

20. *Desconocimiento de las culturas diferenciadas.*—(Textos comprometidos: Declaración Universal, arts. 2 y 18; Pacto Internacional, arts. 4, 14, 18, 26 y 27; Declaración Americana, arts. 2 y 3; Convención Americana, arts. 1 y 12). En general, sabemos que la situación del indio es en ocasiones sumamente grave en Latinoamérica, desde el punto de vista del reconocimiento de sus Derechos Humanos. Limitándonos aquí a las disposiciones del derecho penal de fondo y a la doctrina y jurisprudencia consiguiente, cabe advertir una tendencia marcadamente etnocentrista, o sea imbuída de conceptos antropológicos del siglo pasado, especialmente de la antropología llamada “victoriana” (Tylor, Morgan, etc.), cuya ideología era matizadamente racista, no siendo novedad que estaba elaborada para justificar las empresas colonialistas británica y francesa. Esta antropología extendió notoriamente sus conceptos en nuestra área y fueron muchos y muy ilustres los ideólogos latinoamericanos tributarios de la misma. Sus “estadios” —“salvajismos”, “barbarie” y “civilización”— son receptados incluso en los textos penales de algunos países. Así, en Bolivia se habla del “indio selvático” como inimputable (art. 17) y del “inadaptado cultural” como semi-imputable (art. 18); en Perú claramente se hace referencia al “salvaje” y al “semicivilizado” o “degradado” (arts. 44 y 45). El art. 96 del código de Colombia se refiere al indígena inimputable por inmadurez psicológica.

Salvo en el caso de Colombia, las “medidas” a que se somete al indígena suelen tender a su “incorporación cultural”, es decir, que se parte de la base de que el indígena pertenece a un estadio inferior de la civilización y que el derecho debe esforzarse por “elevantarlo” a uno superior, que opera como modelo, que es el de la cultura dominante o el de los valores jurídicos. La visión no puede ser más paternalista y etnocentrista.

En la gran mayoría de los textos se omite toda referencia al indígena o a personas que pertenecen a grupos culturales diferentes, lo cual pareciera indicar que esta circunstancia resulta indiferente para la culpabilidad y la responsabilidad penal en general.

Igualmente, es innegable la presencia de manifestaciones religiosas de origen africano en el área. La situación de sus practicantes —por lo general humildes— varía en los diferen-

tes países, pero lo cierto es que hay textos expresos como el decreto-ley del 5 de setiembre de 1935 en Haití, directamente dirigido a reprimir el culto "vudú" como "práctica supersticiosa" y las múltiples tipificaciones de la contravención de sortilegio o interpretación de sueños, que con pretexto de tutela de la propiedad sirve para perseguir todas las manifestaciones religiosas consideradas supersticiosas por la cultura o el grupo dominante. En países con tradición democrática, incluso, como Costa Rica, se sancionan las "prácticas de brujería, hechicería o cualquier otro culto o creencia contrario a la civilización o a las buenas costumbres" (art. 391). En Colombia, una disposición constitucional puede dar pie a una interpretación propia de los tiempos de la inquisición, si no es restringido su alcance e interpretación textualmente puesto que prohíbe los cultos "contrarios a la moral cristiana" (art. 53 constitucional). Aunque insistimos en este tema al ocuparnos de la legislación contravencional y de peligrosidad debemos recordar aquí también las tentativas de psiquiatrizar las pautas religiosas neo-africanas como supuestas psicosis e histerias colectivas y las culturas indígenas como psicológicamente inmaduras o próximas a la debilidad mental. Esas tentativas se corresponden con la ideología de las empresas colonialistas del siglo XIX, que pretendían —particularmente en el África— considerar a los africanos o colonizados en situación de infantilidad respecto del colonizador de cultura adulta o madura, como también a la ideología de nuestras élites del siglo pasado, contrarias a la democracia por considerar que nuestras "razas" indígenas o africanas "aún" no estaban preparadas para su práctica.

Hasta este momento el derecho penal latinoamericano parece no haberse preocupado mayormente para defender la integridad de estas manifestaciones culturales diferenciadas. Ello afecta al principio de igualdad tanto como al de libertad de cultos, dependiendo de los supuestos, pero también afecta el derecho a la integridad psíquica de la persona, porque un hombre abruptamente sustraído a su cultura, sufre necesariamente una anomia cuyas consecuencias son irreversibles, pese a que se lo haga con el pretexto de someterlo o incorporarlo a una cultura que se considera a sí misma superior o mejor.

Hasta hace tres o cuatro décadas el debate parecía dividirse entre quienes entendían que los indígenas debían ser so-

metidos a “medidas” para su incorporación, por considerarlos inimputables y peligrosos, y quienes consideraban que el derecho penal debía tratarlos con las mismas pautas que a los no indígenas. Formalmente, los últimos proclamaban que las “medidas” violaban la igualdad ante la ley, en tanto que los primeros respondían que la igualdad se lesionaba al tratar por igual a personas no iguales. En cuanto a las prácticas neoafricanas se las consideraba con indulgencia, como propias de un estado al que la educación y el desarrollo pondrían fin, salvo algunas abruptas irrupciones de persecución positivista o confesional o tentativa de psiquiatrización frustrada por las carencias materiales propias del control y la asistencia psiquiátrica en el área y reservadas casi siempre al control policial. Como es dable observar, ni la ideología liberal ni la positivista ni la confesional —que eran las que estaban en pugna y en juego— parecían sospechar que estaban lesionando la dignidad humana al perseguir expresiones o pautas de culturas diferenciadas. Puede afirmarse que la actitud del sistema penal era de colonialismo interno.

a) Entendemos que los distintos casos que se plantean demandan también soluciones diferentes. Si bien no puede considerarse al indígena inimputable por el mero hecho de ser indígena, no cabe duda de que no puede exigírsele que internalice las pautas de una cultura que no es la de su crianza y, por ende, debe respetarse en relación al mismo el principio de culpabilidad y declararlo inculpable cuando la diferencia de pautas grupales sea tal que no pueda reprochársele su conducción conforme a la pauta jurídica. Ello no puede fundar ninguna “medida” que tienda a privarle o a modificar sus pautas grupales, salvo en casos muy extremos, en que esas pautas resulten directamente lesivas a bienes muy importantes (vida e integridad física), como sería el caso de sacrificios humanos o mutilaciones, que son hártro extraños o casi anecdóticos.

b) Es obvio que los grupos tradicionales u originarios tienen, conforme a su cultura, su propio sistema de sanciones punitivas o compositivas. La sanción estatal, en estos casos, representa una doble sanción por un mismo hecho, pues si la persona que pertenece a un grupo étnico o cultural con su propio sistema de sanciones recibe una pena estatal, esto no hace que pueda eludir la del propio grupo, so pena de asumir voluntariamente con ello la más grave de las sanciones

grupales, que es la exclusión del grupo étnico, con la consiguiente pérdida de identidad. Por ello, se hace necesario, en estos supuestos, que cuando haya tenido o vaya a tener lugar una sanción grupal o una solución compositiva conforme a las pautas tradicionales, pueda extinguirse o no entablarse la acción penal o prescindirse de la pena, salvo que la solución resulte inaceptable para el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

c) Por lo que hace a la persecución penal o policial de las manifestaciones religiosas afroamericanas u otras, resulta ello abiertamente violatorio de la libertad religiosa y de cultos y, por ende, lesionan Derechos Humanos, salvo que se hallen comprometidos bienes fundamentales como la vida. En ningún caso, el pretexto de tutelar la propiedad o la salud pública puede encubrir una auténtica persecución religiosa.

Por lo expuesto, creemos que debe recomendarse:

1) *La supresión de cualquier "medida" o "pena" que pretenda sustraer forzosamente a una persona de las pautas de su grupo cultural, salvo que se trate de pautas que atenten directamente contra la vida o la integridad física o la libertad de las personas.*

2) *La supresión de toda persecución o criminalización de grupos culturales o religiosos, sea en forma directa o con el pretexto de tutelar otros bienes jurídicos, por vía penal o policial.*

3) *La elaboración de conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes.*

4) *Posibilitar la extinción de la acción penal o de la punibilidad en los casos en que haya tenido o vaya a tener lugar una sanción o composición conforme a las pautas tradicionales de su grupo indígena y ello no repugne al respeto debido a la dignidad humana.*

21. *Desconocimiento de la co-culpabilidad.*— (Textos comprometidos: arts. 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas; arts. 25 y 26 de la Declaración Universal; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 26 de la Convención Americana). Es suficientemente obvio que por sus carencias y defectos estructurales y coyunturales, en

las sociedades latinoamericanas se registran importantes y marcadas diferencias sociales y económicas. Dado que nuestras sociedades distan mucho de ser estados de bienestar, es evidente que, por razones económicas, sus integrantes no disponen de iguales o parecidos ámbitos de espacio social, sino que éstos son harto diversos. A nivel regional se han conocido declaraciones condenatorias de dos casos extremos, pero no únicos. Esta realidad no puede ser desconocida por el derecho penal. Una sociedad que satisfaga más plenamente los Derechos Humanos, estaría en condiciones de reprochar en mayor medida la infracción a sus normas, que una sociedad en la cual esa satisfacción sea sólo parcial o mínima, donde la propia fundamentación ética del reproche entra en crisis. Dentro de cualquier sociedad, a su vez, el que goza de un mayor espacio social es más reprochable que quien tiene ese espacio social reducido. Cuando las diferencias son acentuadas, es incuestionable que el espacio social amplio es un privilegio que, si no puede extenderse al resto, al menos es más intolerable que sea usado para infringir las normas e, inversamente, debe contemplarse también a los que tienen un espacio social considerablemente reducido. Si bien estos fenómenos y principios no son ajenos a las sociedades centrales, no pueden dejar de tenerse en cuenta muy especialmente en las periféricas, puesto que sus características son mucho más agudas y extendidas.

Reprochar con la misma intensidad a personas que ocupan situaciones de privilegio y a otras que se hallan en situaciones de extrema pobreza es una clara violación al principio de igualdad correctamente entendido, que no significa tratar a todos por igual, sino tratar igual a quienes se encuentran en igual situación. La carga de reproche que debe restársele a quien padece una carencia social, debe cargarla la sociedad que motiva esa carencia y no el carenciado que no puede proveer a su superación. Éste es el fenómeno que en las últimas décadas se denomina co-culpabilidad, pero cuyos antecedentes se remontan al pensamiento penal pre-revolucionario francés y a las sentencias de Magnaud.

El pensamiento de la co-culpabilidad está recogido en forma expresa en algunos textos latinoamericanos como atenuante. El código que mejor lo elabora es el colombiano pues considera a la indigencia como atenuante (art. 64) y a la posición

social distinguida como agravante (art. 65). El código argentino la menciona en el art. 41 (la mayor o menor dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos), el código boliviano en el art. 38 (la situación económica y social), el código brasileño únicamente limitada a la multa (art. 60), el código ecuatoriano en su art. 29 (indigencia, numerosa familia, falta de trabajo, una calamidad pública que le hiciera muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia), el código mexicano en su art. 52 (condiciones económicas), el código peruano en su art. 51 (situación económica) y el código paraguayo en su art. 30 ("misericordia apremiante", con la salvedad etizante de que no obedezca a vicios o desarreglos habituales en las costumbres). En los restantes textos la atenuación por co-culpabilidad puede construirse dogmáticamente, pero no está especialmente mencionada (Brasil para las penas no pecuniarias, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominicana, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, Salvador, Uruguay y Venezuela).

Dada la omisión legislativa expresa, no en todos los países hay una elaboración teórica suficiente. Incluso en los países que la reconocen legalmente, no tienen al respecto un desarrollo doctrinario suficiente en la mayoría de los casos. Esto indica que la cuestión necesita un perfeccionamiento o tratamiento legislativo, pero también un adecuado desarrollo doctrinario.

No obstante, no basta con ello, porque resta una carencia que no parece ser suficientemente detectada. Así como se admite que hay situaciones de imputabilidad en que, no obstante, una sensible disminución de la misma debe reflejarse en la cuantía de la pena, no siendo suficiente su carácter de atenuante genérica o de circunstancia a tomar en cuenta dentro de la escala penal normal del delito, igualmente deben reconocerse circunstancias en las cuales no se dan los extremos del estado de necesidad justificante o exculpante, pero en las cuales el mínimo de la escala penal resulta excesivo, habida cuenta del espacio social del sujeto y del reproche que permite. Por ello, resulta necesario, especialmente en nuestro medio, instrumentar fórmulas legales que permitan en estos casos una correcta adecuación de la pena a la magnitud de la culpabilidad.

No puede olvidarse que la co-culpabilidad es la forma de introducir un mínimo de justicia social en el ámbito de la cuantificación penal. En consecuencia, es de primordial importancia, desde el punto de vista de los Derechos Humanos, la introducción de esta variable en forma que el reproche de culpabilidad pueda fundarse en un dato real y no en una mera ficción jurídica, que no hace más que encubrir el privilegio.

En consecuencia, creemos aconsejable recomendar:

1) *La sanción legislativa de fórmulas que permitan valorar el espacio social concreto de la persona y adecuar el reproche jurídico al mismo.*

2) *La sanción legislativa de fórmulas que permitan la reducción del mínimo de la escala legal del delito cuando a la culpabilidad acorde con el espacio social corresponda una pena que estuviese por debajo de ese mínimo y que, no obstante, no llegase a configurar una necesidad eximente.*

3) *El desarrollo de la doctrina penal en el sentido de profundizar el concepto y alcance de la llamada co-culpabilidad (o situaciones con escaso espacio social) y a perfeccionar su elaboración teórica.*

22. *El crimen culpae, la "culpa jurídica" y las penas de algunos delitos culposos.*— (Textos comprometidos: Declaración Universal, arts. 3 y 9; Pacto Internacional, art. 6; Declaración Americana, art. 1; Convención Americana, arts. 4 y 7)\*. a) Son pocos los códigos latinoamericanos que conservan una fórmula genérica para la culpa o negligencia que permite la incriminación culposa de cualquier delito tipificado como doloso, a excepción de aquellos que, por requerir elementos subjetivos particulares e incompatibles con la tipicidad culposa, no admiten tal forma de responsabilidad. Cabe preguntarse si esta característica de unos pocos códigos (Cuba, art. 48

\* Respecto de este párrafo, como también de los párrafos 26 y 30 de este capítulo, el prof. Novoa Monreal señaló que, a su juicio, sólo indirectamente se vinculan con los Derechos Humanos. Reconocemos que en una investigación de marco que, por ende, debe ser tan amplia como la presente, no es posible o, al menos, es muy difícil conseguir un nivel parejo de profundidad de análisis de los problemas y quizá, en este aspecto, resulte excesivamente prolijo, pero no por ello consideramos que la materia se halle desvinculada o alejada de los Derechos Humanos.

y México, art. 60) resulta compatible con los requerimientos de los Derechos Humanos.

Estimamos que la fórmula del *crimen culpae* o la de la construcción jurídica de la culpa, no es compatible con la certeza que exige la legalidad y mucho menos con la racionalidad del derecho penal. Existe una enorme cantidad de injustos penales que, en su forma culposa, no revisten una entidad que merezca su criminalización y que manifiestan conflictos que pueden ser perfectamente resueltos en otras ramas del derecho. La extensión de la criminalización mediante esta fórmula es tan enorme que, prácticamente, puede llegar a incriminarse cualquier incumplimiento contractual, todo el derecho obligacional y buena parte del ámbito propio del injusto administrativo. Es obvio que una criminalización tan extensa proporciona un ámbito de arbitrariedad incompatible con las exigencias de los documentos internacionales de Derechos Humanos. No podemos olvidar que una regla para la violación de los Derechos Humanos con cobertura o coartada legal es una extensión desmesurada del campo de lo abstractamente prohibido penalmente, para ampliar de este modo el ámbito de la criminalización arbitraria.

Por otra parte, la amplitud de las penas indiscriminadamente conminadas para cualquier delito culposo con la fórmula del *crimen culpae* (de cinco días a ocho años en Cuba; y de tres días a cinco años en México) tampoco se compatibiliza con la legalidad de las penas, todo ello sin contar con las dudas que acerca de la tipicidad misma generan las discusiones sobre qué tipos dolosos son los que pueden dar lugar a responsabilidad culposa y cuáles están excluidos de la misma, pese a la formulación del *crimen culpae*. No en vano esta regulación de la culpa va desapareciendo de las leyes latinoamericanas, siendo deseable que se la erradique a la brevedad de los textos que aún la conservan.

b) La responsabilidad por negligencia plantea varios problemas; pero desde el punto de vista de los Derechos Humanos uno de los más graves es saber si protege adecuadamente bienes fundamentales y, básicamente, la vida humana.

Pocas dudas caben acerca de que la vida humana está hoy más comprometida que nunca por las negligencias en que puede incurrir cualquiera, especialmente dado el avance del proceso de mecanización que se va produciendo. Esta amena-

za creciente, por regla general, la protagoniza un sector social que no es el masivamente criminalizado. Resulta claro que las características personales de los criminalizados por culpa, particularmente en tránsito, no son análogas a los criminalizados por delitos contra la propiedad. Ello sin contar con que, en homicidio culposo, pese a la amplitud de las fórmulas legales, usualmente no se sancionan múltiples delitos cometidos por empresarios que no observan elementales reglas de seguridad, constructores que cometen fraudes con los materiales empleados, experimentos en la construcción de vehículos insuficientemente probados, medicamentos que se hallan en vía cuasi-experimental, errores vencibles de médicos, etc., es decir, delitos de capas sociales invulnerables o poco vulnerables al sistema penal.

Esto revela claramente que la benignidad en la criminalización del delito culposo de homicidio tiene un profundo sentido selectivo, que suele agudizarse si comprobamos que en general la mayoría de los criminalizados son operarios de tránsito, contra los cuales suele desarrollarse un marcado tinte ejemplarizador jurisprudencial.

Esa benignidad punitiva suele reflejarse en las mismas legislaciones, en las que es posible distinguir máximos que en algunos casos bordean la desprotección jurídica de la vida humana y, en otros, importan una tutela harto deficiente. La desprotección se agrava si tenemos en cuenta que buena parte de la doctrina latinoamericana entiende que cuando una única acción dolosa causa dos o más muertes, hay tantos homicidios dolosos como muertes, en concurso real, en tanto que cuando una única acción culposa causa una pluralidad de muertes, hay un único delito culposo, lo que genera un nuevo privilegio en favor del homicida culposo.

Es verdad que no todos los textos presentan los mismos caracteres de desprotección de la vida humana en el homicidio culposo, porque las escalas varían en su máximo de uno a ocho años (máximo de *un año*, Haití, art. 264; de *dos años*, Dominicana, art. 319 y Ecuador, art. 460; de *tres años*, Argentina, art. 84, Bolivia, art. 260, Brasil, art. 121, Chile por la fórmula genérica, Nicaragua, art. 132, Paraguay, arts. 334 y 357; de *cuatro años* Panamá, art. 133, aunque sólo en caso de pluralidad de resultados, pues de lo contrario el máximo es de dos años; de *cinco años*, Guatemala, art. 127, Honduras, art.

121, México por el *crimen culpae*, Perú, art. 156, Puerto Rico, arts. 86 y 87, Salvador, art. 158, este último sólo con pluralidad de resultados, de lo contrario el máximo es de tres años; de *seis años*, Colombia, art. 329; de *ocho años*, Costa Rica, art. 117, Cuba por el *crimen culpae*, Uruguay, art. 314, Venezuela, art. 411, este último sólo con pluralidad de resultados, de lo contrario cinco años). Esta magnitud tan diferente en los máximos de la escala penal del homicidio culposo está indicando niveles de valoración jurídica marcadamente distintos para un bien jurídico fundamental, lo cual exige una adecuada revisión en muchos textos vigentes.

Cabe consignar que los privilegios de que goza el homicida culposo se ven aumentados en algunos textos que no autorizan una segunda condena condicional o suspensión de pena, salvo cuando se tratare de delitos culposos (Bolivia, art. 58), o que no prescriben la revocación del beneficio cuando el segundo hecho sea culposo (Brasil, art. 80; Costa Rica, art. 63), o que permiten un segundo beneficio en un término más breve si se trata de delitos culposos (Argentina, art. 26).

Por lo expuesto creemos *recomendable*:

1) *La eliminación de las fórmulas del crimen culpae o culpa jurídica que aún subsisten en Latinoamérica.*

2) *La revisión legislativa de las escalas penales del homicidio y de las lesiones culposas, a efectos de proveer una adecuada protección jurídica a la vida y a la integridad física de las personas.*

23. *Desconocimiento de principios básicos en materia de tentativa y de participación.*— (Textos comprometidos: los mencionados en cuanto a la legalidad, racionalidad y necesidad de afectación de bien jurídico). a) En el ámbito de la tentativa hay problemas vinculados a la legalidad en torno a las fórmulas legales. Es sabido que existen profundas diferencias doctrinarias en cuanto a la delimitación de los actos preparatorios y los actos de tentativa. Esta situación pone en crisis la garantía de legalidad pero el problema no tiene una solución doctrinaria unánime y certera en el actual momento científico. No obstante, la prudencia interpretativa y legislativa al respecto resulta aconsejable, en vista al peligro que otra actitud encierra. La insistencia de algunos textos en la inequívocidad o univocidad de los actos de tentativa, corre el riesgo de

abrir la puerta a la criminalización arbitraria de actos preparatorios. El código cubano lleva esa tendencia hasta el extremo de penar los actos preparatorios en forma expresa, lo cual contraviene el principio racional según el cual no puede haber delito sin un bien jurídico que, al menos, sea puesto en peligro.

b) En cuanto a la pena del delito tentado y frustrado, la mayoría de los textos legales establece una escala penal atenuada en forma obligatoria (así, Argentina, 44; Bolivia, 8 a 10; Brasil, 14; Colombia, 22; Chile, 52; Ecuador, 46; Guatemala, 63; México, 63; Nicaragua, 79; Panamá, 60; Paraguay, 98; Perú, 97; Puerto Rico, 27; Salvador, 73; Uruguay, 87; Venezuela, 82). La escala penal atenuada del delito incompleto se corresponde con la racionalidad de la pena que, por lógica, debe ser menor en un delito que, por no haber causado el resultado, presenta un contenido injusto entitativamente inferior.

No obstante, hay un reducido grupo de textos que establece la atenuación en forma meramente facultativa (así, Costa Rica, 74; Dominicana, 2; Haití, 2; Honduras, 66) y uno que extiende el criterio a los actos preparatorios (Cuba, art. 12). La punición de la tentativa —y más aún de los actos preparatorios— en forma análoga al delito consumado, es violatoria de la racionalidad que debe regir en cualquier punición, porque olvida al bien jurídico y pasa a fundarse exclusivamente en la voluntad contraria a la norma. El delito se convierte en un mero signo de voluntad contraria a la ley y pasa a segundo o último plano su naturaleza de lesión al derecho. Se trata de una variable idealista de la teoría del acto sintomático, que lleva a la punición de la voluntad revelada con el acto inequívoco. Nuevamente se quiebra el dique que separa la moral del derecho y el estado asume el papel de director ético de las personas, se convierte en un estado ético.

c) Otro problema estrechamente vinculado con el que acabamos de señalar lo plantea el llamado “delito imposible” o “tentativa inidónea”. Contemplando en este concepto tanto la inidoneidad de medios como la llamada “inidoneidad del objeto”, se produce una tipicidad sin afectación del bien jurídico —ya que no media peligro— y, en el caso de inidoneidad del objeto, sin que siquiera se exija la existencia misma del bien jurídico concreto.

La mayoría de los textos latinoamericanos, afortunada-

mente, no mencionan el llamado “delito imposible”, aunque en algunos de ellos, al no exigirse expresamente la idoneidad de los medios en la tentativa, por vía interpretativa puede introducirse. Entre los textos que lo prevén especialmente, unos se limitan a prescribir una atenuación facultativa de la escala penal de la tentativa que, en ciertos supuestos, puede llegar a la impunidad (Argentina, 43; Cuba, 14; Honduras, 66; Perú, 99), en tanto que otros pretenden eludir la objeción a una punición sin afectación de bien jurídico, prescribiendo, en lugar de pena, una “medida” (así Bolivia, arts. 8 a 10; Costa Rica, art. 24; Guatemala, art. 15; Uruguay, art. 5).

En la tentativa inidónea es aún más manifiesta la punición de una mera manifestación de voluntad que, por añadidura, lleva a una quiebra del principio de legalidad. Así, un acto atípico y, por ende impune, como la necrofilia, por vía de este instituto puede pasar a ser una tentativa inidónea de violación si el sujeto activo creyó que la supuesta víctima estaba viva; un acto de brujería atípico puede convertirse en una tipicidad de tentativa de homicidio, etc.

d) Igual desprecio por la magnitud del injusto y análoga predilección por la simple revelación de la voluntad contraria a la norma presentan los textos que sólo prescriben una atenuación facultativa para el simple cómplice (Brasil, art. 29; Honduras, art. 66; Perú, art. 102; Uruguay, art. 89) y más aún los que establecen igual pena para todos los concurrentes (Bolivia, arts. 20 a 24; Costa Rica, arts. 45 a 47; Haití, art. 44; México, art. 13; Puerto Rico, art. 35). Afortunadamente, la mayoría de los textos latinoamericanos prescribe una escala atenuada obligatoria para el cómplice (Argentina, art. 46; Colombia, arts. 23 a 25; Cuba, arts. 18 y 19; Chile, art. 52; Dominicana, art. 59; Ecuador, arts. 47 y 48; Guatemala, art. 63; Nicaragua, art. 79; Panamá, art. 61; Paraguay, art. 98; Salvador, art. 72; Venezuela, art. 84).

e) Una disposición que en general subsiste en textos de factura antigua, incluye entre los partícipes al encubridor (así, Chile, art. 52; Dominicana, art. 59; Ecuador, arts. 47 y 48; Haití, art. 44; Nicaragua, art. 22; Paraguay, art. 44; Puerto Rico, art. 36). Esta modalidad legislativa constituye otra quiebra de la racionalidad del derecho penal, pues le asigna a una persona un papel que, en función de la naturaleza de las co-

sas, no es posible asignarle, puesto que nadie puede tomar parte en un hecho pasado.

Como es obvio esta observación no impide la tipificación autónoma del encubrimiento. Sin embargo, también advierte sobre la racionalidad de la pena prevista para su tipificación autónoma, que en la modalidad simple (la que no requiere habitualidad, que en algunos textos se tipifica como calificante), su penalidad no puede exceder la de los autores y partícipes del delito encubierto, pues en tal caso se sobreponen los intereses de la administración de justicia a los bienes jurídicos tutelados.

En función de lo expuesto, *recomendamos*:

1) *Procurar, por vía legislativa e interpretativa, excluir del ámbito de la tentativa los actos preparatorios, evitando fórmulas e interpretaciones que extiendan el ámbito de lo punible a actos que no afectan bienes jurídicos.*

2) *Propugnar para la tentativa escalas penales atenuadas en forma obligatoria.*

3) *Excluir del ámbito punible las llamadas "tentativas inidóneas" o "delito imposible", incluso mediante "medidas".*

4) *Consignar en las fórmulas legales de la tentativa o erigir en requisito de ésta por vía interpretativa, la idoneidad de la misma.*

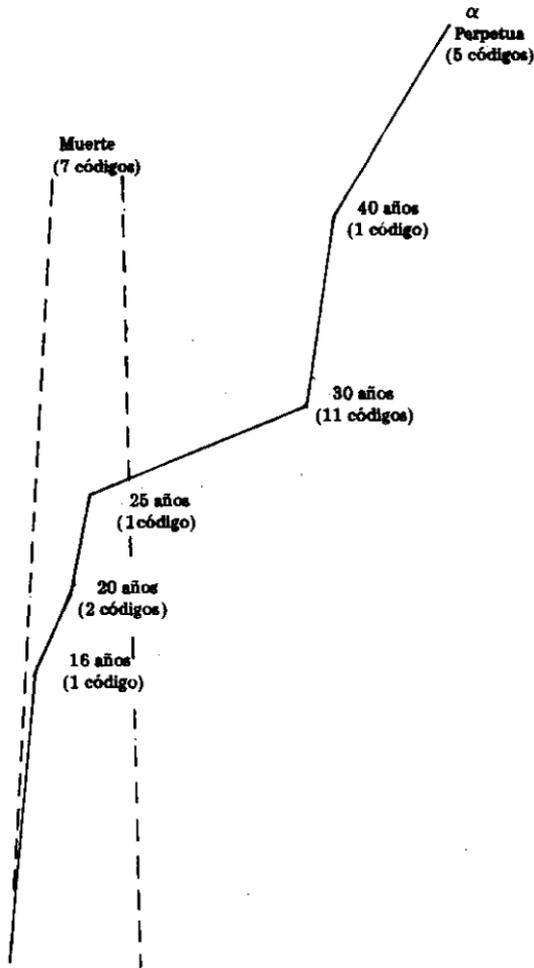
5) *Propugnar escalas penales obligatoriamente atenuadas para los simples cómplices.*

6) *Promover la derogación de las fórmulas que consideran el encubrimiento como forma de participación.*

7) *Cuidar que en las escalas penales para la tipificación autónoma del encubrimiento en la forma simple, la pena no supere la que correspondería a los autores y partícipes del delito encubierto.*

24. *Problemática vinculada a la magnitud de las penas.*— (Textos comprometidos: Declaración Universal, arts. 3 y 5; Pacto Internacional, arts. 6 y 7; Convención Americana, arts. 4 y 5). Son siete los códigos penales ordinarios que en Latinoamérica tienen prevista la pena de *muerte*: Cuba, Chile, Guatemala, Haití, Nicaragua, Paraguay y El Salvador. En cinco códigos las penas privativas de libertad pueden ser *perpetuas*: Argentina (art. 80), Chile (art. 21), Haití (art. 7), Perú (art.

11) y Puerto Rico (art. 84); en uno puede llegar a *cuarenta* años: México (art. 25); en once puede llegar a *treinta* años: Bolivia (art. 27), Brasil (art. 121), Colombia (art. 44), Cuba (art. 30), Dominicana (art. 7), Guatemala (art. 44), Nicaragua (art. 56), Paraguay (art. 62), Salvador (art. 60), Uruguay (art. 68) y Venezuela (art. 408); en uno tienen un máximo de *veinticinco* años: Costa Rica (art. 51); en dos de *veinte* años: Honduras (art. 39) y Panamá (art. 47) y en uno de *diez y seis* años: Ecuador (art. 53). La graficación de este panorama sería la siguiente:



Esto revela que en la legislación penal latinoamericana los límites máximos de la punibilidad son totalmente desparejos. Si bien los Estados son soberanos en cuanto al requerimiento de penas para su política criminal, resulta altamente preocupante que, tratándose de similares culturas y análogos problemas generales, haya países que demanden la conminación de la privación de la libertad por toda la vida de la persona o la muerte de la misma y otros que sólo requieren veinte o menos años de privación de libertad. Por otra parte, en general, parecen ser límites casi tradicionales, es decir, que falta una verdadera valoración de las necesidades de tutela a efectos de averiguar si se requieren en realidad ciertos límites o la falta de límites.

Es incuestionable que la tendencia en los documentos internacionales de Derechos Humanos es la de abolir la pena de muerte, cuyo carácter de pena es discutible. La Convención Americana, por ejemplo, establece la progresión hacia el abolicionismo, como claramente lo expresa la jurisprudencia internacional (Corte Interamericana, opinión consultiva). Si bien por razones prácticas no se consagró la abolición lisa y llana en el texto de la Convención Americana, cabe preguntarse hasta qué punto la llamada pena de muerte no es una forma de tortura. En algunos casos no cabe duda acerca de que lo es, al menos frente a determinadas regulaciones legales de su ejecución. Tal sería el supuesto de Chile, en que el condenado debe permanecer en capilla tres días —o más si el día del vencimiento es de fiesta religiosa o en celda separada y atado con esposas, grillos o grilletes (arts. 3 y 4 del reglamento sobre la aplicación de la pena de muerte, del 2 de junio de 1965).

En cuanto a la institucionalización prolongada, es sabido que causa un deterioro irreversible después de cierto número de años. No puede sostenerse que una privación de libertad tenga los fines prescritos en la Convención Americana cuando está claro que provoca un deterioro psíquico irreversible. Simplemente, pasado cierto límite, se convertirá en una forma de "inutilizar" a una persona, es decir, una pena física o corporal. No sería tolerable ante la opinión que el deterioro se lo provoque mediante necrosis eléctrica de tejido nervioso, pero es más disimulado cuando se lo provoca mediante una

institucionalización deteriorante. Creemos que no es necesario insistir en lo que estos límites altos significan desde el punto de vista de los Derechos Humanos, luego de esta reflexión.

En el cuadro que hemos trazado no incluimos las variables que, para sobrepasar los límites penales máximos, se emplean en algunos textos, problema que trataremos más adelante. Si considerásemos esos pretextos, los límites resultan aún más lesivos de Derechos Humanos en cuanto a la afectación de la integridad psíquica y física de la persona, sin contar con la inseguridad jurídica que estas variables introducen.

Como resultado de lo expuesto, *recomendamos*:

1) *La abolición de la pena de muerte y de las penas perpetuas.*

2) *Una urgente revisión legislativa y doctrinaria de los límites máximos vigentes en la mayoría de los países para las penas privativas de libertad a la luz de los fines que los instrumentos de Derechos Humanos asignan a las mismas.*

3) *El establecimiento de límites máximos de privación de libertad que no excedan de aproximadamente veinte años.*

25. *Desigualdades en la concesión de beneficios y en algunas tipificaciones.*— (Textos comprometidos: los que hacen a la igualdad). Es imposible analizar todas las afectaciones a la igualdad ante la ley que pueden derivarse del sistema penal. No obstante, nos limitaremos a señalar algunas que resultan llamativas en orden a la concesión de beneficios que se traducen en libertad.

a) El código boliviano, por ejemplo, establece como uno de los requisitos de la libertad condicional, que el condenado haya satisfecho la reparación civil del daño causado por el delito (art. 66). Es obvio que, si el texto es tomado al pie de la letra, sólo puede cumplir este recaudo quien tenga capacidad pecuniaria para hacerlo, es decir, que quien pertenece a los sectores humildes quedaría automáticamente excluido de la libertad condicional.

b) El art. 13 del código argentino, como condición a que queda sometida la libertad, establece la de obtener un trabajo remunerado, pero la limita al liberado que no tenga medios propios de subsistencia, lo que, a *contrario sensu*, significa que quien tiene medios propios de subsistencia puede cumplir esta etapa ejecutiva de la pena sin trabajar.

c) Algunos códigos establecen que la libertad condicional sólo es procedente en penas que superan los dos o tres años, pareciendo que, quien no se hubiese beneficiado con una suspensión condicional en el momento de la condena, no se hace acreedor al beneficio. Esto puede racionalizarse con el argumento de que, las penas privativas de libertad menores no cumplen su función de "tratamiento" si se las reduce por debajo de ciertos límites, como también que no serían suficientemente preventivas si se tratase de conminaciones que, por efecto del beneficio, se tornasen ínfimas. Cualquiera sea la justificación, no puede admitirse desde el punto de vista de los Derechos Humanos que se produzca una mayor afectación de bienes jurídicos respecto del que ha cometido un injusto de menor entidad. Con el criterio que observamos, quien fuese condenado a dos años de pena, por ejemplo, permanecería más tiempo privado de su libertad que quien lo fuese a dos años y un mes, lo cual lesiona la racionalidad de la pena al permitir al último la libertad condicional e impedírsela al primero.

d) Hay textos en que la condenación condicional (o suspensión o ejecución condicional de la pena) se somete al requisito de que la persona no haya sido condenada nunca con anterioridad, lo cual implica que quien fue condenado una vez en su vida sufre una *capitis diminutio* que no puede borrar jamás. Semejantes condiciones provocan una verdadera clasificación de las personas que no es tolerable ante el principio de igualdad.

e) No faltan textos en los cuales se requiere para algún beneficio que la persona no haya sido condenada anteriormente por delito doloso, sin que importe si lo fue por delito culposo, aun cuando fuera por homicidio culposo. Es inadmisibles que de este modo se reprima más severamente al que lesionó la propiedad que a quien lesionó la vida.

f) Es sabido —como lo detallamos oportunamente—, que las prisiones o detenciones preventivas o cautelares son extremadamente prolongadas en Latinoamérica. Esto se agrava aún más en ciertos códigos en los cuales se establece una diferencia en cuanto a la imputación que a los efectos de la pena se hace de ese tiempo de privación de libertad. Así, hay textos que no prescriben que esas privaciones de libertad se imputen a la pena a razón de un día por cada día de pena, sino que es-

tablecen diferencias según las diferentes penas privativas de libertad previstas (así, el código argentino prescribe un día de prisión por uno de prisión preventiva, pero un día de reclusión por dos de prisión preventiva). En modo alguno la prolongación de la prisión preventiva puede imputarse al condenado, y, por consiguiente, la pena no puede prolongarse arbitrariamente mediante el expediente práctico de demorar el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

g) Es curioso y lamentable que en varios textos latinoamericanos las penas previstas para delitos contra la libertad y otros que afectan gravemente la dignidad de la persona humana sean más benignas cuando éstos son cometidos por funcionarios del propio Estado que cuando los cometen los particulares. Este incalificable privilegio importa una gravísima falta a la ética republicana y es seriamente lesivo de Derechos Humanos, siendo urgente su rectificación legislativa. Es absolutamente intolerable que la condición de funcionario, que compromete la imagen pública del Estado y del derecho, constituya una atenuante en la comisión de delitos graves contra los Derechos Humanos.

Este cúmulo de afectaciones al principio de igualdad lleva a recomendar:

1) *Que en la regulación legal de las condiciones para beneficios y sustituciones y en su interpretación doctrinaria y jurisprudencial se cuide evitar meticulosamente cualquier afectación al principio de igualdad o tendencia a criterios discriminatorios.*

2) *Que se consignen reglas claras en los textos que no las tengan, conforme a las cuales toda privación de libertad que sufra la persona como consecuencia del delito, a título preventivo o cautelar, administrativo o judicial, se impute a la pena a razón de un día de privación de libertad por un día de pena privativa de libertad como mínimo.*

3) *Que se introduzcan con urgencia las reformas legislativas necesarias en los textos que incurren en la grave consecuencia de conminar penas más graves para los particulares que para los funcionarios públicos que cometen delitos contra la libertad o la dignidad de la persona humana.*

26. *Problemática de la individualización punitiva.*— (Textos comprometidos: Declaración Universal, arts. 1, 7, 12, 18

y 19; Pacto Internacional, 15, 17 y 18; Convención Americana, 5, 9, 11 y 12). Desde el punto de vista de los Derechos Humanos no nos interesa un detallado análisis de los criterios señalados en las leyes penales para la individualización de la pena, sino de los aspectos que puedan afectar los Derechos Humanos y, más específicamente, la imagen antropológica que de tales Derechos puede construirse. Sin lugar a dudas, tales aspectos interesan también a cuestiones doctrinarias sumamente debatidas y acerca de las cuales no pretendemos pronunciar aquí la última palabra, sino únicamente advertir su sentido y significado para los Derechos Humanos, concluyendo en las recomendaciones prácticas que la prudencia aconseja.

a) *Culpabilidad de acto y de autor*. Si bien hay matices diferenciales entre la culpabilidad de autor, de carácter, de personalidad o por la conducción de la vida, no deja de ser cierto que, en todos estos casos se tiende, al menos, a establecer un reproche sobre la persona del autor en atención a características personales o conductas anteriores. Un derecho penal que tienda a esto, lesiona tanto el principio de legalidad como la dignidad humana, pues pretende penar a una persona por lo que es y no por lo que ha hecho. Como en otras tendencias que hemos visto, el delito queda reducido a un síntoma de personalidad y la represión recae sobre esa personalidad.

En la medida en que se pretenda individualizar la pena con la culpabilidad entendida de esta manera, estimamos que se está lesionando un ámbito de autonomía que los Derechos Humanos consagran y al cual ningún Estado está autorizado a penetrar, salvo, quizá, casos muy extremos y rarísimos de los cuales, de momento, no vale la pena que nos ocupemos y en los cuales, por otra parte, también resulta dudosa la necesidad de llegar a tales extremos.

No ignoramos que estamos propugnando una culpabilidad asentada sobre el presupuesto de una decisión del autor y, por ende, de un ámbito o catálogo dentro del cual efectúa tal decisión, pero volvemos a recordar que esta idea *tiene un fundamento jurídico positivo en el campo de los Derechos Humanos*, como es el art. 1 de la Declaración Universal, que proclama que todo hombre está dotado de "razón y conciencia". Ésta es la esencia del concepto de "persona" que, conforme al art. 1, fracción 2 de la Convención Americana, le es reco-

nocido a "todo ser humano". No obstante, el concepto propugnado está cuestionado en los últimos años, desde sectores europeos progresistas, con el argumento de que la culpabilidad es un mero criterio político-criminal (lo que la vacía de cualquier contenido) o de que se asienta en una ficción (lo que reverdece argumentos positivistas). La impugnación no es nueva, sino que otrora fue formulada desde ángulo reaccionario.

b) *Peligrosidad*. Muchos textos legales emplean expresamente la referencia a la peligrosidad, en tanto que en otros países ha sido la doctrina la que introdujo la idea en la cuantificación penal. Pese a todos los esfuerzos realizados no se ha podido suprimir la dependencia estrechísima en que se halla la peligrosidad respecto del determinismo y, por ende, del rechazo a cualquier referencia a la capacidad de elegir o decidir del ser humano. Ideológicamente "peligrosidad" y "persona" son conceptos que conceptual e históricamente se repelen. Prácticamente, no hay modo casi de compatibilizarlos.

Indiscutiblemente, como con razón han señalado varios doctrinarios de nuestra área, la peligrosidad requiere que haya una clasificación de las personas, en que las superiores puedan juzgar a las inferiores, pues es el único modo de considerarlas "peligrosas". Esta implicancia denigra a la persona, le resta su carácter de tal y reduce al hombre a un ente, entre los cuales se distingue entes "peligrosos" y "no peligrosos". Obviamente, esta idea de "peligrosidad" es incompatible con los Derechos Humanos.

Cabe preguntarse, no obstante, si es posible manejarse con otro concepto de "peligrosidad", más prudente. En este sentido, en reiteradas ocasiones se ha sostenido que, con ese u otro nombre, es posible tener en cuenta cierto grado de pronóstico probabilístico de conducta para cuantificar la pena o para decidir acerca de la misma. Resulta harto difícil pretender fundar la pena en una mera probabilidad y, mucho peor aún, pretender que esa sea su medida. En su lugar, si ese concepto se emplea únicamente para reducir o modificar la pena por debajo de la cuantía que señala la racional proporción con la culpabilidad, no lo creemos lesivo de Derechos Humanos ni de la imagen antropológica que de ellos surge. Al igual que cualquier criterio de prevención especial, tales elementos pueden tomarse como fundamentales o como pauta de individualización —según fuera la teoría de la pena o de la coerción pe-

nal que se adopte—, pero lo cierto es que el límite máximo debe estar dado por la culpabilidad y no por consideraciones de esa índole.

c) *Prevención general*. Es frecuente que, en Latinoamérica, la jurisprudencia padezca una cierta inclinación ejemplarizante. Casi siempre que arrecia el número de ciertos delitos o que se publicitan sensacionalísticamente los mismos, comienza a percibirse, incluso en forma expresa, una particular severidad de tono ejemplar, al igual que cuando alguna forma de criminalidad se vincula a un “vicio”. Se insiste de este modo en una manipulación de la criminalización de la seguridad ciudadana, y de la pena con el objeto de intimidar a título de prevención general.

Se sostiene que la prevención general es un criterio cuantitativo que sólo lo puede tener en cuenta el legislador al establecer los mínimos legales de las escalas penales, pero no puede tomarse en cuenta judicialmente al individualizar la pena. Si la primera parte es o no correcta, no interesa a los Derechos Humanos en la medida en que el mínimo legal no viole el principio de racionalidad de la pena. La segunda parte de esta tesis es la que interesa directamente a los Derechos Humanos, pues los argumentos que se esgrimen para fundarla se apoyan en estos derechos y creemos que con razón. En efecto: estimamos que la pena es personal, en el sentido de que una persona únicamente puede ser penada conforme al delito que comete, pero la pena no puede fundarse ni agravarse en razón de acciones de terceros o de una publicidad generadora de inseguridad.

Se argumenta también que la mutación de las circunstancias genera una diferente necesidad de prevención general y, por ende, la individualización penal debe responder a la misma. No obstante, este argumento no neutraliza la violación al principio de personalidad de la responsabilidad penal, pues, en cualquier caso, se trata de una agravación de las penas por circunstancias que no dependen de la conducta de la persona y que ni siquiera deben ser conocidas por ella.

d) *La defectuosa elaboración del derecho de cuantificación penal*. En la doctrina latinoamericana se observa un notorio descuido de lo que hoy tiende a llamarse “derecho de cuantificación penal”, si lo comparamos con el no menos notorio desarrollo de la teoría del delito. Si tenemos en cuenta

los amplios márgenes de cuantificación que se hallan en los textos, esta carencia doctrinaria tiene el efecto de dejar a la jurisprudencia librada a criterios empíricos y a la arbitrariedad o al azar. Sin duda, esta situación implica una seria lesión a la seguridad jurídica. Si bien es cierto que las penas flexibles no lesionan la legalidad, no es menos cierto que esa flexibilidad convertida en azar o arbitrariedad lo implica.

Por lo expuesto, consideramos *recomendable*:

1) *Rechazar cuidadosamente cualquier intento, abierto o encubierto, de cuantificar o individualizar la pena en forma que resulte lesiva de la culpabilidad del acto.*

2) *Insistir en la incompatibilidad conceptual e ideológica de la peligrosidad en sentido tradicional y los Derechos Humanos.*

3) *Limitar los efectos de cualquier consideración fundada en pronóstico de conducta o en la prevención especial a disminuir eventualmente la cuantía máxima de la pena señalada por la culpabilidad del acto, pero nunca a aumentarla.*

4) *Rechazar argumentos de prevención general para la agravación de las penas o la denegación de cualquier beneficio o sustitución.*

5) *Promover un rápido desarrollo doctrinario de la teoría o derecho de cuantificación o individualización penal y un perfeccionamiento de las fórmulas legales que reduzca en la mayor medida posible la arbitrariedad en este ámbito.*

27. *Multa e igualdad.*— (Textos comprometidos: Declaración Universal, art. 7; Pacto Internacional, art. 14; Declaración Americana, art. 7). La multa es uno de los recursos más eficaces en los países centrales para reemplazar las penas privativas de libertad. Sin perjuicio de reconocer que, por la estructura económica y la estratificación social de nuestros países, no puede pretenderse igual éxito en el área, cabe esperar de la misma una amplitud sustitutiva considerable. Ante esta tendencia plausible de la política criminal, se hace necesario cuidar que la multa no se convierta en un irritante privilegio legal para los sectores más pudientes de la sociedad.

En principio, dadas las notorias diferencias sociales, el sistema de la multa fija puede resultar lesivo de la igualdad ante la ley, pese a la flexibilidad. Por otra parte, y pese a que algunos países han introducido límites no monetarios para eludir

las consecuencias de la inflación, en la mayoría las consecuencias de este fenómeno económico pueden provocar una abierta desprotección de bienes jurídicos, que de hecho sucede cuando la inflación es demasiado acelerada. Este efecto provoca que, en los casos en que se la conmina en forma alternativa con la pena privativa de la libertad, se prefiera esta última por la lenidad e incluso impunidad que significa la multa en sumas devaluadas. Resulta así que un efecto tangencial de la inflación monetaria es desplazar a la multa del catálogo de las penas y fomentar las penas privativas de la libertad. De cualquier forma, los máximos pueden resultar de relativa y hasta insignificante importancia patrimonial para muchas personas y los mínimos imposibles de pagar a otras. En síntesis, el sistema de la multa fija o flexible, viola o corre el riesgo de violar Derechos Humanos, tanto por resultar lesiva de la igualdad ante la ley como por posibilitar la desprotección a bienes jurídicos. Desafortunadamente, éste es el sistema que rige la multa en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas (Argentina, Colombia, Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela).

El sistema del “día de multa”, conocido como “sistema nórdico” —aunque embrionariamente oriundo del Brasil— evita estas consecuencias en la medida en que se halle adecuadamente regulado. En Latinoamérica está consagrado en varios países (Brasil, art. 49; Costa Rica, 53; Bolivia; Cuba, 34 —lo llama “cuotas”—; México, 29; Panamá, 48; Perú, 20; Salvador, 61), aunque algunas veces la limitación máxima lo puede tornar desigual, al tiempo que la general tendencia a la renta real —al estilo de Alemania— puede llevar a limitaciones en su efectividad, que son mejor contempladas en el sistema de la renta potencial (modelo austríaco), a condición de observar en su aplicación los principios de intrascendencia, humanidad y racionalidad (el sistema de la renta potencial sólo parecen consagrarlo Costa Rica y Panamá).

Un particular problema a los Derechos Humanos plantea la conversión de la multa en privación de libertad por falta de pago. Casi todos los textos prevén la posibilidad de pago en cuotas o plazos y en la mayoría también su pago mediante prestación libre de trabajo. Sin embargo, en algunos estos pasos previos no parecen ser obligatorios y también, incluso en

casos en que el texto legal parece indicar que se trata de pasos obligatorios, la jurisprudencia suele saltarse estas alternativas y convertir la multa automáticamente en prisión. Incluso en los supuestos en que hay alternativas obligatorias previas a la conversión, queda en pie lo que deba hacerse en el caso en que el sujeto no tenga medios suficientes ni tenga capacidad para trabajar. En los textos legales vigentes hay fórmulas cuidadas, en las que la mera insolvencia no puede dar lugar a la conversión (Bolivia, art. 31; Brasil, art. 49; México, art. 29) pero hay otros en los que queda claro que la insolvencia produce conversión (Guatemala, art. 52; Nicaragua, art. 69; Paraguay, art. 85; Perú, art. 21; Salvador, art. 84; Uruguay, art. 84) y otros en que la solución depende de la interpretación que se haga (Argentina, Colombia, Costa Rica, Cuba, Honduras y Panamá).

Ante la evidencia de que la conversión en razón de la mera insolvencia afecta Derechos Humanos, puesto que, en definitiva importa un fenómeno equivalente a la prisión por deudas, es deseable que se aclare este punto y que la conversión sólo pueda operar en caso de incumplimiento malicioso del pago o de sus formas sustitutivas. En un caso particular —Haití, art. 37— la ley consagra directamente una prisión por deudas, cuando lo reclame la parte, para el pago de los daños e intereses.

En cuanto a los efectos de la conversión, es necesario que la privación de libertad sustitutiva tenga cierta racionalidad que en el panorama general no se observa. El tiempo máximo de la privación de libertad sustitutiva varía en tal medida que, puede decirse que es arbitrario. Las oscilaciones máximas se encuentran entre noventa días (Puerto Rico) y cinco años (Colombia). El resto de los códigos se halla entre esos límites (Perú, tres meses; Venezuela, nueve meses; Salvador, Panamá, Nicaragua, Honduras, Costa Rica y Brasil, un año; Bolivia y México, quinientos días; Argentina, un año y medio; Cuba, dos años; Guatemala, tres años). Cabe pensar que la sustitución por conversión debe guardar una proporción con la cuantía de las penas privativas de libertad que reemplaza, lo que no siempre sucede.

Como consecuencia de lo expuesto, creemos *recomendable*:

- 1) *El establecimiento del sistema del "día de multa" con-*



forme al criterio de la renta potencial del capital, con estricta observancia de los principios de igualdad, intrascendencia o personalidad, humanidad y racionalidad.

2) El rechazo de la conversión automática en razón de la mera insolvencia, como de cualquier otra situación que pueda dar lugar a una injusticia tan notoria como la prisión por deudas.

3) El establecimiento de límites máximos a las privaciones de libertad sustitutivas de la multa que guarden una razonable proporción con las penas de esa naturaleza que la multa reemplace en la respectiva legislación.

(En el curso de la discusión de Buenos Aires se ha cuestionado la pena de multa como lesiva del principio de igualdad cuando opera como pena única).

28. *Inhabilitaciones accesorias a la privación de libertad como punición infamante.*— (Textos afectados: Declaración Universal, arts. 6 y 12; Pacto Internacional, arts. 16 y 17; Convención Americana, arts. 3 y 11). En todos los textos penales se reconocen inhabilitaciones o interdicciones de derechos que pueden imponerse a título de pena en forma autónoma o como accesoria de otras penas. En general, la inhabilitación como pena no plantea ninguna dificultad a los Derechos Humanos, pero hay supuestos en los cuales éstos pueden verse lesionados por cierto particular sentido infamante de la misma. En la medida en que la inhabilitación cumple una función preventiva, sin duda tiene un carácter penal que, si respeta los principios comunes a toda pena, no afecta Derechos Humanos, pero cuando esa función pretende cumplirla mediante la “infamia” del condenado o se reduce a una infamante medida sin sentido preventivo, la inhabilitación lesiona la dignidad humana, el derecho al honor de las personas.

No puede pensarse en la actualidad en las “penas infamantes”, del mismo modo que se lo hacía en el siglo pasado. Si las penas privativas de libertad tienen por principal objeto la reforma y la readaptación social de los condenados, resulta claro que no pueden ir acompañadas de penas accesorias que obstaculicen la readaptación mediante su sentido abiertamente infamante y estigmatizante. La pena privativa de libertad conlleva necesariamente una estigmatización infamante, entre otros inconvenientes, y, justamente, todos los esfuerzos

se orientan ahora a reducir al mínimo esta consecuencia, porque obstaculiza el objetivo de reinserción. Resulta, pues, intolerable, cualquier tentativa legal expresa de aumentar este aspecto negativo.

Establecer cuándo una pena de inhabilitación lesiona Derechos Humanos, es una cuestión que debe responderse en cada caso conforme a un análisis bien particularizado, que determine su sentido infamante o preventivo. En situaciones extremas resulta claro: es obvio que las inhabilitaciones automáticas del art. 92 del código brasileño, por ejemplo, tienen carácter preventivo, en tanto que la degradación cívica francesa de los arts. 28 dominicano y 23 haitiano son infamantes. Un indicio lo puede proporcionar la circunstancia de que las inhabilitaciones accesorias no puedan exceder del tiempo de la pena privativa de libertad (casos de Brasil, Colombia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) o que puedan exceder de ese tiempo (Argentina, Bolivia, Cuba, Chile, Dominicana, Haití, Panamá). Por regla general, el propósito infamante tiende a trascender el tiempo de la pena. Otro indicio puede ser el histórico: por regla general, la "inhabilitación absoluta" tiene raigambre infamante (así la llaman Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay), al igual que la ya mencionada "degradación cívica" (Dominicana y Haití). De cualquier manera, todas éstas son orientaciones generales que en ningún caso eximen del análisis particularizado.

Debe quedar en claro que el rechazo de las penas infamantes y, por ende, de la inhabilitación infamante y no preventiva, no se opone a que delincuentes que han protagonizado crímenes gravísimos y masivos no puedan ser inhabilitados por períodos muy prolongados y que los códigos prevean para ellos y sus partícipes este género de inhabilitaciones prolongadas y que las propias constituciones políticas consagren la prohibición del indulto y de la amnistía para las mismas. Entre los autores y partícipes de crímenes contra la humanidad, que cuestan la vida a miles de personas y lesionan gravísimamente el derecho al desarrollo de los pueblos y el ladrón o estafador común hay notoria diferencia, tanto en cuanto al contenido del injusto como en cuanto a la magnitud de la culpabilidad, y la inhabilitación prolongada para los primeros es racional y tiene un claro carácter preventivo, en tanto que la

misma pena para el segundo tendría carácter infamante. Toda pena sabemos que, inevitablemente, tiene un efecto estigmatizante, pero de lo que se trata es de reducir esta consecuencia a la medida de lo inevitable y no de extender artificialmente ese efecto, en forma de una inhabilitación que sólo cumpla una función estigmatizante y que no tenga ninguna función preventiva sería (la aclaración de este párrafo y la recomendación 3 se introducen en razón de una observación formulada por el Prof. Novoa Monreal).

Conforme a lo expuesto, creemos *recomendable*:

1) *La urgente eliminación de cualquier medida o pena accesoria a la privación de la libertad, de contenido meramente infamante.*

2) *El análisis particularizado de todas las inhabilitaciones que acompañen a penas privativas de la libertad, a efectos de establecer su carácter y rechazar las que respondan a objetivos puramente infamatorios.*

3) *Tener en cuenta que las dos recomendaciones precedentes no obstan en absoluto a la imposición de penas accesorias de inhabilitación considerablemente prolongadas a autores o partícipes de crímenes contra la humanidad o gravísimos abusos o usurpaciones del poder, cuya amnistía e indulto sería incluso recomendable que estuviesen vedados por disposición constitucional.*

29. *Confiscaciones lesivas de la personalidad.*— (Textos afectados: Declaración, art. 17; Convención Americana, art. 31). La confiscación de bienes como pena está suprimida en todas las leyes penales latinoamericanas y expresamente en algunas constituciones, salvo el código cubano, que prevé la confiscación total o parcial de bienes, al prudente arbitrio judicial, en casos de delitos contra la seguridad del Estado (art. 44). Está claro que la confiscación de bienes es contraria a los Derechos Humanos y que fue pena propia del absolutismo monárquico, de la inquisición y del derecho penal totalitario. En la concepción del *derecho a la propiedad* de la Declaración Universal, también es manifiesto que nadie puede ser privado del producto de su trabajo en forma arbitraria. Si bien a título de pena se pueden afectar distintos derechos, la afectación debe ser racional y no arbitraria y, además, es inalicificable que el Estado obtenga beneficios del delito, como sucede

en el caso de la confiscación, que se había convertido en una lucrativa penalidad cuyos beneficios se repartía el monarca con el delator (es sabido que en la inquisición europea se pagaban las deudas del confiscado, en tanto que en la española no se lo hacía).

Fuera del caso citado, como hemos dicho, no aparece la pena de confiscación, pero, no obstante la general prohibición, hay penas y regulaciones punitivas que tienen efectos confiscatorios. La inhabilitación absoluta que conserva buen número de textos (ver nº 28), es un resabio de la "muerte civil" (es decir, de la infamia) y, como tal, hacía perder todos los derechos a percibir beneficios del Estado. En algunos códigos esto se traduce en la pérdida del derecho de jubilación o pensión y establece que la misma pasa a sus derecho-habientes, tal como se lo prescribía en el modelo español. Esta consecuencia está prevista en los textos argentino (art. 19), boliviano (art. 33), peruano (art. 27), en tanto que el art. 65 del código nicaragüense prohíbe solicitar jubilaciones por servicios anteriores durante la condena. Chile derogó un texto análogo (inc. 4 del art. 38) en 1970. En el modelo español las pensiones del siglo pasado eran graciabiles, de modo que no había confiscación, pero frente al actual derecho previsional esto importa la privación de una prestación que el condenado ha obtenido con su trabajo y su dinero. Por otra parte, resulta absurdo que un condenado, a una edad en que el orden jurídico considera que por regla general no está en la plenitud de su potencia productiva, se encuentre privado de sus derechos previsionales y viviendo de alimentos o cuotas alimentarias de sus parientes. Nada puede ser más contrario al fin de las penas.

Otra forma de confiscación suele producirse con el "peculio" o fondo de reserva que se integra con una parte del trabajo del penado privado de libertad y que debe entregársele a su egreso. Son varios los códigos penales que prevén este instituto (Argentina, art. 11; Bolivia, 75; Chile, 88; Dominicana, 41; Ecuador, 66; Guatemala, 47; Haití, 37; México, 82; Nicaragua, 74; Paraguay, 72; Uruguay, 72).

Sin embargo, esta parte del peculio puede perderse —y en muchos países así sucede— cuando la inflación va reduciendo su monto real con la permanente devaluación del signo monetario, hasta reducirlo a una cantidad insignificante. Cualquier depósito de dinero dispuesto en el sistema penal se convierte

en una confiscación, en la medida en que la inflación afecte la economía y no se lo preserve de su efecto, pues resulta una inversión ruinosa, mientras el resto de la población se previene del fenómeno o especula y lucra a costa del mismo. La confiscación se traduce en un beneficio altamente productivo para el sistema, pues son las únicas inversiones ingenuamente ruinosas y forzadas, lo cual es particularmente inmoral e intolerable cuando se trata del producto del trabajo de los presos.

El Prof. Novoa Monreal propugna que se admita la pena de confiscación general de bienes para crimines del poder, a efectos de indemnizar a las víctimas de tales crímenes. Anotamos la disidencia, aclarando que la magnitud de tales crímenes, como también los casos que señalamos (párrafo 34) y otras graves formas de criminalidad no convencional, es decir, que no corresponden a la criminalización de la marginación y a su control, se hacen acreedoras a penas graves, incluso de carácter patrimonial. No obstante, una adecuada regulación de la multa conforme al sistema del día de multa creemos que puede cumplir perfectamente la función que el Prof. Novoa Monreal reclama para la criminalidad grave del poder, sin necesidad de caer en la confiscación general de bienes, cuya historia y raigambre está vinculada al sistema penal del Estado absoluto y a la idea de "muerte civil". Además, la función de grave sanción pecuniaria puede también cumplirla una acción pública reparadora de carácter no penal, como la que se propone más adelante. En síntesis, creemos que puede llegarse a sanciones patrimoniales muy graves por medio de una sanción pecuniaria (multa con sistema de día de multa) y de una reparación por vía de una acción pública no punitiva, todo lo cual sería racional frente a la magnitud de los delitos a que se refiere el Prof. Novoa Monreal, sin necesidad de revitalizar una pena odiosa y de triste historia. La recomendación nº 2 responde a esta observación.

Como consecuencia de lo expuesto, es recomendable:

1) *Insistir en el carácter violatorio de Derechos Humanos de las confiscaciones generales de bienes de las personas individuales.*

2) *Tener en cuenta que las penas de multa elevadas y las acciones públicas reparadoras, por elevados que fuesen los montos que alcanzasen, no constituyen confiscaciones ni lesionan Derechos Humanos, cuando guardan límites racionales,*

*especialmente en delitos contra la humanidad, graves delitos de poder o delitos que afecten masivamente bienes jurídicos.*

3) *Advertir el carácter confiscatorio de la afectación de los derechos previsionales de los penados y propugnar su derogación legal y su impugnación judicial.*

4) *Destacar el deber del Estado de evitar que el ahorro forzado del preso resulte ruinoso, regulándolo en forma tal que lo preserve de la devaluación monetaria.*

30. *Regulación irracional de los casos de concurso.* — (Textos afectados: Declaración Universal, art. 5; Pacto Internacional, arts. 7 y 14; Convención Americana, arts. 5 y 8). La regulación de las penas en los casos de concurso, sea ideal o formal, como real o material, tiene el inconveniente de ser sumamente irregular en los textos penales latinoamericanos. Estas irregularidades reflejan tal disparidad que denota un componente poco racional en el planteamiento del problema. La amplitud de arbitrio judicial que conceden algunas de las fórmulas pone en crisis la legalidad de las penas. Por otra parte, el incremento de punición o la consideración punitiva del concurso ideal como pluralidad de delitos (es decir, el riesgo de computar las violaciones normativas como otros tantos delitos, pasando por alto la base de un único supuesto fáctico), bordea la violación del principio *non bis in idem*. La acumulación de penas en el concurso real y la falta de previsiones que permitan unificar las penas en caso de ulterior condena, llevan a que el total de pena que deba sufrir la persona quiebre el principio de humanidad, incluso en delitos de mediana o escasa gravedad. Es indiscutible, pues, que son varios los Derechos Humanos que pueden verse seriamente lesionados por la regulación punitiva de los casos de concurrencia, por lo cual resulta necesario prestar una particular atención a los mismos.

a) En el concurso ideal, hay dos sistemas legislativos para la punición: el de la *absorción*, conforme al cual se aplica la pena más grave y dentro de la escala se tiene en cuenta el mayor contenido injusto derivado de la infracción de pluralidad de normas (Argentina, 54; Cuba, 10; Chile, 75; Ecuador, 81; Nicaragua, 90; Panamá, 63; Paraguay, 40 y 103; Perú, 105; Uruguay, 57; Venezuela, 98) y el de la *aspersión*, que permite agravar en cierta proporción la pena más grave como resultado de la incorporación de la punibilidad de la violación nor-

mativa de menor entidad (Bolivia, art. 44, hasta un cuarto; Brasil, art. 70, de un sexto a la mitad; Colombia, art. 26, hasta el doble; Costa Rica, art. 75, sin escala; Guatemala, art. 69, hasta un tercio; Honduras, art. 36, hasta un cuarto; México, art. 64, hasta la mitad; Salvador, art. 53 y 75, hasta un tercio).

En el fondo, no puede afirmarse que alguno de los sistemas afecte Derechos Humanos. Sin embargo, el sistema de la aspersion puede llegar a afectarlos cuando la agravación de la escala es muy amplia, porque desconocería que se trata de un único hecho y, en definitiva, estaría imponiendo dos o más penas por un único hecho. De allí que resulta prudente limitar, legislativa o jurisprudencialmente, estas agravaciones, cuando alcanzan límites tan altos.

b) En el concurso real los sistemas son mucho más dispares. Hay textos que disponen el cumplimiento sucesivo de todas las penas sin límite alguno (Brasil, art. 69; Chile, art. 74), en otros se cumplen sucesivamente todas las penas, pero hasta cierto límite máximo, que puede ser de treinta años (Honduras, art. 35; Nicaragua, art. 89; Paraguay, arts. 47 y 105; Salvador, arts. 54 y 76) o del triple de la mayor que no exceda de veinticinco años (Costa Rica, art. 75) o de treinta años (Guatemala, art. 69). Frente a estos códigos que adoptan el sistema de acumulación matemática o suma, ilimitada o limitada, otros textos adoptan el sistema de composición o acumulación jurídica, que hace una única escala penal cuyo mínimo es el mínimo mayor, y cuyo máximo es la suma de todos los máximos, no pudiendo exceder de veinte años (Cuba, art. 56), veinticinco años (Argentina, art. 55) o de cuarenta años (México, art. 64). Otros adoptan el sistema de la aspersion, esto es, el de la pena más grave aumentada en la mitad (Bolivia, art. 45), en un tercio o en la mitad según sean dos o más delitos (Panamá, art. 64), en dos tercios (Uruguay, art. 54; Venezuela, art. 86) o en el doble (Colombia, art. 26). Por último, hay pocos textos que siguen el sistema de la absorción (Ecuador, art. 81; Perú, art. 108).

Dado el sistema extremadamente riguroso con que se pena el concurso real, hay textos que regulan el delito continuado de modo muy amplio (Brasil, art. 71; Cuba, art. 11; Costa Rica, art. 77) o que incluyen en el concurso ideal los delitos vinculados por una relación de medio a fin (Cuba, art. 10; Chile, art. 75; Guatemala, art. 69; Honduras, art. 36; Nicaragua,

art. 90; Salvador, art. 53), como modo de paliar tal rigorismo. Un curioso efecto de la ampliación paliativa del concepto del delito continuado es la "compra-venta" de delitos: como quien ha cometido dos delitos separados en el tiempo está en peor situación que quien ha cometido tres más próximos entre sí (porque puede considerárselos como un único delito a través del concepto ampliado del delito continuado), "compra" a otro preso la información acerca de un tercer hecho no esclarecido y se confiesa espontáneamente autor del mismo.

Es evidente que estas regulaciones pueden terminar lesionando la racionalidad y humanidad de las penas si la acumulación permite una cuantía de pena que en el caso concreto resulta absurdamente elevada. Si la pena tiene un fin de readaptación, no cabe duda que la acumulación absurda de penas viola esta finalidad en casi todos los casos.

De igual modo, la posibilidad de unificar penas o restos de penas con nuevas penas en una única sanción, cuando el sujeto cometa un delito antes de haber cumplido la pena por otro anterior, está contemplada en pocos textos (Argentina, art. 58). La acumulación matemática que puede producirse por esta vía es también grave y puede ser absurda, tal como en el caso del concurso. La función de readaptación se ejerce sobre una única persona y, por ende, debe ser única, por más que provengan de varios hechos sus precedentes. La pluralidad de sanciones independientes puede dar lugar a contradicciones manifiestas que obstaculicen el fin que la pena debe alcanzar.

Conforme a lo expuesto, consideramos *recomendable*:

- 1) *Que la fórmula para la pena del concurso ideal establezca límites máximos más benignos que la del concurso real.*
- 2) *Que tanto en los casos de concurso real como en los de unificación de penas se establezcan límites razonables en relación con el fin de la pena, rechazando la mera acumulación matemática.*

31. *Reincidencia, multirreincidencia, habitualidad y profesionalidad como conceptos estigmatizantes.*— (Textos comprometidos: Declaración Universal, arts. 2, 8, 9, 10 y 11; los correlativos y el punto 7 del art. 14 del Pacto Internacional; Convención Americana: artículos correlativos, 5 y 8). Hay una serie de cuestiones que se plantean a través de las regula-

ciones legales de consecuencias más gravosas de un delito que no surgen del delito mismo, sino de haber cometido otros delitos y haberse registrado alguna intervención del sistema penal con motivo del delito anterior, es decir, con motivo de previas criminalizaciones.

La primera cuestión que tales consecuencias plantean desde el punto de vista de los Derechos Humanos es si no constituyen violaciones al principio *non bis in idem*. Las restantes son cuestiones que en general varían, según sea la regulación particular de las consecuencias. La objeción general fue ya formulada en el siglo pasado y hasta hoy no aparece claramente refutada por la doctrina. Suele afirmarse que se trata de una característica de la segunda infracción normativa, que presenta mayor contenido injusto, mayor grado de culpabilidad o revela una mayor peligrosidad en el autor. Es muy difícil hacer depender totalmente la consecuencia más gravosa de la segunda o última infracción, puesto que la referencia a la anterior o anteriores es ineludible. El fundamento de un injusto más grave en razón de un injusto anterior no puede evitar la referencia al injusto anterior. Sostener que se trata de una infracción que revela una mayor disposición interna contraria a la norma o una mayor probabilidad de futuros delitos, igualmente hace ineludible la referencia al anterior delito, además de los problemas que la culpabilidad de autor y la peligrosidad plantean a los Derechos Humanos. La tentativa doctrinaria de eludir la objeción apelando a una supuesta duplicidad de normas de cada tipo penal, ha resultado tan compleja que las múltiples correcciones y condicionamientos a que hay que someterla, además del serio problema de individualización del bien jurídico, demuestran abiertamente su artificiosidad.

Estas dificultades han llevado al legislador colombiano a eliminar directamente toda referencia a delitos anteriores en su legislación. Parece ser la solución más acorde con los Derechos Humanos, en vista de los problemas que han aparejado las otras y que permanecen sin resolver. Es muy probable que no haya una solución compatible con los Derechos Humanos, porque estas referencias a anteriores delitos conducen a un "plus" de punición que, sin duda, tiene por causa un delito anterior ya juzgado, y porque, inevitablemente, aunque en diferente medida, las citadas referencias llevan a una clasificación de los hombres en "disciplinados" e "indisciplinados",

que varía en su duración, pero que, en cualquier caso se extiende por un término considerablemente superior al de la pena y que importa una estigmatización legal. En cierta forma, estas referencias a delitos anteriores que se mantienen después de haber cumplido la pena, como amenaza para el caso de comisión de un nuevo delito, vienen a desempeñar el papel que otrora cumplieran las marcas físicas.

Sin duda, los Derechos Humanos exigen que se medite muy seriamente acerca de la conveniencia de mantener estas referencias bajo el nombre que fuere, o bien, de seguir el criterio colombiano, que resuelve radicalmente el problema.

Nos ocuparemos de las diferentes modalidades con que se incluyen estas referencias a delitos ya juzgados para enumerar brevemente los problemas que plantean cada una de ellas a los Derechos Humanos.

a) *Reincidencia*. Las referencias a delitos anteriores a título de reincidencia requieren condiciones diferentes y parecen responder a fundamentos distintos. Salvo Perú (art. 111) y Argentina (art. 50 desde la reforma de 1984), todos los textos se conforman para la reincidencia con que la persona haya sido condenada por un delito anteriormente, sin que interese si cumplió o no la pena. Es excepcional el caso de Nicaragua cuyo art. 31 exige sólo el "auto de prisión firme" del primer supuesto delito. Es obvia la violación del principio de inocencia. En teoría se dice tradicionalmente que el sistema que considera reincidente al que ha cumplido pena con anterioridad se llama "de la reincidencia real" y el que sólo exige una condena anterior "de la reincidencia ficta". La reincidencia "real" sería más compatible con la ideología del tratamiento, pues su fundamento sería la insuficiencia de la pena anterior. En la "ficta" lo que siempre se estaría valorando sería el papel deslucido del Estado como proveedor de seguridad jurídica. En el fondo, la circunstancia de que en la mayoría de los países no se tome en cuenta la diferencia entre reincidencia genérica y específica, y que en los pocos que lo hacen (Cuba, Chile, México y Venezuela) sólo sirva para distinguir grados de agravación, revela que en todos los casos la reincidencia trata de apuntalar la función simbólica de la punición, reafirmando la autoridad del Estado frente al indisciplinado. El automatismo de las fórmulas deja pocas dudas a este respecto.

Las consecuencias de la declaración de reincidencia son

de tres tipos: en la mayoría de los países agrava o autoriza a aumentar la escala penal del segundo delito (Costa Rica, art. 78; Cuba, 55; Chile, 92; Dominicana, 56 a 58; Ecuador, 80; Haití, 40; México, 65; Paraguay, 104; Puerto Rico, 62; Salvador, 78; Venezuela, 100); en otros opera como agravante genérica dentro de la escala del segundo delito (Argentina, 50; Brasil, 63; Guatemala, 27; Panamá, 71; Perú, 111; Uruguay, 48); en los menos autoriza la imposición de "medidas", además de la pena del segundo delito (Bolivia, 43; Cuba, en que además de agravar la escala autoriza la medida, art. 55). En la mayoría impide la obtención de ciertos beneficios (sustitución, libertad condicional, etc.), en tanto que en otros únicamente los limita.

La duración de estas consecuencias agravantes de la primera condena también varía: para algunos códigos es de cinco años (Argentina, 50; Bolivia, 41; Brasil, 63; Honduras, 28; Nicaragua, 31; Panamá, 72; Perú, 111; Salvador, 57; Uruguay, 48); en otros textos es de diez años (Cuba, 55; Puerto Rico, 61; Venezuela, 100); para Paraguay es una escala entre tres y quince años, según la gravedad de la pena; para México un tiempo igual al de la prescripción de la pena; los restantes no suelen indicar criterio. En algunos los términos de lo que se llama "prescripción de la reincidencia" se deducen de leyes especiales que regulan el registro y cancelación de antecedentes. En otros países se dice que la declaración de reincidencia no prescribe y se teoriza acerca de la existencia de un "estado de reincidencia" que duraría toda la vida.

Para los Derechos Humanos, la igualdad ante la ley, el fin de readaptación de la pena privativa de libertad y la racionalidad de las penas, entre otros, son principios que resultan afectados o reñidos con estas regulaciones, en mayor o menor medida, según las particularidades de las mismas. El registro de la condena una vez cumplida y su relevancia potencial futura colocan al condenado que cumplió su condena en inferioridad de condiciones frente al resto de la población, tanto jurídica como fácticamente. La agravación de la pena del segundo delito es difícilmente explicable en términos racionales, y la estigmatización que sufre la persona perjudica su incorporación a la vida libre.

b) *Multirreincidencia y habitualidad*. Hay códigos que no disponen nada respecto de los casos de multirreincidencia ni

de habitualidad (Brasil, Colombia, Dominicana, Haití, Ecuador y Puerto Rico). Otros disponen consecuencias más graves para simples casos de multirreincidencia: en Argentina, a la quinta reincidencia genérica debe aplicarse una privación de libertad accesoria (art. 52); en Cuba la segunda y sucesivas reincidencias agravan más la escala penal (si genérica, un tercio, si específica, la mitad, art. 55); en Chile la escala se agrava para la reincidencia genérica sólo en caso que hubiese dos o más delitos anteriores (art. 92); en Paraguay, a partir de la segunda reincidencia la escala se agrava en un cuarto en forma indefinida (art. 104); en Venezuela la segunda y sucesivas reincidencias específicas agravan la escala (art. 101); en Perú la segunda reincidencia da lugar a una medida (art. 111). Estos textos presentan para los Derechos Humanos los mismos problemas que la reincidencia, quedando pendiente ahora sólo la racionalidad y legalidad de la consecuencia más gravosa.

Algunos problemas nuevos los plantean textos que hacen depender consecuencias más gravosas de otros requisitos, que a veces ni siquiera dependen de una anterior declaración de reincidencia. Se trata de tentativas de elaborar un concepto de "habitualidad", con ese o con otro nombre, separado del concepto de reincidencia. Es una fórmula legal que ya permite "marcar" a una persona como delincuente. Si la reincidencia responde a la idea de una clasificación entre disciplinados e indisciplinados, la habitualidad o como se la llame, es una subdivisión de los indisciplinados, que a veces pasa por el requisito previo de la reincidencia y, en otras, ni siquiera se lo requiere, porque su "pésima" condición se revela con la simple pluralidad delictiva. Hay legislaciones para las cuales la habitualidad requiere una multirreincidencia genérica (anterior condena por dos o más delitos) y que el nuevo delito revele una tendencia a delinquir, prescribiendo en tal caso una "medida" (Costa Rica, art. 40; Honduras, art. 29; Panamá, art. 73) o autorizándola cuando no hay "tendencia" e imponiéndola cuando la hubiese (Uruguay, art. 48). México prescribe la medida a partir de la segunda reincidencia específica que responda a la misma tendencia (art. 21). En Nicaragua se agrava la pena para el que comete tres o más delitos y en Bolivia, para quien después de haber cometido dos o más cometa otro que revele tendencia a delinquir (art. 42), se impone una me-

didada. En estos dos últimos textos el concepto parece ser del todo independiente de la reincidencia.

Cabe repetir respecto de la "habitualidad" o "tendencia" lo dicho respecto de la reincidencia, pero también es correcto agregar otras observaciones, que corresponden a cierta problemática original de la "habitualidad" respecto de los Derechos Humanos. En estos casos, la consecuencia jurídica del último delito, por regla general, ya no guarda ninguna relación con ese delito. No hay absolutamente ninguna racionalidad entre ese delito y la reacción jurídica, que ya no responde al delito, sino como un signo de indisciplina social, un desafío a la autoridad estatal que es menester escarmentar. En la medida en que este sea el efecto de la "habitualidad" o de la "multirreincidencia", resulta clara la violación a los Derechos Humanos.

c) Por último, en algunos textos nos hallamos con el concepto de "profesionalidad", que se define aproximadamente como "hacer del delito un medio de vida" y autoriza agravaciones de pena o medidas (Bolivia, art. 42; Costa Rica, art. 41; Panamá, art. 70 y Salvador, art. 112). El concepto es aquí más difuso aun que en la habitualidad. Las objeciones que pueden formularse a los anteriores conceptos se agravan aquí por la violación al principio de legalidad y, además, porque frecuentemente se tratará de una punición del ánimo.

d) Estrechamente vinculada a esta problemática está la de cualquier supervivencia de la condena una vez agotada la pena. Hay múltiples vías por las cuales la condena y la pena extinguida continúan surtiendo efectos gravosos sobre el ámbito de la libertad de la persona. Uno de ellos es el efecto ulterior de impedir beneficios, al que ya nos hemos referido. Otro es el de la permanencia de la anotación en un registro o en varios. Algunos textos regulan la información a este respecto (Argentina, Cuba), en tanto que en otros países hay leyes especiales. Es de fundamental importancia el desarrollo de lo que en Europa se llama "derecho de registro penal", es decir, la regulación de las anotaciones penales y de la cancelación de las mismas. No basta con regular el funcionamiento del registro oficial si, al mismo tiempo, se permite la existencia de registros administrativos alternativos desde los cuales se pueda brindar cualquier información pública o privada.

Por ende, consideramos *recomendable*:

1) *Una seria reflexión acerca de la compatibilidad de la reincidencia con los Derechos Humanos y el rechazo de cualquier consecuencia legal estigmatizante.*

2) *El rechazo de conceptos jurídicos como el de habitualidad y profesionalidad genéricos.*

3) *La reducción de cualquier consecuencia de un delito que no se halle en relación razonable con la entidad del mismo.*

4) *La regulación estricta de registros de condenas y penas y la eliminación de cualquier anotación sobre condenas o penas que se hayan extinguido.*

5) *El establecimiento de penas y sanciones administrativas para el funcionario que proporcione informes acerca de condenas y penas extinguidas.*

(En el curso de la discusión en Buenos Aires se ha defendido el concepto de "profesionalidad" —no así la reincidencia y la habitualidad— y la facultad estatal para conservar un registro de penas extinguidas con las debidas garantías y secretos).

32. *Dispositivos legales que tornan incierto o arbitrario el límite de la privación de libertad punitiva.*— (Textos comprometidos: los señalados en el párrafo anterior). a) Los códigos que elaboran los conceptos a que se hace referencia en el número anterior, suelen contener dispositivos que prolongan la privación de libertad por un tiempo indeterminado, que en ocasiones carece de máximo, pudiendo convertirse en privación perpetua de libertad. Esta posibilidad existe en los códigos de Argentina (art. 52, para mutirreincidentes, con reclusión mínima de cinco años), Bolivia (art. 82, con internación para reincidentes, habituales y profesionales por el tiempo que se considere necesario para su readaptación social), Cuba (arts. 92, 93 y 94, con internación para reincidentes por un término máximo de cinco años, pero que puede prolongarse sin límite), Guatemala (arts. 91, 92 y 94, con internación indeterminada de habituales, ebrios, toxicómanos y autores de tentativas inidóneas), Honduras (arts. 86 y 87, con internación indeterminada para habituales y tentativa inidónea) y Perú (arts. 113 a 117, con la relegación en colonia penal para habituales).

b) Otros textos, también en el mismo orden conceptual, prolongan la privación de libertad en forma indeterminada,

aunque con un límite máximo, que por su enorme extensión hace a veces que tenga igual resultado práctico que la falta total de límite: Costa Rica (art. 98, para habituales, profesionales, autores de tentativa inidónea y casos de prostitución, homosexualidad, alcoholismo y drogadicción que hubiesen determinado el hecho, con límite de veinticinco años), Panamá (arts. 110 y 111, para habituales, con límite máximo de veinte años), Salvador (arts. 110 y 115, para habituales, profesionales, alcohólicos y toxicómanos, con límite máximo de quince años), Puerto Rico (art. 74, para delincuentes habituales hasta el doble del máximo). La indeterminación casi perpetua no se altera, por regla general, con semejantes máximos.

c) Hay algunos textos con formas más violatorias aún de cualquier garantía, es decir, absolutamente violatorias de Derechos Humanos, que permiten burlar todo límite punitivo y convertir cualquier pena temporal en perpetua o hacerle perder toda racionalidad. Así se permite en algunos textos prolongar indeterminadamente la privación de libertad en forma totalmente arbitraria, cuando se considere que la ejecución de la pena no ha alcanzado el fin propuesto (hasta veinticinco años más en Costa Rica, art. 98; hasta la mitad más de la condena, en México, arts. 88 y 89; hasta quince años más en El Salvador, art. 110), posibilidad que también se contempla cuando el reo hubiese observado notoria mala conducta (Salvador, art. 110).

La ideología de las "medidas" está hoy bastante desacreditada y tampoco nos interesa ahora someterla a una crítica más. Desde el punto de vista de los Derechos Humanos lo que no puede tolerarse es que la privación de libertad de una persona, sea al título que fuere, se prolongue en forma indeterminada, sobre la base de criterios antojadizos, arbitrarios e inciertos y en forma completamente desproporcionada con la magnitud del hecho cometido, sea cual fuere el recurso que se emplee para racionalizar esas violaciones.

En función de lo expuesto, es recomendable:

*Considerar violatoria de Derechos Humanos y, por ende, ilegal, la prolongación de cualquier consecuencia jurídica del hecho punible privativa de derechos que no guarde relación racional con la magnitud del hecho punible cometido y de su culpabilidad, que no tenga un término cierto o que no se*

*establezca sobre la base de un presupuesto claramente definible, sea cual fuere el argumento con que se pretenda racionalizar su imposición.*

33. *Insuficiente previsión de la reparación a inocentes.*— (Textos comprometidos: art. 10 de la Convención Americana). La Convención Americana dispone la reparación del perjuicio para quienes fuesen víctimas de errores judiciales. Prácticamente todas las legislaciones procesales en Latinoamérica prevén el recurso de revisión, salvo México, que como remedio a errores judiciales únicamente admite el indulto (art. 553 del código procesal). No obstante, unos pocos son los que se refieren a errores judiciales previendo la reparación para los inocentes (Bolivia, arts. 314 del código procesal y 94 del penal; Brasil, art. 630 del código procesal; Salvador, art. 616; Uruguay, art. 290; y Costa Rica, art. 498). La omisión de referencias en las leyes penales y procesales no obsta a que se pueda obtener igualmente la reparación por la vía civil. Sería sumamente conveniente, a efectos de cumplir más acabadamente con la disposición de la Convención, que las leyes estableciesen un procedimiento rápido y simple para esa reparación y que obvien el largo trámite de una acción civil.

Algunos textos parecen limitar el recurso de revisión a la vida del penado, en tanto que otros lo extienden a los parientes, en caso de fallecimiento de aquél. En rigor, dado el carácter extraordinario del mismo, una adecuada tutela de los Derechos Humanos exigiría su extensión a cualquier persona que sufriese una consecuencia negativa de la condena, en su honor o en su patrimonio, y que, como consecuencia de un error del Estado, en caso contrario se vería privada de su derecho por la muerte del penado.

La circunstancia de que la Convención Americana únicamente prevea la reparación de errores judiciales, no significa que no interesen a los Derechos Humanos otras reparaciones, y, fundamentalmente, la del procesado, cuando ha sufrido prisión preventiva y ha terminado absuelto. Este derecho sólo está reconocido expresamente en Panamá (art. 129 del código penal), cuando hubiese sido privado de libertad más de un año. En Bolivia parece establecerlo el art. 95 del código penal, pero insiste básicamente en la responsabilidad de los funcionarios. En muy pocos casos —casi anecdóticos— se conocen en

América Latina reparaciones a procesados que han sufrido prolongadas prisiones preventivas, pese a que a la luz de las normas y jurisprudencia internacionales son notorias violaciones a Derechos Humanos.

Las señaladas circunstancias hacen *recomendable*:

1) *Instrumentar procedimientos rápidos para que el Estado repare los perjuicios sufridos por las víctimas de errores o arbitrariedades judiciales, sin perjuicio del derecho de repetición que le pudiera haber respecto de sus funcionarios o terceros.*

2) *Extender el recurso de revisión, en caso de fallecimiento del penado, a cualquier persona que como consecuencia de la condena errónea, vea perjudicado alguno de sus derechos.*

3) *Prever expresamente el derecho a reclamar del Estado la correspondiente reparación por parte de quienes fuesen absueltos después de sufrir prisión o detención preventiva sin que el Estado pueda justificar la racionalidad de la misma.*

34. *La insuficiente garantía de reparación a las víctimas.*— En cuanto a la reparación, hay regulaciones más o menos complejas en casi todas las legislaciones. Para algunos es una sanción penal, para otros mantiene carácter civil, para unos debe resolverse en el proceso penal, para otros puede resolverla el tribunal penal o puede acudir a la vía civil. Hay, pues, dos problemas diferentes: el de su naturaleza (civil o penal) y el de la competencia (únicamente penal o sólo facultativamente penal).

En cuanto al problema referido a su naturaleza, viene a complicar el panorama la postulación de la llamada “multa reparatoria” como pena. Sin duda, la reparación, en el fondo, siempre es un problema de reparación de daños o de perjuicios, siendo importante —y decisivo— determinar si existe o no un interés público en que se haga efectiva en caso de delito. Las corrientes contemporáneas de la política criminal no dejan dudas al respecto: es importante la reparación del daño como medida de “pacificación social”. Es incuestionable que, en muchos casos, será la efectiva y concreta reparación del bien jurídico. Como reparación al bien jurídico, por supuesto que la satisfacción o resarcimiento interesa directamente a los Derechos Humanos, No obstante no pierde básicamente su carácter de resarcimiento y, en cualquier caso, su monto má-

ximo debe ser referido por el derecho privado. En determinados casos en que el resarcimiento se vincule directamente al restablecimiento de la paz social, el derecho penal puede imponer penas del tipo de la multa reparatoria. Estas penas no impiden que el lesionado pueda accionar civilmente —o no deben impedirlo— y, en su caso, reclamar lo que la multa no le hubiese reparado, es decir, la parte del daño que no se le repara con la multa. No sería posible permitirle que reclame lo que se le repara con la pena —porque se estaría enriqueciendo sin causa a costa del delito— ni tampoco privar al damnificado de un derecho del que es titular legítimo y que el Estado no puede expropiarle.

Erigir en todos los casos el resarcimiento del daño o reparación en pena tiene el inconveniente de hacer de primario interés para la paz social lo que en muchos casos no lo es y de desvirtuar la verdadera función del derecho penal, aparte de que eventualmente puede llegar a crear situaciones de notoria desigualdad, puesto que se trataría de una pena que las personas de menores recursos no podrían satisfacer.

En cuanto a la competencia, es obvio que en los casos de penas como la del tipo de la multa reparatoria, no puede ser otra la competencia que la penal. En el resto de los supuestos, la general asignación de la reparación a la justicia penal tiene el notorio inconveniente de que los jueces penales ignoran por lo general la práctica y la teoría civil, lo que puede perjudicar los intereses del afectado. No obstante, tampoco puede resultar conveniente que siempre la competencia sea de los tribunales civiles, porque la humilde condición social de muchos perjudicados da lugar a que no estén en condiciones de llevar adelante un largo y penoso proceso civil. En una u otra solución, los damnificados pueden verse arbitrariamente privados de sus derechos patrimoniales o no suficientemente tutelados. Pareciera ser que la más eficaz tutela fuese admitir la facultad de peticionar la reparación del daño en sede penal, pudiendo delegar ese trámite en el representante del ministerio público a efectos de que puedan tener adecuada representación de sus intereses todos los ciudadanos.

No obstante, no debe pensarse en un único sistema, sino en que el interés por la reparación es sumamente importante para la paz social y, por ende, el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para que no se frustre. Hasta el momen-

to, se habla de "prevención general" y "prevención especial" (con matices y variables), pero lo cierto es que la reparación es una forma de prevención o, al menos, tiene un potencial preventivo muy importante, que el derecho penal, desde el momento en que se asignó como función el apuntalamiento del Estado, ha olvidado, sin recuperarlo hasta nuestros días. Desistiendo por el momento de ocuparnos del aspecto procesal de las cuestiones referentes a la intervención de la víctima como querellante, nos ocuparemos de las soluciones prácticas acerca de los restantes problemas.

En principio, nos parece claro que no es posible expropiarle a la víctima su derecho a ejercer la acción civil correspondiente, en la sede civil. No obstante, para facilitarle a la víctima el resarcimiento, también es conveniente que se le permita ejercer esa acción en el mismo proceso penal y, eventualmente, delegarla en el ministerio público. Sin duda que, en cualquier caso debe quedar garantizado el derecho de defensa del tercero civilmente responsable, para lo cual deberán preverse los pasos a seguir en el caso que la acción se ejerza en el proceso penal. Independientemente de las acciones civiles y a título de pena (aunque su contenido patrimonial sea deducible de la acción civil) es aconsejable la multa reparatoria. A efectos de fomentar por todos los medios la reparación, es conveniente que, para la obtención de cualquier beneficio, el condenado pruebe haber reparado el daño en forma total o en la medida de sus posibilidades y, en cualquier caso, haber agotado los esfuerzos para hacerlo y demuestre buena disposición para ello. En el plano civil sería prudente que la prescripción de la acción emergente del delito, cuando medie condena, se extienda a unos cinco años posteriores al momento del agotamiento de la pena, pues la brevedad del plazo de prescripción de algunos códigos lleva a que la reparación no pueda hacerse efectiva, incluso cuando ha mejorado notoriamente la situación económica o patrimonial del condenado o bien que, para sustraerse a ella, le baste al condenado ocultar sus bienes durante un tiempo relativamente breve, lo cual resulta en un burla indignante.

Pese a todas estas soluciones, no deben dejarse de lado otras medidas de carácter social que completarían el panorama de una realización efectiva del *principio de primacía de la víctima*, tendiente a restablecer un sistema que realmente

quiera tutelar bienes jurídicos, abriendo paso a medidas reparatorias o restitutivas y restringiendo el sentido de "apuntalador del Estado" del derecho penal del absolutismo, con medidas exclusivamente represivas y relegamiento del papel de la víctima. Para ello, hay al menos tres medidas concretas que pueden tomarse: a) por vía previsional, la creación de un fondo de reparación a las víctimas de delitos; b) por vía penal, prever la posibilidad de extinción o suspensión de la acción penal en casos en que el procesado hubiese reparado espontáneamente el daño o lo vaya reparando en la medida de sus posibilidades; c) por vía administrativa, proyectar la creación de acciones públicas contra personas jurídicas, de carácter reparatorio, en casos de graves responsabilidades de las mismas (desastres ecológicos, catástrofes, etc.), con el objeto de hacer efectiva la reparación y evitar que ésta, valiéndose de su poder, pueda frustrar los esfuerzos individuales en tal sentido.

En razón de lo expuesto recomendamos:

1) *Dejar a salvo, en cualquier caso, el derecho de la víctima a ejercer la acción resarcitoria civil, pero brindarle la opción para que pueda introducirla en el proceso penal, incluso delegándola en el ministerio público, mediante un trámite más simple y rápido, aunque garantizando siempre el derecho de defensa de cualquier tercero responsable, para lo cual la ley procesal penal establecerá la forma de su intervención en el proceso penal.*

2) *La adopción de penas reparatorias del tipo de la "multa reparatoria".*

3) *Establecer, como requisito preferencial para la obtención de cualquier beneficio, que el condenado haya reparado el daño, haya agotado sus posibilidades de hacerlo o no las tenga, y que muestre buena disposición para hacerlo en el futuro.*

4) *Que el plazo de prescripción de la acción civil emergente de la comisión de un delito, en caso de condena, se extienda a cinco años a partir de la extinción de la pena.*

5) *La creación de un fondo previsional para la reparación de daños a víctimas de delitos.*

6) *Prever supuestos de extinción o suspensión de la acción penal en los casos en que espontáneamente el procesado hubiese reparado íntegramente el daño o lo estuviese reparando en la medida de sus posibilidades, especialmente en casos*

*de delitos contra la propiedad sin violencia o grave amenaza a las personas, como también en otros en que no resulte comprometida dolosamente la vida o la salud y siempre que el juez considere que no se traduce en una indignante "compra de la impunidad".*

*7) Establecer legislativamente acciones públicas de carácter reparatorio contra personas jurídicas, en casos de grave responsabilidad de las mismas y con victimización masiva, para garantizar la reparación a las víctimas.*

35. *Ejercicio y extinción de las acciones y de la punibilidad.*— a) En cuanto al ejercicio de las acciones, que es una materia regularmente legislada en los códigos penales pese a su discutible naturaleza (procesal para unos, mixta para otros), suelen distinguirse las acciones públicas —que son las que predominan—, las que dependen de una denuncia y luego se tramitan como públicas, y las privadas, que dependen de una querrela que sustituye al ministerio público. La experiencia nos enseña que muchas acciones penales siguen adelante cuando ya ha sido satisfecho el interés del damnificado y, en caso de interrumpirse su curso, no sufriría mayor lesión la imagen aseguradora del Estado ni tampoco la pena beneficiaría a nadie. Esto es muy claro en delitos de escasa significación y en otros en los que, por circunstancias accidentales, pasaron muchos años desde su comisión. Es conveniente contemplar por algún medio esta posibilidad, pues la continuación de una causa criminal y la imposición de pena en esas condiciones resulta irracional. Por lo que hace a las llamadas acciones dependientes de instancia privada, particularmente en delitos sexuales, cuando se hallan comprometidos menores en el delito, se autoriza a sus representantes a ejercer la acción, es decir, a efectuar la denuncia. Si antes de la culminación del proceso el menor alcanza la mayoría de edad, en muy pocos países se le requiere su consentimiento para seguir adelante con la causa, lo que obviamente es desconocer un derecho que es exclusivo de la víctima y que si, excepcionalmente, se le reconoce a su representante, es debido a su incapacidad, pero, superada ésta, no hay motivo alguno para no actuar conforme a su voluntad. La decisión del representante legal no puede valer en sede penal cuando la incapacidad ha cesado. Si la ley quiere contemplar el interés de la víctima no

puede caer en una ficción altamente perjudicial, como puede ser el obligar a la víctima de un delito sexual a soportar un proceso penal por ese delito e incluso a cierta publicidad por el mismo, cuando ha llegado a la mayoría de edad, se ha casado o está en víspera de hacerlo, etc., lo que puede importar una agresión psicológica incalificable, incluso desde el punto de vista de la integridad psíquica de su persona.

b) En cuanto a la regulación de las prescripciones hay dos aspectos en que consideramos comprometidos a los Derechos Humanos. Uno de ellos es el atinente a ciertas interrupciones o suspensiones de su curso que no resultan claramente formuladas, son equívocas y, por ende, lesionan el principio de legalidad al dar lugar a una grosera arbitrariedad interpretativa. Así, no está claro cuál es el concepto de "sentencia firme" que exigen algunos textos para que comience a correr el plazo de la prescripción de la pena (se discuten por lo general requisitos formales de notificación), como tampoco el de ciertas designaciones genéricas para actos procesales interruptivos de la prescripción de la acción ("secuela del juicio", por ejemplo).

Otro aspecto problemático de la prescripción, especialmente en la regulación de la prescripción de la acción penal, es la falta de previsión de interrupciones o suspensiones de su curso debidas a la calidad de funcionario del autor y respecto del delito cometido en el ejercicio de la función o amparando su impunidad en la misma. Es demasiado frecuente la comisión de delitos del poder que, a través de la prescripción, quedan en la impunidad por efecto de la continuidad del encubrimiento durante el tiempo en que se mantiene dicha función.

c) Sumamente importante a este respecto es la necesidad de consignar en las leyes positivas y de ser posible con jerarquía constitucional, la imprescriptibilidad del genocidio y, en general, de los delitos de lesa humanidad. La impunidad de tales hechos a través de la prescripción es una gravísima lesión a la conciencia jurídica latinoamericana y una de las principales causas de la crisis de confianza en el derecho como instrumento racional de solución de conflictos. Ante semejantes impunidades cobra crédito cualquier racionalización que justifique la impunidad de otros delitos, es decir, se refuerzan los mecanismos de las llamadas "técnicas de neutralización" respecto de cualquier delito.

d) En casos como los que señalamos en la recomendación

4a. del párrafo 20 o el que mencionamos en el presente, como también en otros supuestos, conviene que, a efectos de no lesionar el principio de racionalidad de la intervención penal y de la pena, se establezcan mecanismos que permitan que la acción penal se extinga, no se ejerza o se prescinda de la pena. Es incuestionable que cuando un delito tiene lugar en el ámbito de un grupo humano, como puede ser la familia, o una vecindad en que los protagonistas deben seguir conviviendo, la pena o la acción penal puede tener efecto negativo o generador de nuevos y más graves conflictos. En tales casos, cuando se hubiesen arbitrado o producido espontáneamente soluciones viables por vía reparadora o terapéutica, sería útil permitir que la acción penal no se entable, que pueda extinguirse o que no se imponga pena. Igualmente, hay casos en que la reacción penal rompe cualquier requisito de racionalidad, cuando la consecuencia directa de la acción típica se ha traducido en un resultado lesivo tan grave para el agente que a todas luces sería cruel o inútil. Tal es el caso del autor culposo de tránsito que sufre gravísimas lesiones por efecto de su propia imprudencia, o la muerte de un miembro de su familia, o del terrorista que por efecto de un explosivo pierde sus brazos y piernas o del homicida-suicida que queda ciego, etc.

Entendemos que en todos estos casos se hace necesario valorar las circunstancias y, por ende, a condición de que se disponga de un ministerio público independiente y con control popular, pueden establecerse pautas conforme a las cuales maneje el principio de oportunidad procesal, o que el mismo tribunal pueda declarar, con acuerdo fiscal, en cualquier momento del proceso, la extinción de la acción penal, o bien en el momento de pronunciar la sentencia, siempre, claro está, dejando a salvo el derecho a reparación de las víctimas.

Por todo ello, *recomendamos*:

1) *Establecer mecanismos que permitan extinguir la acción penal o la punibilidad en algunos delitos en que, por su escasa entidad; por haber trascurrido demasiado tiempo desde su comisión; por haberse cometido en el seno de grupos humanos cerrados o de la familia y haberse arbitrado soluciones reparatorias, conciliatorias o terapéuticas; o por haberle causado al propio agente consecuencias lesivas muy graves, la pena aparezca como una solución notoriamente cruel, innecesaria o contraproducente.*

2) *Considerar la posibilidad de que tales mecanismos puedan operar a través de la consagración pautada del principio de oportunidad procesal, con un ministerio público independiente y con control de la representación popular; de la posibilidad de que el juez declare extinguida la acción penal en cualquier momento del proceso con acuerdo del ministerio público, o bien que tenga la posibilidad de declarar extinguida la punibilidad en el momento de la sentencia.*

3) *Reconocer a la persona que alcance la mayoría de edad o recupere su capacidad habiendo sido víctima de un delito no juzgado y cuya acción haya sido iniciada por su representante legal, el derecho a detener su curso.*

4) *Considerar violatorios del principio de legalidad todos los conceptos equívocos referidos al comienzo, interrupción o suspensión de los plazos de prescripción de las penas o de las acciones penales.*

5) *Establecer interrupciones o suspensiones del curso de la prescripción de las acciones respecto de las personas que ocupan funciones públicas, mientras las detentan en condiciones en que les sea posible obstaculizar su ejercicio respecto de delitos cometidos en su desempeño o cuya impunidad se ampare en su ejercicio.*

6) *Consagrar —de ser posible constitucionalmente— la imprescriptibilidad de las acciones por genocidio y, en general, por cualquier delito de lesa humanidad.*

36. *Manipulación de las amnistías y de los indultos.*—(Textos afectados: cualquier manipulación arbitraria de este instituto). Amnistías e indultos son conceptos jurídicamente delimitados que, en casi todo momento resultan simpáticos a los sentimientos humanitarios, por su carácter de medidas de pacificación o de gracia que procuran mitigar inútiles rigores. No obstante, en los últimos años hemos presenciado una manipulación política de estos institutos, y especialmente de la amnistía, que debe alertarnos acerca del uso de palabras tradicionalmente compatibles con altos sentimientos humanitarios, para ocultar maniobras de encubrimiento de horrendos crímenes contra la humanidad.

a) En 1979, el vicepresidente de la Orden de los Abogados del Brasil, con motivo del proyecto de ley de amnistía remitido por el poder ejecutivo, que distinguía entre condena-

dos —a los que no alcanzaba la amnistía— y no condenados ni procesados y que ampliaba generosamente la conexidad con los delitos políticos, decía: “No hay objeción retórica que pueda oscurecer que la amplitud con que el mencionado párrafo 1 definió, como conexos a los crímenes políticos, los crímenes de cualquier naturaleza con ellos relacionados, tiene el único sentido de prodigar la amnistía a los homicidios, violencias y arbitrariedades policiales de toda índole, perpetrados en los desvanes de la represión política”. “Por otra parte —agregaba— no carece de sentido indagar si no será la preocupación por amnistiar las violencias del régimen lo que explica que, del beneficio, se hayan excluido únicamente los ya condenados por los crímenes de oposición violenta. Con la relativa libertad de prensa ya alcanzada, no hay duda, como lo destaca la fundamentación del proyecto, que, si tuviesen continuidad, <traumatizarían a la sociedad con el conocimiento de eventos que deben ser sepultados en nombre de la paz> : entre ellos, y en primer lugar, los relativos a la institucionalización de la tortura a los presos políticos”.

b) Mucho más burda aún ha sido la tentativa de encubrimiento instrumentada por el acto de poder denominado ley bajo el número 22.924 del 22 de setiembre de 1983 en la Argentina. Mediante ese texto, que el régimen militar quiso titular “ley de pacificación nacional”, se hacía imposible la investigación de cualquiera de los hechos que en forma más detallada salieron a luz como resultado de investigaciones judiciales y administrativas que comenzaron a realizarse en el curso de 1984. En esta llamada “ley” se excluía de la “amnistía” a los condenados por la justicia civil o militar y a los que no residían en el país al momento de la sanción de la ley, es decir que, prácticamente quedaban amnistiados únicamente quienes habían participado de la represión. El art. 5 disponía que “nadie podrá ser interrogado, investigado, citado a comparecer o requerido de manera alguna por imputaciones o sospechas de haber cometido delitos o participado en las acciones a que se refiere el art. 1 de esta ley o por suponer de su parte un conocimiento de ellos, de sus circunstancias, de sus autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores”. Es decir, que ni siquiera podrían haber sido citados como testigos. El art. 6 llegaba al colmo de la impunidad: “Bajo el régimen de la presente ley quedan también extinguidas las ac-

ciones civiles emergentes de los delitos y acciones comprendidas en el art. 1. Una ley especial determinará un régimen indemnizatorio por parte del Estado”.

En el polo diametralmente opuesto se halla la ley de pacificación uruguaya de 1985 que, con todo acierto, excluye del ámbito de la amnistía los delitos del poder.

c) Estos ejemplos son suficientes para prevenir acerca de las características que asumen en el área algunas “amnistías” violatorias de Derechos Humanos. En principio, se trata de actos de poder, realizados por los mismos sectores cuyos integrantes cometieron delitos o por presión de estos sectores. El objeto es encubrir legalmente delitos de toda índole cometidos desde el poder con el pretexto de reprimir la violencia contra ese poder. Su carácter no jurídico se desprende del mero hecho de que una acción de encubrimiento de delitos que orillan el genocidio no puede tener contenido jurídico, o, dicho más concretamente, *un delito nunca puede ser una ley*, aunque tenga forma de tal.

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos no puede caerse en los errores formalistas que han causado desconcierto interpretativo frente a estas leyes o actos de poder. La desaparición forzada de personas, cometida en forma masiva, constituye un acto de genocidio y, aun concediendo que tal calificación fuese discutible, configura un acto gravemente atentatorio de Derechos Humanos, un crimen de lesa humanidad, cuya impunidad no puede tolerarse en modo alguno y mucho menos procurada a través de fórmulas legales que invocan los nombres de instituciones humanitarias. Ésta no es una afirmación retórica, como pretenden argumentar abogados de la seguridad nacional, es decir, los egresados y catedráticos de nuestras facultades de derecho identificados con la ideología de los regímenes genocidas, sino que no hay recurso retórico alguno capaz de enervar nuestra afirmación: *el encubrimiento de un delito es un delito, tenga la forma que tenga, de ley, de ocultación o de destrucción material de pruebas. Un delito jamás puede ser fuente del derecho. Un delincuente o un grupo de poder nunca puede crear un impedimento jurídico para la investigación de los crímenes cometidos por sus propios miembros.*

Por lo expuesto, recomendamos:

1) Considerar inexistente como ley o fuente de derecho

*todo acto que con el nombre de amnistía pretenda impedir la punición de crímenes cometidos desde el poder con pretexto o justificación ideológica.*

2) *Considerar tales actos como delitos de encubrimiento, cuya prescripción se interrumpa mientras el grupo permanezca en el poder arbitrario.*

37. *Tecnología y situaciones-límite.*— (Compromete todos los textos que tutelan la vida humana). Hasta aquí hemos tratado de valorar las leyes sobre la base de un presupuesto fáctico que desarrollamos más ampliamente en otra parte de este informe: las leyes que analizamos sirven fundamentalmente para el control social de los sectores más humildes de la población latinoamericana y para reafirmar simbólicamente el poder de los sectores hegemónicos.

Es difícil que esta función cambie en un plazo más o menos breve, pero la tecnología contemporánea está planteando ya problemas de otra naturaleza, siendo probable que aumenten en magnitud y gravedad a corto plazo. A medida que aumenta el nivel tecnológico se incrementan las posibilidades técnicas de destrucción masiva de vidas humanas y se van poniendo los medios técnicos a disposición de un mayor número de personas, lo que dificulta su control efectivo. En síntesis: la tecnología nos enfrenta con un creciente riesgo de destrucción masiva de vidas humanas o de lesiones físicas gravísimas.

Estas amenazas presentes y que se incrementan progresivamente desencadenarán situaciones-límite en forma inevitable. Si bien no podemos analizar aquí estas perspectivas en detalle, tampoco podemos pasar por alto una casi total falta de previsión legislativa a su respecto. Sin embargo, un análisis de los sistemas penales a la luz de los Derechos Humanos no puede obviar el tema, al menos a nivel de enunciado de la problemática general y sus posibles caminos orientadores de solución. La necesidad del planteo surge: a) de que ante la presencia de una tecnología que constituye una amenaza de destrucción masiva de vidas, la omisión de tutela penal frente a esas amenazas constituye una gravísima violación a Derechos Humanos fundamentales por vía de una omisión de tutela; b) de la necesidad de prevenir una ideología aniquilante de todos los Derechos Humanos, que seguramente se pretenderá

ensayar a partir de experiencias-límite para la vida humana. La llamada "doctrina de la seguridad nacional" y muchas otras enseñan que las ideologías negadoras de los Derechos Humanos —o que los sitúan en un futuro lejano y problemático, casi utópico— son por lo general construcciones basadas en experiencias-límite. Ninguna duda nos cabe de que estos ideólogos no despreciarán la oportunidad de aprovechar estas circunstancias para generar una cobertura ideológica a una general represivización del sistema penal y a una radical negación de los Derechos Humanos.

1) *Los riesgos concretos.* a) El desarrollo de la tecnología nuclear, pese a las reiteradas afirmaciones acerca de su uso pacífico o energético, no puede ocultar el peligro que genera la manipulación de sus materiales en forma dolosa o culposa. No se trata ya de la mera posibilidad de provocación de un estallido o arma nuclear, sino del descontrol de una usina, del hurto, extravío o pérdida de material radiactivo, de residuos nucleares, de contaminación de la atmósfera, las aguas, los alimentos, etc. Los peligros que en número de vidas humanas genera el uso doloso o culposo de estos materiales, son únicamente comparables a los de guerras convencionales de cierta magnitud.

b) El empleo de gases y elementos químicos en la prevención de plagas, desechos industriales químicos altamente tóxicos, almacenamiento de grandes cantidades de gas natural y combustibles altamente volátiles, generan el riesgo de daños y destrucción de vidas humanas por efecto de agentes químicos en medida que es análoga a la energía nuclear.

c) Los avances de la biología, especialmente en el campo de la genética, permiten introducir mutaciones en microorganismos que los hagan resistentes a los agentes destructores naturales y a los antídotos o recursos medicinales. Esto genera el riesgo de provocación dolosa o culposa de epidemias incontrolables o cuyo control tenga lugar cuando se hayan producido incontables muertes y enfermedades.

d) La misma genética y la búsqueda y progreso por el camino de la inmunología, abre la posibilidad de aberrantes e inimaginables manipulaciones en la integridad física y psíquica del hombre. A pasos acelerados se avanza hacia esa alucinante posibilidad técnica, con planificaciones que seguramente aún desconocemos por constituir "secretos de Estado".

2) *Los riesgos de la reacción penal.* Los medios que hace menos de medio siglo no existían o sólo eran disponibles por el poder militar altamente sofisticado como armas de guerra nuclear, química o bacteriológica, hoy, más perfeccionados, se encuentran en manos de empresas, amplios círculos de personal estatal y grupos o personas individuales. Ya se han registrado situaciones-límite accidentales o culposas: accidentes de centrales nucleares, nubes tóxicas, intoxicaciones masivas con alimentos, explosiones de depósitos de gas natural, incendios de buques petroleros, hundimientos de naves con energía nuclear, filtraciones de radiactividad de desechos, etc. Las situaciones-límite que conocemos son las que por su evidencia son inocultables. La causalidad en otros fenómenos masivos no se admite pacíficamente, pero la verdad a su respecto no puede conocerse debido a los intereses enormes que hay en juego y que influyen la ideología científica o la opinión de los peritos. No se conocen hasta el momento casos de resultados letales masivos por manipulación dolosa directa de estos medios, salvo por parte de los estados de guerra, tema que escapa a nuestro trabajo. No obstante, no puede descartarse un hecho de esta naturaleza en cualquier momento. Hay algunas dudas en cuanto a que algunos de los hechos producidos no obedezcan a dolo eventual, aunque no conocemos que se haya responsabilizado a nadie a este título. A estas perspectivas deben agregarse las aún desconocidas de la técnica biológica.

El empleo estatal de estos medios, al igual que el que responde a intereses económicos, particularmente en su forma culposa o con dolo eventual, forma parte del ámbito de la delincuencia del poder. Lo mismo cabe decir respecto de su posible uso terrorista estatal. Otro sería el supuesto de un empleo o amenaza de empleo doloso terrorista o extorsivo y no estatal. Esta última variable llevaría a una reacción penal que puede ser tan terrible como el propio fenómeno.

El mismo avance tecnológico ha generado un desarrollo de recursos para informarse acerca de la actividad de cualquier persona que, prácticamente hace expugnable cualquier ámbito de privacidad. Las posibilidades de un control de conducta mediante estos recursos son alucinantes, al punto de no afectar ya el sólo derecho a la privacidad, sino la misma integridad psíquica de la persona, que ve amenazada toda espontaneidad. Es incuestionable que la tentativa de empleo terrorista

o extorsivo no estatal de medios capaces de destruir masivamente vidas humanas sería el mejor argumento para emplear en forma también masiva los medios de control e información a que nos referimos, manipulando al máximo el sentimiento de inseguridad ciudadana.

Por otra parte, es sabido que toda violación masiva y brutal de Derechos Humanos siempre ha pretendido ampararse en la necesidad. La perspectiva que ofrece la reacción penal al amparo de una ideología de esta naturaleza es lo que se ha llamado el "estado nuclear" por parte de quienes la consideran una ineludible consecuencia del desarrollo de la energía nuclear y del avance tecnológico en general.

3) *Alternativas conforme a los Derechos Humanos.* Frente a estas perspectivas surgen distintas soluciones o alternativas. Una de ellas es la propuesta ecologista, que postula la detención del desarrollo de la energía nuclear y de la industrialización, o la propuesta del llamado "Club de Roma", que más concretamente postularía la detención del crecimiento económico; tales propuestas, como la de encaminar otra forma de desarrollo no mensurable en términos de crecimiento económico, escapan a nuestras posibilidades de investigación. De cualquier manera, un posible cambio en la estructura mundial de poder produciría su efecto en un período más o menos medio o largo y, en tanto, el avance tecnológico seguiría un curso más o menos lineal respecto de su dirección actual. Esto nos obliga a encarar el fenómeno desde el punto de vista de un derecho penal respetuoso de Derechos Humanos.

Es indiscutible que un sistema penal que pretenda atenerse mínimamente a los Derechos Humanos no puede procurar la criminalización del empleo doloso o culposo de estos medios cuando sean utilizados por el terrorismo o la extorsión no estatal y pase indiferente frente a los casos de delitos del poder.

Esto plantea un gravísimo problema de jurisdicción y de competencia. Dada la magnitud de los hechos amenazados, que los mismos pueden tener tal extensión que comprometan vidas y bienes de otros países y que las interferencias para el ejercicio de la jurisdicción nacional son altamente probables, cabe pensar que lo ideal sería la creación de una jurisdicción internacional. Sin embargo, tal solución aparece de momento como muy poco viable. La desconfianza asentada en la posi-

bilidad de que esta jurisdicción derive en una perturbación ininteresada del desarrollo económico nacional y las dificultades de derecho público interno en lo formal, conspiran contra esta solución. No obstante, vale la pena iniciar las investigaciones destinadas a culminar en una solución de esta naturaleza y, en tanto, fortalecer la independencia de los poderes judiciales nacionales y reforzar la acción de los organismos internacionales existentes, que deberán extremar los cuidados para calificar como gravemente violatoria de Derechos Humanos cualquier negligencia u omisión en la criminalización de tales actos y en la adecuada reparación de los daños por parte de los responsables.

4) *La categorización objetiva del problema.* La naturaleza de las conductas a que nos estamos refiriendo pueden caracterizarse objetivamente de modo que queden nítidamente diferenciadas de las que ocupan a nuestras leyes penales orientadas hacia las formas tradicionales de criminalidad. Se trata de acciones idóneamente enderezadas o susceptibles de causar pérdidas masivas de vidas humanas o lesiones masivas con medios de tecnología moderna.

La caracterización mediante estos elementos (peligro de lesión masiva de vidas humanas o de lesiones y uso de moderna tecnología) resulta imprescindible para evitar que una defectuosa caracterización permita instrumentar arbitrariamente su prevención contra formas tradicionales de criminalidad, lo que daría por resultado una violación de Derechos Humanos por efecto de una reacción penal irracional. Este peligro puede neutralizarse sin mayor dificultad, porque se trata de una diferencia que no es meramente teórica, sino *física*.

5) *Las reformas penales necesarias.* Dadas las características de los medios, eminentemente objetivas, sería necesario crear tipos especiales de carácter preventivo, es decir que, en este ámbito, debe instrumentarse un derecho penal preventivo más que represivo, puesto que la represión, en estos casos, llegaría demasiado tarde. En primer lugar, esta prevención debe orientarse hacia la tipificación autónoma de actos preparatorios respecto de los homicidios con estrago o lesiones con estrago. Es posible objetar la elaboración de tales tipos, desde el punto de vista que oportunamente señalamos, en cuanto a que la tipificación de actos preparatorios corre el riesgo de crear delitos sin afectación de bienes jurídicos tutelados. Sin

embargo, no creemos que en el supuesto de las conductas que hemos caracterizado objetivamente antes, los actos preparatorios de las mismas puedan erigirse en delitos sin bien jurídico afectado.

En efecto: tengamos en cuenta que, de seguir adelante, esas acciones ponen en peligro la vida humana en forma masiva, es decir, el derecho del cual dependen todos los derechos. No se trata de un bien jurídico cualquiera y en forma individual, sino de todos los bienes jurídicos y en forma masiva y, además, no en un sentido abstracto o idealista (si se derrumba el "Estado" se derrumba la protección jurídica y con ella todos los bienes jurídicos, argumento kantiano para el rechazo del derecho de resistencia a la opresión), sino en un claro *sentido físico*. La iniciación de un *iter criminis* destinado a culminar en semejante resultado, afectará por peligro el bien jurídico "vida" cuando entra en la etapa ejecutiva, pero antes, en la etapa preparatoria, está afectando ya el derecho a vivir en paz y con él la libertad de todas las personas. No hay duda alguna a este respecto.

Particularmente importante será también tipificar la producción de alteraciones genéticas en seres humanos —que difícilmente quepan en el tipo tradicional de lesiones—, la experimentación con embriones y fetos humanos "in vitro" y la destrucción de los mismos, como también la reglamentación administrativa de las investigaciones biológicas y un responsable control de las mismas a través de un ente autónomo con intervención parlamentaria.

6) *¿Se requiere un derecho penal de autor?* Tratándose de una reacción penal que debe orientarse hacia la prevención, da la impresión que sería necesario echar mano de la peligrosidad o de la culpabilidad de autor para lograr eficacia. Así, dos acciones preparatorias o incluso de tentativas de estas características objetivas pueden ser idénticas o muy similares, pero una de ellas ser llevada a cabo por un técnico con capacidad para reproducirla en cualquier momento (o por un empresario o ejecutivo con poder suficiente como para instigar nuevamente su realización) y otra por un sujeto al que por un accidente extraordinario uno de estos medios le cayó en las manos. Obviamente que a los efectos preventivos interesa mucho más la acción del primero que la del segundo, quien es

prácticamente imposible que pueda repetir la acción, por vil que sea su ánimo.

¿Esto nos obliga a instrumentar un “derecho penal de autor”, que mire hacia el futuro mediante la peligrosidad o cualquier otro sinónimo con que quiera reemplazársela, o que mire al hecho pasado mediante referencias a la “conducción de la vida” o a la personalidad reprochable? ¿Sin este recurso, la individualización penal no tendría efectos preventivos en esta clase de delitos? Para algunos, sin lugar a dudas que la respuesta sería afirmativa. Sin embargo, volviendo al ejemplo proporcionado y admitiendo que es válido también aquí el concepto de co-culpabilidad, debemos tener en cuenta que, quien adquiere o dispone de una cierta capacidad técnica relativamente sofisticada, es obvio que ese privilegio, que tiene un valor en el mercado laboral, genera para él un grado de responsabilidad social en la manipulación de los medios que su técnica le permite, que no es de igual dimensión que el de quien no dispone de esa pericia o ciencia. Algo análogo puede decirse del empresario o ejecutivo que posee gran poder decisorio. Es decir, sin salirnos de la culpabilidad de acto, valorando únicamente el espacio social con que se llevó a cabo la acción, tendremos una magnitud del reproche diferente y, por ende, eso nos permitirá una adecuación de la pena con efecto preventivo, respetando todas las pautas que los Derechos Humanos le señalan al derecho penal.

7) *El aumento del caudal informativo.* En cuanto a la prevención del llamado “estado nuclear”, el problema es complejo, porque su solución y su planteo no dependen exclusivamente de lo que nos estamos ocupando. Es incuestionable que, por muchas razones, se hace necesaria la información, entre otras porque en el actual grado de competencia mundial, si los Estados periféricos no disponen de información, serán los Estados centrales los que dispongan de la misma con notorio deterioro de la soberanía o de la autodeterminación. El problema es controlar sus límites y no alterar arbitrariamente su destino. La única posibilidad de ejercer eficazmente un control al respecto depende del fortalecimiento de los poderes legislativos y de la intervención de estos poderes en ese control, con severa criminalización de cualquier desviación o aprovechamiento descaminado o abusivo. Se trata, en defini-

tiva, de un problema político general, que depende del fortalecimiento de los sistemas democráticos.

Como consecuencia de lo expuesto, *recomendamos*:

1) *Proceder, a la brevedad, a la tipificación correcta y precisa de actos ejecutivos y preparatorios y de delitos de peligro referidos al uso de medios técnicos capaces de aniquilar masivamente vidas humanas.*

2) *Tipificar las experimentaciones genéticas humanas que se sustraigan o violen las normas y control de un organismo autónomo con participación parlamentaria.*

3) *Tipificar las experiencias con fetos y embriones humanos y la generación in vitro de embriones y su destrucción.*

4) *Rechazar y prevenir cualquier ideología que manifieste la posibilidad de empleo de medios capaces de destruir masivamente vidas humanas como pretexto para establecer un control social que importe una violación generalizada de los Derechos Humanos.*

5) *Establecer una responsabilidad más grave para los autores o partícipes que realicen tales actos valiéndose de sus conocimientos técnicos o de sus posiciones de poder político o económico.*

6) *Recomendar a los organismos internacionales que vigilen cercanamente la criminalización de tales actos y que postulen las más graves sanciones internacionales para los gobiernos que sean negligentes u omitan tal función.*

7) *Investigar la posibilidad y viabilidad de una jurisdicción internacional para la punición de tales actos.*

8) *Propugnar la participación y control parlamentario de los organismos de información del Estado.*

38. *Criminalidad contra la democracia.*— Más adelante nos ocupamos expresamente de las situaciones de "facto" y de los principales problemas que plantean al sistema penal. Sin embargo, no es posible desconocer que en el área continental existen fuertes grupos de intereses que permanentemente se valen de personeros dispuestos a impulsar cualquier tentativa de desestabilizar gobiernos constitucionales o de quebrar ese orden. Los sistemas constitucionales, por regla general, se hallan bastante indefensos frente a estas agresiones y, si bien los sistemas penales no pueden ser decisivos cuando pugnan fuerzas muy superiores, frecuentemente se tiene la

sensación de que se han montado en forma "neutra" frente a estas agresiones.

Es bastante común que los cómplices de todas las violaciones a los Derechos Humanos y del desconocimiento más elemental a las garantías mínimas de los ciudadanos, invoquen los Derechos Humanos y las garantías constitucionales para amparar sus actividades antidemocráticas, lo que resulta particularmente indignante, pues con ello pretenden ridiculizar a los sistemas constitucionales y demostrar su supuesta incapacidad para gobernar, atrayendo hacia su causa antidemocrática a sectores medios frustrados en sus expectativas de *status*, en los que cuesta poco reactivar su vocación elitista y racista.

La represividad es en estos casos una tendencia fácilmente favorecida en estos supuestos, incluso en personas de claras actitudes democráticas. Este fenómeno plantea las mismas dudas que las señaladas en el párrafo anterior. Sin embargo, creemos que es posible defender los Derechos Humanos, amenazados en su totalidad por las señaladas conductas, mediante un sistema penal que no los viole ni asuma ideologías difícilmente compatibles con ellos. La utilización de los tipos de apología del delito, o de apología de los delincuentes en razón de sus delitos, la agravación de las penas en caso de que se trate de apologías de crímenes o criminales contra la humanidad, la tipificación de la apología del genocidio, de la incitación a la violencia colectiva, de la organización o participación en cualquier organización política o de adoctrinamiento político jerarquizada para-militarmente, de la subvención a estas organizaciones o de la propaganda o proselitismo para ellas, de la tipificación de la tentativa de instigación a cometer delitos contra la Constitución y la calificación de la misma cuando se dirija a militares o miembros de cuerpos armados de seguridad, la calificación de estas conductas y la inhabilitación cuando se trate de funcionarios del Estado, etc., son otras tantas muestras de la capacidad de un sistema penal que, sin violar los principios del derecho penal de acto, puede tutelar el orden constitucional.

Por lo expuesto, *recomendamos:*

1) *Extremar los recursos del derecho penal compatible con los Derechos Humanos en defensa de las instituciones democráticas.*

2) *Descartar, por apresuradas e innecesarias, las instigaciones a abandonar ese camino, so pretexto de su ineficiencia frente a las actividades antidemocráticas.*