemente mal para caer en él. La pena como corrección de la persona que está enferma o mal, y la tenemos que corregir.

**Criminología Liberal Contemporánea:** A través de varias teorías introduce las cuestiones sociales al estudio criminológico.

* **La Teoría Estructural-Funcionalista:** (Siglo 20)El modelo de explicación funcionalista propuesto por Merton consiste, pues, en referir la desviación a una posible contradicción entre estructura social y cultura: la cultura, en un determinado momento de desarrollo de una sociedad, propone al individuo determinadas metas que constituyen motivaciones fundamentales de su comportamiento. También proporciona modelos de comportamiento institucionalizados, que conciernen a las modalidades y a los medios legítimos para alcanzar aquellas metas. Por otro lado, sin embargo, la estructura económico-social ofrece en diverso grado a los individuos, especialmente con base en su pertenencia a los diversos estratos sociales, la posibilidad de acceder a las modalidades y a los medios legítimos. Las consecuencias de esta teoría fueron bien claras: una explicación parcial de la criminalidad. Por tal motivo se ha expresado y criticado que la “escuela mertoniana da una explicación cabal a la delincuencia de las clases bajas... mas no puede explicar con su teoría, de raíz eminentemente objetiva, la criminalidad de los estratos sociales privilegiados, o sea, de aquellos que teniendo acceso a los medios institucionales para perseguir el fin cultural, optan por el canal ilegítimo”. Por un lado tenemos la estructura social que nos da modelos de comportamiento y nos da motivaciones fundamentales para comportarme de un modo correcto: éxito y dinero, a través de esta serie de modelos de comportamiento (estudiando, trabajando, etc.). Por otro lado tengo una estructura económica que me indica que hay personas con medios suficientes, y gente que no tiene suficiente. La diferencia entre lo que la social me indica y la económica me da en la realidad, se materializa en la desviación de las personas que tiene la meta, pero no pueden acceder a ese modelo de comportamiento. Entonces lo que me indica la estructura económica es que hay distintas posibilidades de acceder a esos medios legítimos para llegar a esas metas de comportamientos que son socialmente adecuados. Aquí, a diferencia de las escuelas positivistas, no hay un determinismo.
* **Las Teorías de las Subculturas Criminales:** Este enfoque criminológico partía del presupuesto de negar la existencia de valores y normas sociales de carácter general, afirmando que en la sociedad existen diversos “códigos” que corresponden a distintos grupos sociales, esto es, subculturas. Esos códigos, por su parte, estarían determinados por diversos factores, ya que “son las condiciones sociales, las estructuras y los mecanismos de comunicación y de aprendizaje los que determinan la pertenencia de los individuos a subgrupos o subculturas, y la transmisión a ellos de valores, normas, modelos de comportamientos y técnicas aún ilegítimas”. De esta forma, quedaba relativizado el sistema de valores, evidenciándose entonces la existencia de valores y modelos alternativos, incluso antagónicos. Y, en consecuencia, el delito resultaba ser un hábito o comportamiento adquirido. Por su parte, Edwin Sutherland desarrolló la denominada “teoría de los contactos diferenciales”, aplicada específicamente a la criminalidad de “cuello blanco”. El argumento central de este autor se fundaba en que este tipo de delincuencia era “aprendida”. Y este proceso de aprendizaje se producía por el contacto con quienes ya realizaban este tipo de comportamiento, dependiendo del grado y frecuencia de dichos contactos. En efecto, El comportamiento delictivo no está determinado genéticamente, ni es producido por problemas en la personalidad, ni por la pobreza, sino que es un comportamiento aprendido por medio del contacto diferencial. En resumen La teoría de los contactos diferenciados: la criminalidad se aprende, y en la medida que la persona individual (no la sociedad) tenga contactos con personas que delincan, aprende como es que se delinque. Mientras más contacto, y la frecuencia, más lo lleva a delinquir. El comportamiento delictivo no está determinado genéticamente, sino está determinado por un factor social, con quien se junta.
* **El Labelling Aproach/Enfoque de la Reacción Social/Teoría del Etiquetamiento/Control Social:** (Años ’60) Esta perspectiva importó un cambio de paradigma del saber criminológico y, por tal motivo, implicó una sustancial modificación de su objeto. Se comenzó a estudiar la manera en que la sociedad construía su propia criminalidad, esto es, los mecanismos de reacción y selección sociales. Según este enfoque, la primera reacción contra un comportamiento desviado provoca, por efecto de su poder estigmatizante, una notable modificación de la identidad social del sujeto que lo a asumir el papel social que le ha sido asignado. Para los seguidores de este enfoque criminológico, es evidente que la “desviación” no es algo anterior a las definiciones y reacciones sociales. Por el contrario, la desviación se construye socialmente a raíz de dichas definiciones y reacciones. Asimismo, destacan que el “proceso de definición” o “etiquetamiento” no comenzaba con la actividad de las agencias oficiales del control social. Antes bien, este proceso se inicia con el sistema informal (la distribución del status social, los programas asistenciales, los servicios de salud, la escuela, etc.). En definitiva, el cambio de paradigma que importó el labelling aproach permitió un análisis más profundo acerca de la función “selectiva” del sistema penal. Así, hubo señalamientos en punto a que la escasa persecución de la criminalidad de “cuello blanco” evidenciaba una innegable connivencia entre la clase política y los agentes económicos de la sociedad. En definitiva, estas teorías estudian los medios de reacción social del estado frente a la delincuencia. La delincuencia, no está relacionado con un sistema de valores sociales sino como el sistema lo trato. Las agencias previas al delito. Como el sistema etiqueto, clasifico a esa persona. Tiene que ver con el estado, y como se encarga de gestionar los conflictos penales, o sociales relacionados con la delincuencia. La reacción social que genera el comportamiento desviado lo que hace es profundizar esa desviación. Estigmatiza a esa persona que mostro un comportamiento desviado y por tanto seguirá mostrando un comportamiento desviado.
* **Teorías Sociológicas del Conflicto:** En esta misma etapa histórica surgieron otros discursos criminológicos que cuestionaron la idea consensual del orden social. Por ello, si la “coerción del sistema penal responde a una reacción de las clases dominantes para mantener su hegemonía y, por ende, el proceso de criminalización tiene origen en la existencia de una tensión o conflicto social, sin duda el crimen tiene una naturaleza política, enraizada en el poder de definición de la criminalidad en manos de actores sociales privilegiados. El conflicto social, reducido a la esfera del contexto político, ha pretendido que se reduzca el cambio social a la esfera políticoinstitucional, propendiendo a que los modelos revolucionarios jueguen dentro del sistema político y que no se cuestione el reparto de la riqueza o el posicionamiento social, sino el dominio político dentro de la comunidad”. En resumen, esta teoría Cuestiona la idea de la armonía social, no existe el orden social. Las relaciones sociales no se rigen por el consenso sino por las relaciones de dominación, la coacción. El dominio de cierta cantidad de personas sobre el resto. Es esta relación la que crea el conflicto, el desorden social. La forma que tiene las clases dominantes de mantener esta hegemonía es a través de la coerción sobre las personas dominadas, a través del derecho penal. Entonces relaciona el crimen, ya no tanto relacionado con el dinero, sino al discurso político. La clase dominante criminaliza a la dominada para mantenerse como clase dominante e imponer una política determinada.

**La Criminología Crítica:** (Años 60) Sobre la matriz conceptual de este enfoque se ha expresado que cuando se habla de criminología crítica, situamos el trabajo que se está haciendo para la construcción de una teoría materialista, es decir económico- política, de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización. El discurso de la criminología crítica afirmó que la igualdad formal proclamada por los textos legales entra en contradicción con la desigualdad material impuesta por la estructura socioeconómica. Y será en definitiva esta última desigualdad sustancial la que determine las chances de ser definido y controlado como desviado. Es decir, la que consagre la selectividad propia de la criminalización secundaria. A su vez, esta selectividad posee importantes efectos. Por un lado, conserva la escala vertical del orden social, manteniendo la jerarquía imperante. Por el otro, y debido a la denominada “función simbólica de la pena”, la práctica de castigar sólo ciertos comportamientos permite dejar inmunes otros comportamientos también ilegales, y aún de mayor dañosidad social que los efectivamente castigados. Por tal motivo, refiriéndose a este discurso criminológico, se sostuvo que el “control social es estigmatizante y generador de un círculo vicioso de criminalidad, pues crea nuevas y más conflictivas actitudes desviadas. En este contexto, el aparato institucional de la justicia y el derecho penal son selectivos y segregatorios, por ser herramientas del poder para mantener la cohesión y el statu quo”. En resumen, esta teoría lo que hace es modificar, nuevamente, el enfoque. Lo que se tiene que discutir es como se pena y a quien se pena. Si existe igualdad entre esas personas. Que bienes tomamos como relevantes al diseñar un código penal. Lo que trata de deshacer es el mito de la igualdad. Que todas las agresiones a los bienes jurídicos se castigan del mismo modo, que a todos se les castiga del mismo modo. No existe la igualdad, la ley penal no se aplica para todos por igual. El foco son las desigualdades económicas. Diferente para los ricos y los pobres. La falla del sistema penal. La función simbólica de la pena: la idea muy en consonancia con las teorías liberales es castigar cierto tipo de comportamientos, pero también nos permite dejar impune otro tipo de comportamientos que también son delitos e igualmente graves pero no nos lo parecen.

**El Abolicionismo:** De esta corriente poco homogénea, su pretensión fue la eliminación de la pena privativa de libertad y de las cárceles y establecimientos penitenciarios, y que en su versión más radicalizada propicia la abolición de todo el sistema penal. Por su parte, a la hora de ofrecer un modelo de solución de conflictos que suplante el sistema punitivo, los abolicionistas propician prácticas informales y comunitarias de autogestión. Dentro de esta gran corriente pueden señalarse los siguientes enfoques: “a) teoría de la abolición política, que en síntesis propone la abolición del sistema penal en el ámbito de las acciones políticas, de las clases no privilegiadas; b) teoría de la personalidad usurpadora del Estado, entiende que la intervención del Estado es una tercerización anónima e interesada, que impide la participación de las partes de acuerdo con el derecho primitivo; c) teoría negadora del castigo, hace hincapié en la deslegitimación del Estado para la imposición de la pena pública y desenmascara las verdaderas funciones y finalidades de las legislaciones penales contemporáneas”.

**Derecho Penal Mínimo:** Quienes propician un derecho penal mínimo, parten del reconocimiento de todos los defectos del sistema penal señalados por la criminología crítica (al punto de llegar a reconocer la inutilidad del actual sistema punitivo), y por tal motivo tienen por finalidad política “la reducción del derecho penal a la mínima expresión que pueda ser tolerada por la sociedad”. Este derecho penal se justificaría como un instrumento que impide la venganza. Según esta teoría, tenemos un derecho penal que hay que llevarlo al mínimo posible.

**La Criminología Actuarial y la Tolerancia Cero:** En esta línea se inscribe, precisamente, la denominada tolerancia cero, la que ha sido definida como un “instrumento de legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta se propagó a través del Planeta a una velocidad fulminante. Y con ella la retórica militar de la ´guerra´ al crimen y de la ´reconquista´ del espacio público, que asimila a los delincuentes, los sin techo, los mendigos y otros marginales a invasores extranjeros, en otras palabras, a elementos alógenos que es imperativo evacuar del cuerpo social”. Tolerancia cero: El alcalde Giuliano en Nueva York fue famoso alrededor de los 90 porque llevo a la alcaldía un proyecto para lograr un mayor nivel de seguridad. La idea era no hay que tolerar las infracciones de menor gravedad que podrían constituir faltas o contravenciones, aunque incluso no están reguladas. Hay que evitarlas porque si no luego no se podrán evitar delitos mayores. Se relaciona al miedo en la sociedad. Flexibilizaron garantías, es decir, habían luchado sin garantías con una policía menos limitada por cuestiones legales, combatieron el vagabundeo, la prostitución, etc. El fin era evitar delitos graves. Es inaceptable lograr un objetivo legítimo sacrificando garantías. Los candidatos a ser objeto de control policial serian los pobres, la gente que responde a ciertos estereotipos. Criminología actuarial: se hace un juicio de peligrosidad futura haciendo cálculos estadísticos y establecen estándares característicos. Tiene relación con la teoría de la pena preventiva negativa. Ante determinados estándares, penas más rígidas.

**Escuelas Criminológicas Actuales:**

Texto de Sozzo, las cárceles en la argentina:

Modelo correccional: Según el PSJCR consagra que el fin de la pena es la resocialización. La ley de ejecución responde a este mandato constitucional. Este modelo que comienza en los siglos 18 y 19 que comienza en Europa y en América, con esta finalidad de resocialización, de transformar al individuo que no va a delinquir. Empíricamente se ha demostrado el fracaso de esta teoría. Pese al discurso político. Le critica mucho a este modelo que hay muchas arbitrariedades e injusticias en él. Frente a este fracaso surge la….

La Prisión Deposito: su finalidad es neutralizar la peligrosidad del delincuente mientras este encerrado. Prevención especial negativa. Se abandona cualquier fin de resocialización.

En nuestro sistema por mandato constitucional la cárcel responde al modelo correccional. La ejecución de la pena debería tender a resocializar. Pero en la realidad de nuestro país, termina siendo una prisión depósito.

Prisión Quieta: si desde un punto de vista legal, practico y jurisprudencial, se anularan algunos derechos a los presos como la libertad condicional o preventiva, habría motines. Es una manera de seguir con el mismo discurso teórico y de leyes que responden a él, tiene el único fin de evitar motines, que sea fácil de administrar. Aunque la realidad sea la de la prisión deposito.

Este autor dice que lejos de festejar la vuelta al modelo correccional se debe apuntar a una Reducción de Daño: que el encierro no provoque mayores deterioros en quienes lo están sufriendo. Lejos de resocializarlos, hay que tratar que desocialice lo menos posible.

Contexto del Modelo correccional: surge en el siglo 18, en Europa y norte América. Cita a Foucault, dice (en vigilar y castigar) que la disciplina es una tecnología de poder, para dominar a la sociedad. El lugar donde ese modelo disciplinario donde se convierte a las personas en útiles y productivas, es la cárcel. Pero no es el único, se reproduce: un cuartel, la escuela, una fábrica, etc. Porque se organiza el tiempo, el espacio, las jerarquías. Se adquieren hábitos de trabajo. A eso responde el modelo del Panóptico. Una forma general de dominación.

* ¿Por qué se los encerraba? Para:
* Librarlos de las malas compañías.
* Se entendía que había que aislarlos para permitir que pueda ser sometido a un tratamiento para ser resocializado.
* El trabajo, se buscaba convertirlo en alguien dócil e útil. Que le genere un deseo de trabajar para que cuando salga tenga otros objetivos.
* La religión como un método de internalizar valores que les permita vivir en sociedad.
* La educación, se supone que debería haber una educación brindada durante el encierro que le permita superar deficiencias para integrarse a la sociedad al salir en libertad. También debería haber una educación que les permitiera internalizar los valores que rigen en la sociedad.

En una sociedad plural como la nuestra, un mínimo de estos principios los encontramos en los tratados internacionales que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad federal. En las leyes de ejecuciones, se habla de la conducta del preso en relación con las autoridades penitenciarias y sus compañeros. Es necesario que se exija y se pondere. El concepto tiene que ver cómo va avanzando o no en el proceso de resocialización. Cuando van mal de conducta les pueden quitar actividades recreativas que les gustan. Ahora, cuando van mal con el concepto, les cuesta más acceder a libertad condicional, asistida para trabajar, etc. Porque se supone que eso les ayuda a resocializarse. Incluso como castigo existe la celda de aislamiento. Ahora la han endurecido a la ley de ejecución. Es un ida y vuelta en esta lucha de escuela, que a veces se traducen en la ley.

**Populismo Punitivo:**

Prisión y proyecto normalizador, disciplinario o correccional: La tecnología gubernamental tiene como centro de referencia el "cuerpo" de los individuos y aspira a singularizarlos para transformarlos en "dóciles y útiles": "La disciplina aumenta las fuerzas del cuerpo (en términos económicos de utilidad) y disminuye esas misma fuerzas (en términos políticos de obediencia)". Esta "forma general de la dominación" emergió en hospitales, fábricas, cuarteles y escuelas, operando detalladamente sobre la distribución de los individuos en el espacio y la eliminación de funciones y jerarquías, la organización del tiempo y de cada gesto que compone una actividad, la ordenación de una formación a través de la cual el cuerpo es transformado en sujeto. Para ello combina incansablemente los procedimientos de la "vigilancia jerárquica", la "sanción normalizadora" y el "examen". Hacia fines del siglo 18 comienza esta "generalización", a través de la "multiplicación", "destinstitucionalización" y "nacionalización" de los dispositivos disciplinarios –aquí ubica Foucault el nacimiento de la policía moderna dando lugar a "lo que podría llamarse una sociedad disciplinaria". Desde el mismo nacimiento de la prisión como institución fundamental del castigo moderno se instala como su finalidad declarada la "corrección del criminal". La prisión nunca fue mera "privación de la libertad". La finalidad correccional importo asumir que el individuo que ha cometido un delito debe ser castigado con la privación de la libertad por un tiempo más o menos prolongado para que dicha duración sea empleada útilmente a los fines de su transformación en un individuo que no cometerá delitos en el futuro, es decir, en un "no-delincuente" en tanto vía para la producción del "no-delito". La imagen que pretendemos reconstruir del proyecto normalizador/disciplinario/correccional que atraviesa la historia y la geografía de la prisión moderna tiene intencionadamente este carácter general y desenraizado. Se piensa más bien como el esbozo de un inventario diversamente movilizado en distintos escenarios que tiene por finalidad erigirse en un instrumento para reflexionar sobre el presente de la prisión –en particular, en el contexto argentino. El encierro y el Aislamiento: La separación del cuerpo social fue visualizada desde el nacimiento de la prisión como un principio de corrección del criminal. El secuestro del preso se supone que corta las influencias sociales que ya son consideradas frecuentemente como las causas del delito. A su vez, esta separación se vincula con el aislamiento del preso, más o menos marcado, al interior de la prisión que se presume permite su individualización, impide la formación de una multitud confusa de la que puedan nacer desórdenes y conflictos y al mismo tiempo, asegura una condición para la reflexión y el arrepentimiento y posibilita que el personal especializado incida en su corrección. El Trabajo: el trabajo ha estado asociado a la "corrección" mediante el secuestro de aquellos que es preciso corregir. La prisión moderna actualiza este legado. Se presume que instaura hábitos regulares, evita el ocio y la posibilidad que nace de este de la aglomeración que genera desórdenes y conflictos, entrena en el acatamiento de órdenes y en el respeto de una jerarquía y prepara desde el punto de vista de las habilidades y capacidades, pero también desde el punto de vista de los deseos y aspiraciones para un futuro trabajo asalariado en el cuerpo social, luego de la liberación. La Religión: la práctica de la religión a su vez ha estado conectado al rol de los religiosos como parte del personal especializado en la corrección del criminal. La reconciliación del pecador con la divinidad es visualizada como un camino para la reconciliación del preso con la sociedad. La Educación: la educación se integró a la finalidad declarada de la corrección del criminal en la prisión, inicialmente en su faceta de instrucción básica previa a la generalización de la institucionalización escolar en la vida social, pero luego a través de la progresiva instalación de instancias escolares especiales de diverso tipo al interior de la prisión. La Familia: En el marco de la doble y paradójica consideración del medio familiar simultáneamente como una de las causas del delito del preso y como uno de los potenciales mecanismos de control informal del preso una vez liberado para que no vuelva a cometer delitos, se promueve el contacto del individuo secuestrado con su familia, tanto en el interior como en el exterior de la prisión. La Reglamentación, La Vigilancia y La Sanción: Desde el mismo nacimiento de la prisión moderna que el preso acate sus reglas internas ha sido visualizada como una de las claves para alcanzar su corrección. Al mismo tiempo, la aplicación de estas reglas ha exigido desde el mismo nacimiento de la prisión moderna el desenvolvimiento de una vigilancia jerárquica, constante y meticulosa, exigencia fundamental en torno a la cual han girado sus diseños arquitectónicos y la configuración de las características de su personal especializad. Ante la detección del incumplimiento de estas reglas internas más o menos indefinidas por parte del preso, este personal especializado mismo es el encargado de la imposición de sanciones. La Observación, La Clasificación y El Tratamiento: Inicialmente desde el saber médico y alienista, se reivindicó la necesidad de observar en forma pretendidamente "científica" al individuo secuestrado. Esta tendencia se fortaleció a partir del nacimiento de la "antropología criminal" y la "criminología". Esta observación constante se presume que debe producir un conocimiento "científico", un "diagnóstico" para la toma de decisiones acerca de cómo "tratar" al preso. Para la toma de esas decisiones, a su vez, se considera indispensable pronosticar cuales son las tendencias o inclinaciones del preso hacia el futuro, a los fines de generar intervenciones que prevengan aquellas consideradas negativas –el concepto de "peligrosidad". Estas decisiones implican clasificar a los presos. La Flexibilidad Del Encierro: en los distintos contextos la prisión reivindicó la posibilidad de que la pena privativa de la libertad impuesta en sede judicial pudiera ser flexibilizada. Inicialmente permitiendo que parte del tiempo previsto judicialmente de privación de la libertad sea "pagado" por el preso en libertad, bajo ciertas condiciones y luego, en forma mas ambiciosa, a través de la posibilidad de que directamente se decrete la finalización anticipada de la pena privativa de la libertad prevista. La determinación de cuando esta flexibilización debía ser posible fue reclamada por la prisión para su personal especializado en la tarea de la "corrección".

¿Lecciones (norte) americanas? ¿Más allá de la dialéctica fracaso-reforma del proyecto normalizador/disciplinario/correccional de la prisión moderna?: El proyecto normalizador/disciplinario/correccional de la prisión moderna ha sido calificado como un fracaso desde su mismo nacimiento. La prisión no sólo no reduce las tasas de criminalidad sino que produce reincidencia, "fabrica" criminales a través del encierro, en función de sus características. Sin embargo, frente a esta "crítica monótona", la respuesta ha sido la "reforma penitenciaria" que ha ido a lo largo del tiempo y del espacio gestando mutaciones en este proyecto normalizador/disciplinario/correccional, modificando ciertos ensambles de discursos y prácticas que lo componen. Desde la década de 1970 es posible observar, especialmente en Estados Unidos la emergencia de un juego de respuestas diversas frente a la percepción de fracaso del proyecto normalizador/disciplinario/correccional de la prisión moderna, que ya no apuntan en la dirección de su reforma para su reforzamiento, que no consisten en reafirmar sus principios fundacionales, que rompen con este marco consensuado y dado por descontado. Estas respuestas, en el plano discursivo, fueron construidas en el ámbito político, en el ámbito académico y en el ámbito de las instituciones del sistema penal a partir de críticas radicales, liberales y conservadoras, de carácter ético-político y de carácter sociológico, a la finalidad declarada de corregir al criminal -bajo sus ropajes de la segunda mitad del siglo XX: "rehabilitación", "readaptación social", "resocialización". Y para ello apelaron, en su multiplicidad, a impulsar la reinstalación de unas viejas -en algunos casos con un mínimo ejercicio de actualización- finalidades para el castigo legal, en general, y la prisión, en particular: retribución, disuasión, incapacitación. En el plano práctico, estas respuestas implicaron el desarrollo toda una serie de reformas legislativas e institucionales, tanto en el plano penal como penitenciario. Es imposible aquí enumerar todos y cada uno de estos cambios significativos y describirlos detalladamente. Solo señalaremos algunos en líneas generales, a titulo ejemplificativo: a) la reinstalación de la pena de muerte; b) la clausura o limitación significativa de la posibilidad de la aplicación de "probation" o cualquier otro tipo de medida alternativa a la pena de prisión para ciertos tipos de delitos -"ofensas sexuales", "pedofilia", "delitos violentos serios", "reincidencia" etc -; c) la rigidización del encierro a través de reformas legislativas que implican la abolición o limitación de la "parole" -o libertad condicional- y de todo otro tipo de mecanismo de flexibilización de la pena privativa de la libertad -salidas transitorias, prisión discontinua, etc- para ciertos tipos de delitos -catálogo que en ciertas jurisdicciones es muy amplio; d) el incremento de los mínimos y máximos de penas privativas de la libertad imponibles, incluyendo condenas de por vida de cumplimiento efectivo; e) la erosión en ciertos casos de cualquier consideración de elementos subjetivos al momento de determinar la pena establecida legalmente como efecto de las guías para condenar y las condenas obligatorias; f) la adopción de la política penitenciaria de la "prisión austera" o de la "prisión sin adornos" que implica una sustancial reducción y en ciertos casos, completa desaparición de los ensambles discursivos y prácticos vinculados al ideal de la corrección del criminal, que tienen su manifestación más radical en el "warehouse imprisionment", el "encarcelamiento-deposito", en donde el preso pasa 23 horas al día de aislamiento total sin ningún tipo de actividad y una hora de patio también aislado, puesto en marcha fundamentalmente en cárceles de máxima seguridad –y especialmente en las "super-max" norteamericanas; g) la adopción de técnicas actuariales de cálculo y gestión del riesgo para la toma de decisión acerca de en que prisión debe el preso cumplir su condena así como también para la toma de decisiones acerca de su eventual liberación condicional; h) la adopción de mecanismos de monitoreo electrónico y en general, de esquemas de supervisión reforzados y de divulgación de información para ciertos tipos de presos que son liberados condicionalmente -en algunas jurisdicciones norteamericanas incluso extensivo a todos los liberados condicionalmente; i) la adopción de mecanismos de notificación a la comunidad y de estigmatización pública para ciertos tipos de presos -en especial, ofensores sexuales- que son liberados condicionalmente o definitivamente, una vez cumplidas sus condenas judiciales; j) la adopción de mecanismos de supervisión reforzada para los individuos a los que se les impone una "probation"; k) diversos niveles de privatización de las prisiones -de la privatización de su construcción a la privatización de ciertas áreas de su gestión (alimentación, limpieza, etc) a la "prisión privada"; l) la reinstalación del uniforme a rayas para los presos, de claro sentido humillante y degradante; m) la reinstalación de la "cadena de forzados", es decir del trabajo realizado por presos en espacios visibles por el público, con uniformes y cadenas; etc. En este marco se ha producido en las últimas décadas un impresionante incremento de la tasas de encarcelamiento en Estados Unidos.

"Prisión legal" y proyecto normalizador/disciplinario/correccional en Argentina: La legislación penal es competencia del Estado nacional, pero la legislación procesal penal es competencia de los Estados provinciales, con excepción de la legislación procesal penal aplicable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que es de carácter "nacional". En el año 1996 el Congreso Nacional sancionó un nuevo texto legal sobre la ejecución de las penas privativas de la libertad que se encuentra actualmente en vigencia, la Ley 24660. Combina reglas de carácter administrativo, procesal y penal y, por ende, esto implica que los dos primeros sectores de la misma no sean inmediatamente aplicables en la jurisdicción de los estados provinciales. Este criterio ha llevado a que las legislaturas provinciales dicten leyes sobre la materia luego de la sanción de la Ley 24660, pero en la mayor parte de los casos las mismas se limitan a incorporar al ordenamiento jurídico provincial la totalidad de la legislación nacional. La ley 24660 se inscribe claramente en el marco del proyecto normalizador/disciplinario/correccional de la prisión moderna. En el mensaje del Poder Ejecutivo que introducía el proyecto de ley en el Congreso Nacional se lee que el mismo pretende fijar "pautas directrices que sustenten la posibilidad de cambio para una adecuada reinserción social del condenado...procurando la armónica integración de una concepción humanista con el resguardo de la sociedad". Se establece una regulación detallada de la "disciplina": "El interno está obligado a acatar las normas de conducta que, para posibilitar una ordenada convivencia, en su propio beneficio y para promover su reinserción social, determinan esta ley y los reglamentos que se dicten". Trimestralmente todo interno deberá ser calificado en cuanto a su "conducta". Para cerrar esta breve descripción, la ley también establece que: "Las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos y compatibles con su tratamiento, deberán ser facilitadas y estimuladas". Como se observa sin demasiado esfuerzo todos los componentes del proyecto normalizador/disciplinario/correccional que atraviesa la prisión moderna se encuentran articulados en este texto legal, en plena continuidad con sus precedentes a nivel nacional.

Ascenso del "populismo punitivo", reformas legales e incremento de la

población encarcelada en Argentina: Ahora bien, casi inmediatamente después de la sanción de la Ley 24660 es posible observar en el contexto argentino el nacimiento de diversas iniciativas legislativas, penales, procesales y penitenciarias, que parecen explícitamente abrirse en direcciones diversas a las del proyecto normalizador/disciplinario/correccional, en un contexto de rápida mutación. Sobre el telón de fondo de una drástica transformación económica y social que implicó una expansión extraordinaria de la exclusión y la precariedad sociales y el ascenso de una alianza gubernamental que integraba elementos de la tradición peronista con componentes neoconservadores y neoliberales -el "menemismo"-, desde los años 1990 se fue produciendo un marcado crecimiento de la tasa del "delito normal", del "delito de la calle" -es decir, aquel comúnmente registrado y perseguido por las instituciones del sistema penal- y de la sensación de inseguridad en torno a él, sobre todo en los centros urbanos grandes y medianos. La inseguridad urbana se fue transformando así en un objeto de intercambio político, una "mercancía política", a través de la cual se buscaba la producción de consenso político y en el límite, electoral. Se trata de un nuevo tipo de "politización". Esta "electoralización" de la "emergencia" de la inseguridad urbana implicó que las medidas propuestas -y eventualmente puestas en marcha- para enfrentar este problema fueran deliberadamente concebidas como el reflejo de lo que piensa o siente "la gente". Este origen de las medidas propuestas así como la búsqueda constante y multifacética de su "aclamación popular". Da lugar al paradójico nacimiento de lo que Mássimo Pavarini ha llamado una necesidad de legitimación "desde abajo", "democrática", de las estrategias de control del delito. Y por otro lado, le daba una nueva relevancia a una dimensión que modernamente fue medianamente contenida en el debate público sobre las estrategias de control del delito: los sentimientos, las emociones. La expresión de emociones o sentimientos abiertamente negativos sobre el delincuente existía socialmente, por supuesto, pero se consideraba en el pasado reciente como algo a ser excluido en el discurso al respecto del mundo de la política y de los medios de comunicación. En la búsqueda de reflejar el "sentimiento público", en cambio, reaparecen en estas esferas de las elites políticas y sociales los sentimientos o emociones negativas con respecto al delincuente, aumentando la "temperatura emotiva" de las estrategias de control del delito. Emergencia, politización/electorización, "legitimación desde abajo". En este marco, el incremento de la severidad del castigo legal se transformó progresivamente en una receta fundamental para las estrategias de control del delito, alimentando una tendencia al "endurecimiento" de la política penal y penitenciaria, tanto en el plano de los discursos como de las prácticas. De esta forma, se observa en la Argentina el ascenso del "populismo punitivo". En esta tendencia, se construye discursivamente una representación del delincuente que estructura lo que David Garland ha llamado una "criminología del otro". La guerra como metáfora abriga una percepción dicotómica y maniqueista, en la que existen dos bandos, la resolución de su enfrentamiento solo puede ser consecuencia de la neutralización o eliminación de uno de ellos. La "criminología del otro" es una "criminología de la guerra". El "populismo punitivo" articula propuestas y medidas que se presentan claramente como reflejo de esta "criminología del otro", "de la guerra" y en tanto tales, abren el terreno del control del delito a la resurrección de una "economía del exceso", a su "descivilización". A continuación haremos una breve síntesis de algunas de las medidas legislativas más significativas en el campo del control del delito, tomadas a partir de estos dos momentos "fuertes" de ascenso del "populismo punitivo": En marzo de 2000, el Partido Justicialista impulsó una reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, restringiendo severamente la posibilidad de que el imputado preserve su libertad durante el proceso penal. La excarcelación procede cuando el delito que se imputa tiene prevista una pena cuyo máximo no supere los seis años de prisión, siempre que de las circunstancias del hecho y de las características personales del procesado resultare probable que pueda aplicársele la condena de ejecución condicional. Marzo y abril del 2004, en el marco del segundo momento "fuerte" al que hacíamos referencia más arriba, que volvió a reformar el art. 171 prohibiendo la excarcelación –respectivamente en los casos en los que se imputa un delito contra la integridad sexual en sus formas agravadas o en los que presuntamente resultare víctima una persona menor de edad y en los casos en que se imputa la portación de arma de fuego no declarada y sin la debida autorización, cuando el imputado cuente con antecedentes por la comisión de delitos dolosos. Uno de los emergentes más visibles del ascenso del "populismo penal" en la Argentina ha sido el crecimiento sostenido e impresionante de la población encarcelada en los últimos años, especialmente en las jurisdicciones penitenciarias mas importantes desde el punto de vista cuantitativo. El SNEEP ha producido una curva de evolución de la población encarcelada desde 1997 a 2004 se puede observar un impactante incremento de la población encarcelada del 83% en sólo 8 años, que ha sido inicialmente menos pronunciado pero que a partir del 2000 escala en forma extraordinariamente significativa. Seguramente, el caso más dramático de crecimiento de la población encarcelada en la Argentina en estos últimos años ha sido la Provincia de Buenos Aires. En ello mucho ha tenido que ver que los dos momentos "fuertes" del ascenso del "populismo punitivo" tuvieron en gran medida en este territorio su contexto de formación y en él se observan especificidades en cuanto a los discursos y prácticas vinculados a esta tendencia. En paralelo a la población encarcelada en unidades dependientes del SPB en la Provincia de Buenos Aires existe una gran cantidad de personas privadas de su libertad en alcaidías y comisarías, en condiciones inhumanas e ilegales, que en muchos casos transcurren hasta meses y años en dicho tipo de espacios, independientemente de su condición de procesados o condenados.

¿Hacia una "prisión-depósito"?: En las antípodas de un tipo-ideal de prisión organizada en torno al proyecto normalizador/disciplinario/correccional sería posible construir otro tipo ideal de prisión atravesada por un "proyecto securitario". Una prisión que abandona completamente como finalidad declarada la "corrección del criminal", abrazando otros objetivos como legitimación de su propia existencia. Por un lado, la retribución del daño generado por el delito a través de la producción intencionada de dolor en el preso. Por el otro, y en forma mucho más central, la incapacitación o neutralización del preso, durante un lapso de tiempo más o menos prolongado –en el límite, perpetuamente-, de forma tal que no pueda volver a producir delitos, "protegiendo al público", generando "seguridad". Objetivos relativamente fáciles de realizar, en todo caso menos ambiciosos que aquél en torno al cual se organizaba el proyecto normalizador/disciplinario/correccional. Y que hacen innecesarios a la mayor parte de los ensambles discursivos y prácticos ligados al proyecto normalizador/disciplinario/correccional que atravesaron la prisión moderna. Una prisión sin trabajo, sin educación, sin religión, sin familia, sin observación, clasificación y tratamiento, sin flexibilización del encierro. Ni una "prisión-fábrica", ni una "prisión-escuela", ni una "prisión-monasterio", ni una "prisión-familia", ni una "prisión-asilo" o "prisión-hospital". Una prisión sólo encierro y aislamiento, reglamentación, vigilancia y sanción. Una prisión "segura". Una "prisión-jaula" o

"prisión-depósito". En el presente, la materialización paroxístico de este tipo ideal son las prisiones de "super-máxima seguridad" en los Estados Unidos. Existen síntomas, en el marco del ascenso del populismo punitivo, las reformas legales y el impactante incremento de la población encarcelada, que parecen mostrar un cierto acercamiento de la "prisión real” a este tipo-ideal de la "prisión-depósito" o "prisión-jaula": Porcentaje enorme de presos sin condena; Superpoblación y hacinamiento; Condiciones de vida inhumanas, violencias y muertes.

**Producción del Derecho Penal:**

El origen de las normas penales: La única fuente es la ley, dictada por el congreso nacional y conforme a todos los procedimientos que exige la constitución para el dictado de las leyes. La costumbre NO puede tener relevancia dentro del derecho penal. Se discute que también hay normas penales que tienen contradicción (CABA vs. Provincia). Esto hace a un derecho penal local. En líneas generales todas las leyes penales son derecho común. Surgen del congreso y se aplican igual en todo el país. Siempre la fuente es legislativa, es decir, origen en la ley.

Principio de legalidad: Principio limitador del sistema penal porque tiene que haber una ley previa al hecho del proceso, la ley tiene que ser estricta. Si aparece una posterior más benigna se aplica. Se prohíbe la analogía en el derecho penal.

**Art. 18 CN**: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. Lo que consagra este artículo, sin lugar a dudas, es la *legalidad procesal.* Es decir, la exigencia de juicio previo. Regulado por una legislación existente previamente. El modo de llevar a cabo el juicio. Encuentra fundamento en la carta de magna de 1215. Antiguamente se pensaba que no estaba consagrada la “legalidad material” que establece la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal. Otros pensaban que sí, porque era obvio, al observar el principio republicano (art.1 CN), que establece que los actos de gobierno deben ser racionales. Lo cierto es que si uno hace una lectura complementaria entre los **Arts. 18 y 19 CN**, no cabe duda que la legalidad material está incluida. **Art. 19 CN: “**Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe**”**. Igualmente esta discusión es antigua, porque hoy en el bloque federal de constitucionalidad **(art. 9 de la convención)** está consagrada la legalidad material.

Los bienes jurídicos o bien jurídico: Son los intereses vitales que todos tenemos para desarrollar nuestra vida. El primero es la propia vida, sino está protegida no vale la pena que lo demás este protegido. La gran mayoría está de acuerdo en que el derecho penal protege estos bienes jurídicos, es decir, estos intereses vitales. Ahora ¿qué intereses vitales se pueden proteger? Parecería que están receptados por los tratados de derecho humanos. Hay otras teorías que hablan de protección normativa, pero la norma en definitiva responde a la protección de intereses vitales. En otras palabras, el bien jurídico es un interés fundamental que la sociedad considera que debe tener protección para el funcionamiento propio de esa sociedad.

Validez de la ley penal o aplicación de la ley penal primero en el espacio y en el tiempo: **Art. 1 Código Penal:** “Este Código se aplicará: 1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción. 2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo. 3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino”.

Cuando hablamos de validez espacial, hablamos del ámbito en el cual se aplica nuestra ley penal. Recurrimos a este artículo: delitos cometidos en el territorio argentino. Para determinar esto con más precisión, hay que definir qué significa “cometidos”: Ej.: si estoy en el rio que separa misiones y Paraguay. Disparo desde Paraguay y le “acierto” a mi enemigo del lado de misiones, lo mato. Cometí el delito en Paraguay, y el resultado en argentina. Los delitos a distancia plantean esta discusión, *¿Cómo entendemos “cometidos”? ¿En el lugar donde se genera el delito o en donde se produce la consecuencia?* Algunas teorías priorizan donde se realizó la acción y otras teorías decían que tenía que ser el lugar donde se dio el resultado para aplicar la ley de fondo. La preocupación es qué pasaba si decían cosas distintas y no podían intervenir.

*Teoría de la ubicuidad (Corte)*: lugar de comisión es tanto el lugar donde se realizó la conducta como lugar donde se realizó el resultado. Se puede aplicar cualquiera de las dos. Nuestra ley permitiría su aplicación en los dos casos. Y esto permite garantizar que la ley argentina se pueda aplicar en las dos situaciones. Esta teoría es una interpretación del texto del artículo. La teoría dominante y la de la corte.

Principio de territorialidad: como principio rector, como principio más importante para definir la aplicación de la ley penal. Abarca el suelo, el mar y el espacio aéreo. Además de otras cuestiones. Las embajadas argentinas en otros países no son territorio argentino, es territorio del otro país. Lo cual no quiere decir que por tratados internacionales, el embajador argentino no tenga determinadas inmunidades. Cuando están involucrados los embajadores extranjeros, hay cuestiones personales que no permiten la intervención. Problemas de la intervención de la Corte.

*Los delitos que sea que la acción se cometa en la argentina, o el resultado se producen en la argentina, por la teoría de la ubicuidad, se entienden cometidos en la argentina y se aplica la ley argentina. En los lugares sometidos a la jurisdicción de la argentina. Ej.: buque público en altamar. Está sometido a nuestra jurisdicción.*

*Efectos:* Un delito que la acción se comete en el extranjero, pero se afecta un bien jurídico que es colectivo y estatal, que es del estado argentino, -Ej.: me pongo a falsificar en Uruguay, moneda argentina-, el bien jurídico afectado es la incolumidad del signo monetario argentino, le preocupa al estado argentino, un bien colectivo del estado argentino. *Falso testimonio:* Aunque alguien declare en una embajada argentina en el extranjero, el delito de falso testimonio es un delito abstracto, de mera actividad. Pero afecta el bien jurídico de administración de justicia, un bien jurídico colectivo de la comunidad argentina. Se puede aplicar el derecho argentino. También se aplica la ley penal argentina *cuando un agente del estado argentino en el exterior, en el desempeño de su cargo, comete un delito.* Ej.: si manejara mal el dinero para el manejo de la embajada. Es un delito en el desempeño de su cargo. No se aplicaría si fuera un homicidio, por ejemplo.

Otros criterios:

* “Principio de nacionalidad”: La nacionalidad del autor (activa) y de la víctima (pasiva).
* Cuando hay delitos que son graves, reconocidos por toda la comunidad internacional, el país que lo apresa puede aplicar su propia ley penal.

(( **Lo principal:** tener presente el *principio de territorialidad*, concepto de territorio (jurídico) entender la “comisión” en la teoría de la ubicuidad, que abarca tanto la acción como el resultado. Los lugares sometidos a jurisdicción. ))

Principio real o de defensa:

1. El tema de los efectos, cuando lo que importa es que se afecta un bien jurídico colectivo argentino.
2. Cuando el inciso segundo, un agente argentino en el extranjero, comete un delito en el ejercicio de sus funciones. Pero afecta a la función pública del estado argentino.

Como principios residuales: *Principio de nacionalidad y principio de universalidad.*

Validez temporal**:** Para que la sociedad se motive debería conocer la pena y la existencia de la prohibición, la descripción de la conducta prohibida. En líneas generales, el derecho penal prohíbe conductas humanas. Por ej.: matar. Solamente se pueden aplicar las normas penales hacia el futuro. Como regla general. Debe ser previa a tu conducta y la podes comprender. Tiene que ver con el concepto de culpabilidad, poder actuar de otra forma y elegir.

Principio general de irretroactividad de la ley penal: No se puede aplicar la ley penal para atrás. Las leyes penales rigen hacia el futuro. Esto también es consecuencia del principio de legalidad material. Prohibición de ley ex for facto. Cuando hablamos de la validez temporal, lo que habría que ver cuál era la ley vigente al momento de comisión de la conducta. Y cuando se comete la conducta típica. Hay tipos activos (homicidio) y tipos omisivos. Y dentro de los omisivos, hay propios (art. 108 omisión de auxilio) e impropios (art. 106 la madre que no le da de comer al hijo y el tiempo trascurre y el hijo muere). En el activo, el momento de comisión es el que se comete la acción. En el omisivo propio, el momento en que no actuaste. Y en el impropio, cuando se demuestra que tenías que impedir y no impediste. La ley vigente que hay que considerar es la que estaba vigente al momento de comisión del hecho. Hay que establecer el momento de comisión que dependerá de la estructura típica.

Excepción al principio de la irretroactividad**:** la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna. Solo se aplica una ley penal para atrás cuando es más benigna. Es decir, beneficia al reo. También cuando la sociedad deroga, antes de la condena, esa ley. Porque valora la conducta de un modo distinto. Si fuera después de la condena, pero está cumpliendo una sentencia, también se aplicaría. Pero ahí se tendría que introducir un recurso de revisión que está previsto en el código penal.

* *Salvo que la ley misma dijera que solo es para las causas que se iniciaban con posterioridad a la ley*.
* Intermedio: momento uno, se comete el delito y hay ley vigente. Momento dos, nueva ley menos grave. Momento tres, me condenan pero hay una ley mucho más gravosa. Van a aplicar la ley dos retroactivamente, como ley más benigna.

La ley más benigna, aunque fue derogada, debe aplicarse para atrás. Suponiendo que la ley más benigna fuera la del momento de la comisión, se aplica esa. Eso es ultra-actividad de la ley derogada más benigna.

Únicos casos donde NO se aplica la ley más benigna:

Leyes temporales y leyes excepcionales: las temporales son las que se dictan de movida, sabiendo que van a durar un tiempo determinado. Las excepcionales, cuando se atiende una situación excepcional, ej.: una catástrofe. Un aumento de pena temporal.

Hay leyes penales en blanco: Como la de drogas, que dice “quien vendiere estupefacientes”, pero para saber que es un estupefaciente hay que ir a un acto administrativo que dice la lista de estupefaciente. Lo mismo en el régimen penal cambiario. Solo se aplica si hay un cambio en la valoración social, no si es un cambio accidental, en las leyes complementarias.

Fallo Omoldi: El nombrado resultó condenado como autor penalmente responsable del delito de injurias por las manifestaciones publicadas el 20 de junio de 1997 en el diario “Clarín”, a la pena de mil quinientos pesos. Contra ese pronunciamiento, interpuso recurso de revisión. Señaló que las expresiones por las que fue condenado tenían por objeto denunciar hechos de corrupción lesivos al sistema democrático de gobierno, de claro interés público para la sociedad. Cabe recordar que en las presentes actuaciones se condenó a Eduardo Schiel por los dichos que se le atribuyen, publicados en el diario “Clarín” del 20 de junio de 1997 como resultado de una entrevista que otorgó a ese medio de prensa. En ese reportaje sostuvo que “Omoldi lo presionó para que diera el visto bueno a determinados expedientes que no correspondía aprobar y que el mismo lo presionó para que aprobara la jubilación de un importante empresario pesquero sin derecho a beneficio…”. Ahora bien, el 18 de noviembre de 2009 se sancionó la Ley 26.551 que implicó reformas respecto de los delitos de calumnias e injurias. En lo que aquí concierne se acotó el ámbito de su aplicación y se estableció expresamente que “en ningún caso configurarán tales delitos las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”. Las disposiciones de esta ley deben aplicarse retroactivamente por resultar más benignas que las vigentes al momento de la comisión del hecho y del dictado de la condena según lo dispuesto por los arts. 2 del C.P. y 9 de la C.A.D.H., los cuales plantean una excepción al principio de irretroactividad de la ley, e imponen seleccionar, para decidir el caso, la que en concreto resulte más favorable al justiciable. En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal y que este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Se impone el principio penal según el cual, se debe aplicar la ley penal más benigna, atendiendo al legítimo derecho de reparar la honra, honor y la imagen de quien fuera oportunamente condenado como autor penalmente responsable del delito de injurias.

Caso Argenflora: El criterio que rige en cuestiones que, como la cambiaria, atañen al orden público económico, supone la necesaria ultra actividad de las disposiciones reglamentarias, al menos mientras se mantenga vigente la ley que las sanciona. En lo referente a la aplicación de la ley más benigna, sostienen los recurrentes que el decreto 530/91 importó una modificación sustancial del régimen de control de cambios impuesto por el decreto 2581/64, en tanto hizo desaparecer la obligación de ingresar y negociar las divisas en el mercado oficial de cambios. Afirman que al liberarse al administrado de la obligación a que estaba sometido anteriormente, resulta inadmisible la pretensión de aplicar sanciones a la luz de una normativa que ya no es exigible, y con prescindencia de la ley vigente. Las variaciones de la ley extrapenal que complementa la "ley penal en blanco" no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable. En tal sentido, las variantes reflejan circunstancias de hecho, cuya desaparición luego de cometido el delito, en nada influye sobre la punibilidad de éste. Señaló también que, si se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad benigna del art. 2 CP. importaría, respecto de estas leyes especiales, despojarlas a priori de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlo. En tales condiciones, la modificación o derogación del régimen que regula dichas actividades -inherentes a la economía del Estado y que afectan el interés general- no importa la desincriminación de conducta alguna. Produce, en cambio, una alteración o sustracción de contenido en el marco de la ley penal en blanco que lo tiene como referencia. La subsistencia del tipo penal más allá de la situación fáctica que motivó la reglamentación complementaria, indica claramente que en el caso no se configura un supuesto en el que pueda resultar de aplicación una ley más benigna que la vigente en el momento en que se cometieron los hechos. Cabe concluir que no se configura en autos el supuesto alegado por los recurrentes en virtud del cual solicitan la aplicación de la ley más benigna.

Caso Ayerza: [Aquí, la mayoría de la CSJN remite a lo decidido en Argenflora, concede el recurso extraordinario al fiscal y revoca la absolución confirmada por la CNAPE] El proceso se había iniciado como consecuencia de las actuaciones del Banco Central de la República Argentina en las que se había resuelto que el giro de divisas atribuido a Ayerza. Que el a quo entendió que el sistema del decreto 2581/64 había sido derogado por el decreto 530/91 de modo tal que, a partir de éste, conductas como la imputada a Ayerza habían dejado de ser ilícitas. En razón de ello y del carácter constitucional que la regla de la retroactividad de la ley penal más benigna posee, consideró inaplicable el art. 20 de la ley 19359 y confirmó el sobreseimiento definitivo que había sido apelado. Contra dicho pronunciamiento el Ministerio Público interpuso recurso extraordinario cuyo rechazo dio lugar a la presente queja. Sostiene que la regla de la retroactividad de la ley más benigna resulta inaplicable en el caso, pues lo variado no fue la ley penal sino las normas extrapenales. La norma es, pues, "si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello". Más allá de la norma transcripta sólo se abre el estrecho campo de las excepciones, de las estrictas restricciones legítimas a los derechos humanos. Por tanto, no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de "...que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación". Que, sin embargo, se plantea en el sub examine una cuestión ajena al referido ámbito de los regímenes penales temporarios. En efecto, se trata en esta oportunidad de resolver si, ante una ley penal en blanco, las mutaciones de las normas permanentes que la complementan ponen también en funcionamiento el derecho del imputado a beneficiarse por la nueva configuración normativa. Una tradicional jurisprudencia de la Corte ha dejado sentado que ese derecho "...es, en principio, comprensivo de los supuestos en que la norma modificada, aunque ajena al derecho represivo, condiciona la sanción penal. Pero la modificación de tales preceptos no configura un régimen más benigno si no traduce un criterio legislativo de mayor lenidad en orden a la infracción cometida". La norma de sanción deviene 'ley penal' por el correspondiente supuesto de hecho de la norma complementaria, sin el cual la amenaza penal en blanco sería inoperante. Con el cambio de la norma complementaria varía, por tanto, un elemento sustancial de la ley penal misma. Notoriamente, pues, para la cuestión de la ley más benigna, interesa la situación jurídica total de la que depende la pena. No existe fundamento jurídico para no emplear esta regla en el ámbito de las leyes penales en blanco. El decreto 2581/64 estableció un sistema de clausura en relación con el tráfico exterior de divisas. Este imponía el deber de ingresar al país toda suma ganada en moneda extranjera por un residente en la República Argentina. A la vez, disponía un riguroso régimen de control de la salida de divisas que tendía a reducir al mínimo la extracción de moneda extranjera del mercado interno. En dicho fallo "Argenflora S.C.A.", la Corte entendió que eran aplicables al caso las consideraciones formuladas por el Tribunal en dos precedentes en los que no se aplicó la garantía en virtud de la presencia de circunstancias excepcionales. Se sostuvo, en primer lugar, que la excepción al principio de la retroactividad de la ley más benigna sólo corresponde cuando su aplicación "...resulte claramente incompatible con el régimen jurídico que estructura la propia ley especial atentando contra su armonía y congruencia". La aplicación retroactiva del nuevo reglamento resulta inadecuada "...cuando la derogación no se propone permitir un espacio mayor de libertad de comportamiento, sino sólo otro en que se conforma de modo distinto lo que hasta entonces estaba permitido, p. ej., suprimiendo una limitación de velocidad, pero prescribiendo una medida de seguridad hasta entonces no requerida".

Caso Cristalux: la mayoría de la Corte Suprema se remitió al voto del juez Petracchi en el mencionado caso “Ayerza” para hacer lugar al planteo de la empresa sancionada con fundamento en el principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

Caso Cimac: la multa aplicada en el caso tiene su origen en la infracción cometida por el actor y, su aplicación, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del tribunal, no posee carácter retributivo del posible daño causado, sino que tiende a prevenir y reprimir la violación de las pertinentes disposiciones legales, por lo que no es dudoso su carácter represivo, que no se altera por la existencia de un interés fiscal accesorio en su percepción. Por eso, el carácter de infracción, no de delito, no obsta a la aplicación de las disposiciones generales del Código Penal de la Nación. En efecto, sus disposiciones -a las que corresponde incluir dentro del concepto de ley penal- al disponer la actualización monetaria de los importes de las multas impuestas por ilícitos aduaneros, modificaron el régimen de penalidades, incorporando el mencionado reajuste que no se encontraba contemplado por las normas vigentes a la fecha de la comisión de la infracción y conforme al cual fue juzgado y condenado el accionante; sin que pueda entenderse configurado, por lo demás, un supuesto de retroactividad benigna de la nueva ley, considerado tan justo por reiterada jurisprudencia de esta Corte como la regla general de la irretroactividad de la cual forma excepción. En tales condiciones, corresponde declarar la inconstitucionalidad -en su aplicación al caso de autos- del art. 9 de la ley 21898, en cuanto manda actualizar el importe de las multas por ilícitos aduaneros impuestas por resolución de 1ª instancia administrativa, dictada con anterioridad a la vigencia de sus disposiciones o de la ley 21281 que, al momento de entrar en vigor aquélla, aún no hubieran sido pagadas”.

Caso Bruno Hnos: el Tribunal, en su actual constitución, no comparte las conclusiones del antecedente de Fallos: 304:849 [“D’Ambra”, allí se declaró la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 21898, que regula la actualización del monto de la multa por delitos cometidos antes de la vigencia de la norma]. “Ello es así por cuanto lo preceptuado en el artículo 10 de la ley 21898 no importa el agravamiento de la pena prevista para la infracción cometida, toda vez que la actualización allí prevista no hace a la multa más onerosa sino que mantiene el valor económico real de la moneda frente a su progresivo envilecimiento (Fallos: 299:146). En otros términos, lejos de agravar la sanción prevista, impide que ésta se desnaturalice.

Caso Markowiecki: “De la lectura de sus fundamentos se desprende que el juez federal ha aplicado correctamente la ley sustantiva. Ahora bien, sobre la aplicación de la ley 25.990 en sustitución del texto anterior del artículo 67 del Código Penal es de hacer notar que la eliminación de varias causales de interrupción de la prescripción, entre ellas la secuela de juicio, no deja lugar a dudas acerca de que respecto al justiciable, destinatario de esa benignidad, la actual es más favorable. La modificación debe ser reputada ley más benigna, y por ende, en estricto cumplimiento del principio de legalidad, ha de ser, si corresponde, aplicada retroactivamente. Se ha dicho que será aplicable la nueva ley más benigna aún en los casos de condenados con sentencia firme, siempre que de ella se deriven efectos jurídicos actuales, por cumplimiento de la condena efectiva o condicional, porque de otro modo, por ausencia de agravio, sería improcedente el recurso de revisión.

**Principio Constitucional de Reserva:**

**Fallo Arriola:** Es un fallo muy político, más por la época en la que sale. Lo fundamental del fallo al que nos referimos se basa en un fallo anterior de la corte, el Bazterrica más específicamente al voto de Petrarca.

El 25 de agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de [Argentina](https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/index.php?option=com_flexicontent&view=category&cid=99:argentina&Itemid=12) resolvió, por unanimidad de todos sus integrantes, declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la Ley de Estupefacientes, que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal con pena de prisión de 1 mes a 2 años (sustituibles por medidas educativas o de tratamiento). Según la Corte la inconstitucionalidad del artículo es aplicable a aquellos casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal que no afecten a terceras personas. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina en este tema ha sido oscilante. Comenzó en el año 1978, mientras transcurría la última dictadura militar, con el fallo “Colavini” donde se declaró la constitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal. Recuperada la democracia, en 1986 con el fallo “Bazterrica”, se declaró su inconstitucionalidad. Luego, en 1990, mediante el fallo “Montalvo”, se volvió al criterio de “Colavini”. Con este nuevo fallo (“Arriola”) se vuelve, aunque con ciertos límites, al criterio de “Bazterrica”. La Corte señaló: “el artículo 14, segundo párrafo, de la ley de Estupefacientes debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco). En el fallo se resolvieron los casos de cinco personas que fueron sorprendidas saliendo de una vivienda que se estaba investigando por comercio de estupefacientes. Estos consumidores fueron detenidos por personal policial a pocos metros del lugar, habiéndose encontrado entre sus ropas alrededor de tres cigarrillos de marihuana o poca cantidad de esa sustancia en cada uno de los casos. El principal argumento utilizado en el fallo es que la norma que penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en la medida que avanza sobre el ámbito privado de las personas, afecta el derecho a la intimidad protegido por normas constitucionales (no solo el artículo 19 de la Constitución Nacional, sino otros instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados luego de la reforma constitucional de 1994). Al respecto se señaló: “la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros” (voto de la Dra. Carmen Argibay). En este punto los jueces entendieron que el derecho a la intimidad debía primar, pero establecieron cierto límite en la protección constitucional en la afectación de esa conducta a terceras personas. Esta última aclaración deja una zona gris sobre ciertas tenencias para consumo, como las efectuadas en espacios públicos sin personas en las inmediaciones. Junto a este argumento principal, los distintos jueces sumaron otros argumentos a su decisión. El Dr. Carlos Fayt, quien había votado en contra en “Bazterrica” y a favor en “Montalvo”, modificó su criterio, señalando el fracaso de la persecución penal del consumidor como forma de combatir al narcotráfico, y expresó: “hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana”. Ampliando esta idea señaló “la contundencia con la que se ha demostrado la ineficacia de la estrategia que se vino desarrollando en la materia; en especial el hecho de considerar que perseguir penalmente la tenencia para consumo combatiría exitosamente el narcotráfico”. Y agregó: “ha quedado demostrada cuán perimida resulta la antigua concepción de interpretar que toda legislación penal debe dirigirse indefectiblemente al binomio traficante-consumidor”. Sobre las consecuencias negativas de la respuesta penal sobre los usuarios, el Dr. Zaffaroni señaló: “el procesamiento de usuarios (…) se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores”. Los Dres. Highton de Nolasco, Lorenzetti y Fayt señalaron que las convenciones de Naciones Unidas sobre estupefacientes y psicotrópicos, no obligan al estado argentino a penalizar la tenencia de estupefacientes para consumo, recordando la reserva que esos instrumentos contienen. El Dr. Ricardo Lorenzetti apuntó: “ninguna de las convenciones suscriptas por el Estado Argentino en relación a la temática lo comprometen a criminalizar la tenencia de estupefacientes para uso personal. Antes bien, se señala que tal cuestión queda ‘a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico’ con lo que las mismas normativas de las Convenciones evidencian sin esfuerzo su respeto por el artículo 19 constitucional”. A su vez, los Dres. Lorenzetti y Fayt señalaron la tendencia regional de retraer la utilización de la ley penal en relación a los consumidores. Carlos Fayt, refiriéndose al consumo de estupefacientes indicó: “es claro que las respuestas definitivas para estos planteos no pueden encontrarse en el marco de una causa penal, sin perjuicio de la posibilidad de soluciones en otros ámbitos. Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión”. Y párrafos después afirmó que “la ‘adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados’. Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias”. Finalmente la Corte, yendo más allá de la solución del caso penal, exhortó “a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país”.

**Principio Constitucional de Reserva: Art. 19 CN:** “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentes de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privados de lo que ella no prohíbe”. Es un principio que también actúa como limitador del sistema penal. Incluso se cree que está por encima del principio de legalidad, este último necesita al de reserva. Porque el principio de reserva nos impone una limitación que en líneas generales, extraído del art. 19 CN, establece que las acciones privadas de los hombres que no ofendan de modo alguno a la moral pública, están exentas de la autoridad de los magistrados. Eso al legislador le marca un límite, solo pueden legislar sobre acciones que causen una afectación a personas o a un bien jurídico, puede ser una afectación real o un peligro de afectación también real. Hay limitaciones que hacen al juzgamiento de las conductas, que aparecen a lo largo del proceso y se vinculan fundamentalmente con la idea de debido proceso, son garantías que van surgiendo. Después hay garantías y principios que hacen al derecho penal sustancial. El principio de legalidad es una y el principio de reserva es otra. Son garantías o principios sustanciales. La recepción legislativa del principio de reserva está en el art. 19 CN en la primera parte. Sin embargo a partir de la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, art. 75 inc. 22, incorpora una serie de tratados en los cuales se ven receptados el principio de reserva.

Por ejemplo: el art. 9 de la convención americana, el art. 15 inc. 1 del pacto de derechos civiles y políticos y el art. 11 inc. 2 de la declaración universal de los derechos del hombre. Ahí se va a encontrar que no se puede penar acciones u omisiones que no estén penadas a través de una ley. El legislador tiene que tener en cuenta que no puede penalizar conductas que no trasciendas a terceros, o sea, que no afecten a un bien jurídico sea individual o difuso.

Este principio tiene su origen en los siglos 18 o 19 con las ideas iluministas, fundamentalmente con el contractualismo. Tanto en Hobbes como en Locke surge claramente la intención de diferenciar el derecho de la moral. Y dejar la moral para el pecado, que es algo que está exento de la autoridad del rey, lo juzga dios. El sujeto empieza a hacerse conocido como un sujeto de derechos, que tiene que respetar al leviatán o al pacto que hace, donde el sujeto se reserva el derecho a la libertad. El espacio que como ciudadanos elegimos no ceder y que hace a nuestra elección de vida. Esta idea de libertad es la que en definitiva termina condicionando al estado y sobre todo al ejercicio punitivo.

Es un error de la corte, tanto es Bazterrica como en Arriola, entender al principio de reserva sin darle una definición, un contenido.

Hay dos principios que se derivan del principio de reserva:

1. Principio de acto: lo que impone es que solamente se pueden penalizar acciones. Esto significa que nuestros pensamientos, ideologías, forma de ser, no pueden ser penalizadas. Solo pueden ser perseguidos por sanción y castigo penal aquellos actos exteriorizados de las personas, las conductas. Este principio también tiene consecuencias pragmáticas en la teoría del delito.

En el fallo Arriola la conducta atribuida era la tenencia de tres cigarrillos de mariguana.

1. Principio de Lesividad (o de carácter público): estas acciones deben afectar un bien jurídico o expectativa de comportamiento en el ámbito de organización de un tercero.

Discusión: ¿“tener” es una acción? No es una acción, pero nosotros tenemos incorporado la idea de que la tenencia es algo que es punible. Esto se supera, la corte nunca dijo que la tenencia de armas es inconstitucional. Lo que incorporan ahí es que tener puede generar un peligro concreto en la seguridad pública. Esta discutida en doctrina, por ej. Zaffaroni, la única manera de aceptar que esto es una conducta, es entender que permite capturar el instante previo de adquirir lo que luego se tiene. Para otros el concepto de conducta es más normativo, se puede construir jurídicamente. Es cierto que en todos los delitos que estén dentro de posesión vamos a tener esta discusión. (Como también en aquellas situaciones en las que la no acción tiene consecuencias). Conforme a la doctrina mayoritaria, hay conducta. La corte no pone en duda la tenencia por acción. También piensa en el principio de reserva como La elección de nuestro propio plan de vida.

Consecuencias de los principios:

1. Por un lado, el principio de acto impide que nosotros seamos juzgados por lo que somos, sino que somos juzgados por los que hacemos. Nuestro derecho penal es un derecho penal de acto, no de autor. Aunque hay ciertas normativas con resabios del derecho penal de autor como la idea de peligrosidad o la reincidencia.
2. Por otro, el principio de Lesividad, la consecuencia es que las acciones cuando son privadas también quedan fuera del ámbito del sistema penal.

Acciones de carácter privado o público: Lo que hace que una acción tenga carácter de público o no es que no afecte a un bien jurídico o a un tercero, el ámbito de organización de un tercero.

Caso Arriola: Arriola era una persona que se presumía comercializaba drogas. Lo detienen en una requisa porque tenía en su posesión tres cigarrillos de mariguana. Cuestión que la corte no se pone a analizar es si esa conducta de tener un cigarrillo de mariguana en el bolsillo afecta o no a un tercero.

Voto Argibay, un voto muy bueno en términos de pragmatismo para lo que sirve un fallo de la corte, pone estándares: Los agravios de la defensa cuando se presenta el recurso extraordinario era declarar la inconstitucionalidad del art. 14 segundo párrafo, teniendo en cuenta argumentos muy fuertes: La afectación al principio de reserva. Y además, otra cosa que lleva a cambiar el tipo de jurisprudencia de la corte que había sido muy cambiante: El primer fallo que se recuerda es Colavini sobre drogas, ahí la corte sostiene la criminalización de la droga. Después en Bazterrica y Capalbo da vuelta. Esto también tiene mucho que ver con el año en que resuelve, es en el 86, si bien el voto de Petracchi en ese precedente es de los mejores que tiene la corte, se hace cargo de la situación y dice que estaban en un proceso de reorganización constitucional, pone mucho énfasis en eso de la autonomía de la voluntad como algo necesario para la democracia. En Arriola también sale en algún momento, que la corte trataba de ajustarse a la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos y a su vez internamente también había un proceso muy vinculado al reconocimiento de ciertos derechos a través de lo imperioso. La Corte es un órgano político:

* 86, vuelta a la democracia, presidencia de Alfonsín, dictan Bazterrica y Capalbo.
* Presidencia de Menem se da vuelta la doctrina de Bazterrica se dicta el fallo Montalvo.
* Durante el Kichnerismo se dicta Arriola.

Cuando la corte cambia un criterio lo primero que hace es reconocer es que la finalidad que se había tenido en su momento debe cambiar, se había vuelto irracional. Lo que hace la defensa es decir que la composición de la Corte cambio y que se hace necesario revisar el criterio asentado en Montalvo. El argumento jurídico es la afectación al principio de reserva. Y así mismo agregan que la escasa cantidad secuestrada permitía inferir es que no eran adictos por lo que no se afectaban a sí mismo ni a terceros. La corte decide que perseguir al tenedor no permite combatir al narcotráfico ni bajar el consumo. Hace hincapié en la reforma del 94 y en función a eso analiza diferentes principios y derechos que el estado comienza a obligarse. En este sentido dice que todos los tratados de derechos humanos reconocen el derecho a la privacidad, en función de esto que impide la injerencia arbitraria del estado en nuestras vidas. Se muestra el principio pro homine, que la corte vuelve a receptar en otras decisiones. Al momento de interpretar hay que inclinarse a la interpretación que muestre mayor libertad.

Caso Vázquez- Ferra: Directamente impulsa una reforma legislativa. Se incorpora el art. 218 bis al código procesal que lo que hace es establecer la extracción compulsiva de sangre por orden judicial no solo en los casos de los imputados que se niegan a la extracción sino también a los testigos y víctimas. En el caso de los niños apropiados en la dictadura. Siempre y cuando no exista un medio menos lesivo para obtener el fin deseado.

El principio de reserva en consonancia con el principio de legalidad material, es que solo se puede castigar una conducta que ha sido exteriorizada y puede afectar bienes jurídicos de terceros. En el resto lo que prima es la autonomía individual porque nuestra CN consagra la autonomía moral. No le importa establecer una ética determinada sea cual sea.

En Arriola también dice que es importante tener en cuenta el principio de dignidad del hombre y en función de eso, no utilizar al hombre con una finalidad pragmática o utilitarista. El hombre es un fin en sí mismo. Lo que dice la Corte es que a través de los tratados la Argentina se comprometió a combatir al narcotráfico pero eso no implica criminalizar la tenencia. Lo que si es necesario es establecer mecanismos preventivos y que estén orientados a la capacitación, educación y a la salud. Reconocen al adicto como una víctima y en función de eso también es que considera que las víctimas, también por compromisos internacionales, el Estado tiene que ubicar la re victimización. El juez Faith es el que analiza lo que es para el adicto ir a la cárcel y como termina consumiendo otras drogas. Otro argumento importante es que las regulaciones que penalizan conductas no pueden considerar solo la peligrosidad de la conducta como fundamento para la punición. Lo analizan desde el punto de vista de que el consumidor no necesariamente va a formar parte del aparato delictivo, ni va a cometer delitos.

 En el caso de que se cometa un ilícito drogado, solo si se demuestra que robo para consumir porque la compulsión era tan grande que no pudo resistir, se vería o no su culpabilidad afectada. Ahora, si se demuestra que el grado de la sustancia no era tan grande como para impedirle entender sus acciones, no va a llevar una responsabilidad disminuida que si bien no exonera, si disminuye la pena. Faith dice en su voto que hay que hacer una diferenciación entre la acción de consumo que uno realiza en su ámbito privado con la segunda acción que termina generar una afectación al orden jurídico. Hay que tener en cuenta el resultado. Si hay casos donde el consumo de drogas lleva a la inimputabilidad. Pero es un mito que la gente que sale drogada a robar se considera enferma y no va a la cárcel.

Hay muchos fallos que dicen que la reacción del estado tiene que ser la misma que tiene frente a otras adicciones que están reguladas. La crítica de Argibay está orientada a que Montalvo no funciono. Lorenzetti por un lado, Faith que tiene un voto muy largo para poder dar vuelta su posición en anteriores fallos, Petracchi que se remita a Bazterrica, Zaffaroni que es más bien una mención de principios, aunque si hace una mención interesante a lo que es una cuestión procesal que dice que siempre que consideremos al tenedor como delincuente en consecuencia como imputado en una causa penal, es en resguardo en su derecho de defensa. Eso lo lleva a que en el momento de declarar pueda mentir sin consecuencia alguna. En cambio sí despenalizamos la posesión, lo podemos citar como testigo y ahí si tiene el deber de decir la verdad. El fallo termina con el voto de Argibay, ella acompaña los 30 primeros considerando, dice que Montalvo tampoco establece pautas objetivas para analizar que en situaciones como esta donde es bastante difuso la generación o no de la afectación de un tercero, como podemos solucionarlo. Hace un análisis de distintos casos que llegaron a la corte donde se analiza la afectación y saca cuatro parámetros objetivos:

* En principio las acciones privadas que se llevan a cabo en el interior de un espacio no afectan. Pero no necesariamente hacer cosas dentro de un espacio privado no lleva a la afectación de un tercero. Ej.: todos los casos de violencia de género se dan puertas para adentro.
* Luego lo que dice es que para poder pensar si una acción afecta o no, presume que las acciones que se realizan en público son más aptas para afectar la salud pública. Ej.: fumar porro en una plaza, frente a un jardín de infantes o a las 5 de la mañana. No es lo mismo exhibir la droga que tenerla escondida.
* La cantidad, tema discutido en la causa. Dependiendo de esta es difícil o no plantear el principio de reserva.
* Si la pena que se le plantea a la persona tiene como objetivo protegerla, ya esa idea es inalcanzable. En Montalvo la corte establece que la droga es un flagelo a la juventud y que se la protege con la pena. El estado se encuentra en guerra contra la droga, y pierde si no penaliza la tenencia para consumir.

Como consecuencia del principio de reserva receptado por nuestra constitución, se establecen ámbitos de libertad individual muy importantes, de autonomía moral, nuestro propio plan de vida. Hay muchos casos similares que no tienen discusión.

**La Dogmatica Jurídica:**

**¿Tiene Futuro la Dogmatica Juridicopenal? – Gimbernat Ordeig:** Una criminalidad que tiene causas y una constatación de la culpabilidad son incompatibles, si es que el concepto de causa ha de tener un sentido. Aunque se considere posible, para salvar el concepto de la culpabilidad, que entre las causas del delito figura una colocada por el mismo autor con su mala voluntad -una causa impropia, con la que se abandona ya la categoría de causa y, en general la ciencia seguirá siendo difícil, es más: imposible, llegar a penetrar en la amalgama de causas propias a impropias. Ello sería preciso, sin embargo, para poder medir o calibrar la culpabilidad. Nedelmann opina que las tendencias dominantes en la actual ciencia del Derecho penal "se aferran a la pura teoría, dirigiéndose contra toda ciencia que no esté basada en ella, sino en la experiencia. Rechazan la psicología con la misma decisión con que descuidan la Criminología que, casi siempre, se halla en sus manos". Porque pone en duda la existencia do la culpabilidad y la justificación de la pena (justificación que la ciencia penal deriva de la culpabilidad). Nos encontramos con una, por así decir, "teoría del dominó": la crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin pena no puede haber Derecho penal, y sin éste tampoco una ciencia del Derecho penal en sentido tradicional. Esta ciencia ha subrayado siempre que la culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena, entendiéndose por culpabilidad el reproche que se le hace al autor porque "se ha decidido por el mal, a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del Derechos". Por tanto, los actuales críticos del Derecho penal están de acuerdo con la mayoría de los dogmáticos penales en la cuestión de que el Derecho penal sólo encuentra justificación sobre la base del libre albedrío. Las opiniones únicamente se dividen en la actitud frente al problema de la libertad de decisión del hombre; pero cuando se rechaza el Derecho penal en base a la postulada indemostrabilidad o inexistencia del libre albedrío, se está no obstante poniendo de manifiesto, en definitiva, una coincidencia con la tesis fundamental de la doctrina dominante en la ciencia juridicopenal de que solo es imaginable y posible un Derecho penal de la culpabilidad. a imagen de un Derecho penal no basado en el libre albedrío: seria éste un Derecho penal, así se dice, en el que no tendría vigencia el principio de culpabilidad, en el que -como la pena no tendría por base la culpabilidad, sino la peligrosidad del agente podrían imponerse los más severos castigos por delitos de poca importancia ejecutados por un autor con tendencia de delinquir y quedar impunes crímenes de la mayor gravedad con tal de que los hubiesen cometido delincuentes con una prognosis favorable. Esta actitud en la que se ha colocado la mayoría de los representantes de la ciencia del Derecho penal es, a la larga, insostenible. Insostenible porque no se puede profesar el "principio de culpabilidad oponiéndose, así, a los resultados de ciencias como la psicología y el psicoanálisis dedicados precisamente a estudiar las motivaciones del comportamiento humano. Pretender fundar el Derecho penal en el (por lo menos respecto de cada delincuente concreto) indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano; librarla, a pesar de todo, sólo puede tener como resultado aumentar la irritación de los científicos empíricos. La actitud referida, insostenible en sus bases, desemboca además, en una alternativa de graves consecuencias: es el caos lo que anuncian los partidarios den Derecho penal basado en el libre albedrío si éste deja de ser el fundamento de la pena; es decir: un Derecho penal que tenga en cuenta los conocimientos de las ciencias empíricas que acepte, pues, que no es posible pronunciar a ningún humano un juicio de culpabilidad sobre el hecho antijurídico de otra persona, tiene que ser, eso se pronostica. Pero es más que dudoso que el planteamiento de esta alternativa sea correcto. Se puede negar la posibilidad de demostrar la libertad de decisión en el caso concreto y, no obstante, afirmar la dignidad de la persona y la idea del Estado liberal do Derecho; dos juristas pueden servir de ejemplo personal de que lo uno no es incompatible con lo otro: v. Liszt y Fritz Bauer. Y se puede propugnar un Derecho penal basado en el libre albedrío y, no obstante, partir de una ideología fascista insensible a los valores fundamentales de la persona. Precisamente en Alemania hay que recordar que el Derecho penal de terror no es un monopolio del Estado nacionalsocialista, y que tanto o más que en el III Reich se ha abusado den Derecho penal en países eminentemente católicos en los que dudar de la demostrabilidad del libre albedrío es casi una herejía. Y es que en todo ello se están afirmando relaciones de causalidad inexistentes. Si un Estado comete crímenes en forma de leyes penales es porque, previamente se ha negado todo valor -t la dignidad humana y a las ideas fundamentales de libertad, de seguridad jurídica y de igualdad. Y si a esto se le ha negado todo valor, entonces, de una manera o de otra, se llegará al terror juridicopenal. Es sintomático que en los países escandinavos y en Inglaterra, en los que la idea del Derecho penal de la culpabilidad nunca ha tenido demasiado arraigo, no se haya abusado del Derecho penal con fines políticos. No es la creencia o no creencia a en la autodeterminación del hombre lo que lo ha impedido, sino el respeto por la persona humana que en estos países constituye una gloriosa tradición política: Si en una Sociedad están verdaderamente afianzados los derechos del hombre, no hace falta preocuparse por la solución que se dé al problema del libre albedrío, pues las consecuencias que se extraigan de la solución -positiva o negativa- adoptada, siempre tendrán sus límites en aquellos derechos. Y si este respeto a la persona y a su dignidad no existe, se cometerán abusos: fundamentándolos en el libre albedrío o en la falta de libertad del hombre, en el Derecho natural o en el positivismo jurídico, y, si es preciso, incluso sin fundamentación alguna. No es sólo que el psicoanálisis no priva al Derecho penal de sus bases: es que sucede todo lo contrario: lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho penal. La existencia del Derecho penal obedece al hecho “de que el hombre sólo mediante renuncias a los impulsos puede adaptarse a cualquier sociedad imaginable. Sólo puede convertirse en un miembro soportable de la Sociedad mediante Ia adquisición del control de sus necesidades impulsivas, un control siempre relativo que obliga al aplazamiento y, bajo determinadas condiciones, a Ia renuncia a una apetencia”. Desde la perspectiva expuesta, la pena cumple otra función a la que time cuando se la bases en la autodeterminación deI agente: la pena ya no está ahí para retribuir una culpabilidad inexistente o, por lo menos, indemostrable en el caso concreto. Tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, pares evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social. En un Derecho penal así concebido, la pena no es ya algo irracional, sino racional. Es un elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres. Entonces "las sanciones deben do ser conformadas de tal manera que, cuando sea necesario y posible, sean eficaces para la reintegración del condenado en la libre comunidad jurídica o, por lo menos, causen el menor daño posible". En esta actitud del Proyecto Alternativo no se percibe ya nada de aquella "superioridad" de la Sociedad sobre el delincuente fundamentada en él "reproche de culpabilidad" por el hecho cometido. En realidad, sólo sabemos una cosa: eso que sabe también el Proyecto Alternativo, es decir: que la pena es una "amarga necesidad", que una Sociedad que prescindiese de ella tendría sus días contados. Porque es esto lo que justifica la potestad penal des Estado es un abuso de derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena. Haberlo percibido y haber basado en ello, en lo fundamental, su sistema punitivo es uno de los méritos del Proyecto Alternativo. El que el Derecho penal sea imprescindible no significa por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual. Imprescindible es, por ejemplo, la prohibición juridicopenal de los ataques a la vida o al honor. Pero numerosas prohibiciones no han sido nunca -o han dejado de ser- necesarias. Un Derecho penal no basado sobre el libre albedrío determina la gravedad de las penas del mismo modo que lo determinan, en lo fundamental, todas las leyes penales actualmente vigentes en el mundo, a saber: en primer lugar, sobre la base del valor del bien jurídico protegido; en segundo lugar, estableciendo una ulterior distinción y castigando con mayor severidad únicamente la lesión dolosa de un bien jurídico que la culposa del mismo bien. Pues si la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibidor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento, sería por ejemplo absolutamente injustificable que se castigarse más severamente un delito contra la propiedad que uno contra la viola. No es porque el libre albedrío sea la base de la pena, sino porque el legislador tiene quo intentar alcanzar una cierta eficacia con: ese importante medio de política social que es el Derecho penal, es preciso quo establezca una graduación según la importancia quo da al bien jurídico lesionado. Pues la naturaleza humana no puede admitir tantas prohibiciones de gravedad extrema, y si el legislador no observase este principio se encontraría, al final, con quo por querer reforzar el efecto inhibidor de la prohibición del hurto se debilitaba el del homicidio, un comportamiento éste que el legislador tiene mucho más interés en reprimir que aquél. Y las mismas consecuencias de desconcierto y debilitación de las prohibiciones más importantes se producirían si, a pesar de quo el homicidio doloso es un hecho que produce una conmoción mucho mayor que el culposo, no distinguiese y amenazara con una pena de igual gravedad a las dos clases de homicidio. La pena no se puede aplicar derrochadora, sino cautelosamente. A la larga la pena no podría cumplir su función de encauzamiento por lo que se deben tener en cuenta, para determinar su gravedad, el valor del bien jurídico lesionado y el dolo o la culpa: existen también otras consideraciones que hablan en la misma dirección en un Derecho penal en el que se ha prescindido del criterio del libre albedrío; pasemos a exponer estas consideraciones:

**a)** Precisamente el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea en absoluto o en su rigor innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible. Cierto que tal vez si la pena del hurto fuese igual a la del homicidio disminuiría el número de ataques a la propiedad; pero ello es innecesario en el sentido de que la vida social no se ve gravemente afectada. Otra cosa sucede con los ataques dolosos contra la vida. Cada uno de ellos supone una conmoción en la comunidad incomparablemente más violenta que la que produce un mero ataque a la propiedad.

**b)** Pero el sí y el cómo de la pena no solo viene determinado por la importancia del bien jurídico lesionado, sino también por la circunstancia de la comisión dolosa, imprudente o inculpable. Esto hay que mantenerlo frente a los que, confundiendo los dos posibles significados de la expresión Derecho penal de la culpabilidad, piensan que la exclusión de la responsabilidad por el resultado sólo puede fundamentarse operando, de alguna manera, con el concepto del libre albedrío. Engisch, sobre la base de su teoría de la "culpabilidad por el carácter", afirma: "Si la producción de un resultado antijurídico no descansa en la culpabilidad, sino en el azar, entonces tampoco es emanación de una peligrosa constitución del carácter y, por ello, tampoco idónea para ser retribuida con una pena". Si alguien mata a otra persona casualmente, esto es: con ocasión de una conducta de la que es imprevisible que derive una muerte. Pues no se puede pensar en serio que la sociedad esté interesada. Vemos, pues, que aun prescindiendo de cualquier clase de culpabilidad, es perfectamente posible fundamentar por qué sólo pueden ser punibles los hechos dolosos o culposos: la responsabilidad por el resultado es una responsabilidad innecesaria y constituiría, por ello, un sufrimiento para las personas castigadas que nada podría justificar. Lo que ya no aparece con tanta claridad es por qué la imprudencia se ha de castigar con menos rigor que el dolo. El resultado de los homicidios dolosos es igualmente grave que el de los homicidios culposos. Pero dado que éstos se producen con mayor frecuencia que aquéllos, ¿por qué no elevar la pena del homicidio culposo hasta igualar o superar la del doloso, a fin de conseguir una mayor prudencia y, con ello, la disminución de accidentes? Parece que el Estado aquí podría apelar a la necesidad, justificando así la mayor severidad en la represión de la imprudencia: esa mayor severidad serviría para que decrecieran, lo que todos deseamos, las muertes en las carreteras. Y aquí es donde surge una importante duda derivada de la distinta estructura de dolo y culpa. ¿Es cierto que aumentando la pena de los delitos culposos se impediría o se reduciría su comisión? Pienso que no; pues en el delito doloso el sujeto persigue directamente el resultado, sabe cuándo realiza el tipo y, por consiguiente: la pena, al reforzar la prohibición de matar, condiciona directamente la inhibición del impulso de matar. Otra cosa sucede con el delito imprudente, caracterizado porque el sujeto no cuenta con la producción del resultado; hasta tal punto no cuenta que muchas veces la víctima de la imprudencia es el mismo autor o sus seres queridos; si ni la posibilidad de perder la propia vida o de matar a familiares o amigos evita porque se piensa que el resultado no va a producirse la actuación peligrosa, ya podemos aumentar la pena del homicidio imprudente lo que queramos: con ello no conseguiríamos reducir el número de muerte culposas, pues todo sujeto que se comporta peligrosamente piensa que la prohibición de la causación imprudente no va con él, que de su comportamiento negligente no va a derivarse un delito de lesión. Castigar lo mismo el homicidio imprudente que el doloso sería un abuso de la potestad penal, ya que, dada la estructura del delito imprudente, con la elevación de la pena no se conseguiría una disminución de muertes culposas; desde un punto de vista social, el aumento de sufrimiento de los delincuentes imprudentes sería inútil. Los mismos argumentos, pues, con los que nos hemos opuesto al incremento de las penas para reducir el número de hurtos rigen en referencia a la represión de conductas peligrosas.

**c)** Aun prescindiendo de toda culpabilidad por el hecho o por el carácter, no puede admitirse que se repriman con una pena los delitos cometidos por sujetos inimputables. Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o a los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. En referencia a los sujetos "imputables" las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los "inimputables" queden exentos de responsabilidad criminal.

¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal? No lo tiene si se argumenta así: La dogmática penal presupone el Derecho penal, el Derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe. De esta argumentación se ha admitido aquí el último postulado (la culpabilidad es indemostrable); pero se ha rechazado, que la pena y, por tanto, el Derecho penal presupongan la culpabilidad. La dogmática jurídicopenal averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo .de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y á la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales. En un país de gran nivel cientifico-jurídico, como lo es Alemania, para enterarse de lo que dice el Derecho de obligaciones o el Derecho penal alemanes, no hay más que acudir a uno de los muchos manuales o comentarios: ahí se expone que es lo que rige en base al Código Civil o al Código Penal. En otros países de dogmática menos desarrollada el contenido de los manuales y comentarios es muy distinto: los supuestos dudosos (muchas veces sin que se tenga siquiera conciencia de que existen o de las dudas que ofrecen) son resueltos inconexamente, de caso en caso, contradictoriamente, y nadie puede decir, de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir: la respuesta que el jurista tiene que dar con excesiva a insoportable frecuencia, cuando le preguntan qué es lo que dice el Derecho penal sobre éste o sobre el otro supuesto es: "No lo sé." La existencia del Derecho penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demostrar la libre decisión humana en el caso concreto porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel cientificojuridico, porque una ciencia desarrollada del Derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el Derecho penal, por todo ello: La dogmática juridicopenal tiene un futuro.

**RESPONSABILIDAD EN MATERIA PENAL:**

¿Cómo se atribuye la responsabilidad penal ahora? ¿Y antes?

* **Responsabilidad colectiva (venganza)**

Antes de la ilustración existía la posibilidad de **Venganza privada**, era sobre un grupo. No iban a reclamar justicia y un castigo sobre el autor, sino que se le atribuía la responsabilidad a toda la tribu a la que pertenecía. **No se individualizaba al autor, la responsabilidad era del grupo, el castigo era para todos**.

En épocas anteriores también se responsabilizaba a los animales. Ej.: un caballo mata a un niño y lo responsabilizan al caballo.

Los objetos, algo cotidiano. Esto no se tuvo en cuenta.

Salvo este último ejemplo, los demás fueron cuestiones de responsabilidad que existieron históricamente.

* **Responsabilidad Individual**

A partir de la **ilustración** con la concepción del **hombre con libre albedrio, racional, que incluso ha contribuido a dictar las propias normas con las que se obliga**. La idea es que la **responsabilidad es individual**, por el acto propio, por lo que hizo (conducta prohibida) o por lo que omitió hacer (la conducta estaba mandada).

**Cuestión histórica**: a partir de la ilustración se abandona la idea de responsabilidad colectiva, se responsabiliza a las personas por los actos propios.

* **Responsabilidad objetiva**

En **materia civil**, basta poner una causa para la producción de un resultado para que ese resultado en términos de responsabilidad civil pueda serle atribuido.

Ej.: un colectivo enviste a un auto, quien es civilmente responsable es el dueño de la empresa de colectivos. El colectivo es una cosa peligrosa que puede causar daños.

El **aspecto objetivo** entendido como **mera causación** alcanza en materia civil, que tiene objetivo resarcitorio, reparar daños.

* **Responsabilidad Subjetiva**

En **materia penal**, en cambio, se busca retribuir, penar, castigar, va a exigirse la existencia de **aspectos subjetivos**, **dolo o culpa**, haber buscado con esa acción un resultado o que el mismo sea producido por consecuencia de una negligencia o imprudencia mía.

**Síntesis:** a partir de la ilustración que se concibe al hombre como un ser libre, auto determinado, racional, se lo responsabiliza por actos propios, y en materia penal no basta la mera causación sino que debe haber un componente subjetivo. Y además puede ser por haber realizado activamente una conducta prohibida o por una omisión.

En **materia penal**, generalmente, la pena **afecta a un bien jurídico** muy importante, **la libertad**, por lo cual hace que **tenga muchas exigencias**.

Bien al que le atribuís la responsabilidad penal, le podes atribuir la civil, pero a la inversa no.

* **Presupuestos de atribución de responsabilidad penal por el hecho**

Zaffaroni menciona estas exigencias:

* **Primero** tiene que haber habido una **decisión personal**, tiene que haber una acción de algo prohibido o una omisión de la conducta mandada que tiene que ser personal.
* **Segundo** tiene que haber **previsibilidad del resultado**, si fuera un resultado imprevisible para nosotros no habría culpabilidad.

No se utilizan los criterios de la física, o alguna ciencia experimental o natural. **Se dice si es exigible conforme a estándares que se utilizan en el derecho**.

Ej.: un albañil no se puede hacer responsable por un ladrillo que se cae 20 años después de que construyó la pared. De última el que tiene el deber de cuidado es el dueño.

* **Tercera** es la **posibilidad de conocer la prohibición** de la conducta, importa saber si esa conducta está penada por la ley. Ej.: viene un extranjero (holandés por ejemplo) quisiera antes de venir a la argentina, saber cómo está regulado el tema de los estupefacientes, porque tiene la costumbre de vez en cuando, de fumar un porro, le pregunta a alguien de argentina y le dice que si puede en cualquier lugar y condición. Si viene acá y lo detienen no le atribuirían culpabilidad, porque sería un “error de prohibición directo”. La pregunta que se haría el derecho es saber si ese error era vencible o invencible. Si se trató de informar legalmente de un modo razonable ¿podía salir de ese error? Si decimos que sí, va a tener responsabilidad atenuada. Si decimos que no, no va a tener culpabilidad.
* **Cuarta** es la **posibilidad de adecuación de la conducta al conocimiento de la prohibición**. Ej.: si uno creyera que está en una situación de legítima defensa pero en realidad le están haciendo una broma, la doctrina da varias respuestas: si la broma fuera insuperable y uno no puede salir de ese error, seguramente existiría ausencia de este presupuesto y no se le puede atribuir la responsabilidad penal.

Otro ej.: cometer un delito o morir.

Otro ej.: los psicópatas, problemas en la esfera afectiva, no sienten remordimiento, los demás son instrumentos. Para algunos son inimputables, no le podemos atribuir la comisión del hecho con relevancia penal. Si las medidas de seguridad.

En el derecho penal el principio de inexcusabilidad de la ley, que rige plenamente en el derecho civil, es relativo en la medida de lo razonable. No todas las preguntas prohibidas son tan evidentes como “no matar”.

* **Suerte y el azar**

La suerte es lo que a veces nos atribuimos nosotros, tenerla o no tenerla. Ej.: un deportista.

El azar es algo distinto, tiene más que ver con reglas estadísticas y con niveles de probabilidad. Ej.: alguien por comodidad sale del garaje y maneja en sentido contrario a la calle, nunca le pasó nada, hasta que le pasa. Hay una estadística que determina que en algún momento le iba a pasar algo.

**Suerte de origen:** suerte como la de un estudiante como nosotros de haber nacido y vivir en clase media o más, con posibilidades de educación. Diferente sería el caso de un chico de nuestra edad que vive en siria o por ahí para un ejemplo más cerca, un chico que vive en una villa de emergencia. Esa suerte de origen no anula la libertad pero si los condiciona un poco. La libertad es un concepto graduable y puede ser condicionado por la suerte de origen. La doctrina acepta que la suerte de origen no condiciona pero si condiciona su ámbito de actuación.

**Suerte de contexto:** no es lo mismo que uno le roba al otro el sándwich en el aula después de clase que como le paso a los rugbiers en los años setenta cuando su avión se incrustó en los andes y se mataron uno al otro por lograr comer el ultimo sándwich que encontraron en el avión. El contexto no determina pero si limita los ámbitos de libertad.

**Suerte por el resultado:** traemos el ejemplo antes mencionado del coche que iba en contra mano, todos los días tenía el mismo resultado, si lo agarraban tenía una multa de transito pero el día que lesiono a alguien cometió un delito.

Incluso hay autores en materia penal que consideran que cuando uno hizo todo lo posible para que el resultado se produjera, ya la producción del resultado es un componente de azar. Y debería ser castigado igual esa tentativa acabada, que si lo consumaste. Ej.: tiras a alguien de un edificio pero no muere.

* **Texto de Gimbernat Ordeig.**

El derecho a veces construye sus conceptos prescindiendo de otras ciencias, y que parte de la idea del libre albedrio que es hasta filosófica sin tener en cuenta lo que dicen otras ciencias como la psicología y las neurociencias, que a veces parecen poner en crisis la existencia del libre albedrio.

Al menos no se puede demostrar que la persona concreta que actuó en el momento concreto, que haya tenido libre albedrio. Entonces dice que si aceptamos esto, uno podría pensar que se cae toda la construcción de la teoría del delito porque se basa en esto, en la culpabilidad como derecho penal de acto, como posibilidad de elegir de otro modo respetando la ley y no en contra.

El autor dice que no, que solo se debería penar solamente cuando sea necesario para asegurar la convivencia social, para lograr encausar conductas, lograr tratar de influir en las personas para que no realicen aquellas conductas que son intolerables para la convivencia social. El castigo debe ser en la medida de lo necesario y no más allá de eso.

O sea, el concepto de culpabilidad en el que nosotros creemos, no se puede constatar empíricamente, y toda nuestra construcción penal está basada en ese supuesto falso (efecto domino).

[Profe: no le convence, porque aun hoy en día, la neurociencia no ha podido demostrar que un cierto espacio de libertad no existe. Eso no quiere decir que tengamos una libertad total, pero tenemos un ámbito de libertad en general que permite que nos responsabilicen por lo que hacemos.]

**La importancia de la dogmática jurídica**

¿Qué es la dogmática jurídica? Es tratar de desentrañar por parte de los estudiosos del derecho penal, que dicen las leyes penales, pero no solo literalmente sino como corresponde interpretarlas.

La idea general es que toda la elaboración de conceptos que se elabora doctrinariamente, que va cumpliendo la evolución de las ideas. Se elabora de una determinada manera, los autores comienzan a discutir, a veces sufre reformas, a veces hay un enfoque nuevo, triunfa el enfoque nuevo en un momento dado en caminante con una determinada concepción, entonces los tribunales discuten en los casos concretos en base a la doctrina dominante.

Esto no es preciosismo sin ningún sentido, es importante que las decisiones judiciales sean previsibles, y si nosotros no establecemos conceptos que habiliten una discusión racional, las decisiones judiciales no tendrían ningún grado de previsibilidad.

En cambio, si nosotros construimos todo un edificio conceptual, habilita una discusión racional, entonces nosotros podemos decir:

Bueno, para poder imponer una pena tiene que haber acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Entonces si vos sos el abogado defensor vas a decir “miren, arrancamos mal de entrada, acá no hay acción”

“¿Por qué?”

“Porque el concepto de acción, en el estado actual de la doctrina sostiene esto “x” y que cuando pasa “x” hay una exclusión del concepto de acción, y si no hay acción, no hay posibilidad alguna de imponer un castigo penal”.

A partir de la concepción que se tiene, se acepta que hay ámbitos de libre albedrio, a diferencia de lo que piensa Gimbernat, uno puede aceptar que hoy no solo como idea general existe el libre albedrio, sino que en líneas generales en los casos concretos, se presume salvo que haya alguna razón para entender que en esa oportunidad, esa persona concreta tuvo un ámbito de la libertad tan chiquito que no se le puede reprochar lo que hizo.