



RÉGIMEN DE LA ACCIÓN EN EL HECHO PUNIBLE DE LESIÓN CULPOSA

*por José Ángel dos Santos Melgarejo**

1. Introducción

Desde la entrada en vigencia de la Ley 3340/08, la cual modifica algunas disposiciones del Código Penal (CP), varios magistrados consideran que la modificación inserta en el artículo 113 del CP ha modificado el régimen de la acción con relación al hecho punible de Lesión Culposa.

En tal sentido, los jueces interpretan que el citado hecho punible pasó de ser “delito de acción penal privada” a “delito de acción penal pública a instancia de parte”. La base de esta tesis radica en que, según el parecer de los magistrados, la modificación del artículo 113 del CP produjo la derogación tácita del art. 17 inc. 3 del Código Procesal Penal (CPP).

En cambio, para el Ministerio Público la modificación del art. 113 del CP no modifica el artículo 17 inc. 3 del CPP, por ende, existen dos criterios contrarios.

Con estos antecedentes, la presente investigación se propone estudiar la problemática suscitada y para ello se partirá de la siguiente pregunta genérica: ¿la nueva redacción del artículo 113 del CP modificó el régimen de la acción con respecto al hecho punible de lesión culposa?

Es oportuno puntualizar que para responder a la citada pregunta, primeramente se responderán a preguntas específicas, tales como: ¿Qué es la acción?; ¿Qué es la instancia?; ¿Qué tipos de acciones reconoce el CPP?; ¿Cuáles son las clases de acciones penales existentes?; ¿Qué clases de acciones reconoce el CP?; ¿Cuál es el cuerpo normativo que regla el régimen de las acciones penales?; para el CP (antes de la vigencia del CPP), ¿Qué clase de acción es la lesión culposa?; ¿Qué implicó la entrada en vigencia del CPP con respecto al régimen de la acción penal pública?; ¿Se derogó el inc. 2) del artículo 113 del CP?; ¿Qué implica la nueva redacción del artículo 113 del CP?

* Abogado (2002), Notario y Escribano Público (2003) títulos otorgados por la UNA; Magíster en Derecho Privado, Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2010); Didáctica Universitaria, Rectorado de la UNA (2003); Actualización en Derecho Procesal y en Derecho Penal, Rectorado de UNA (2005); Director de Análisis y Evaluación Curricular del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.



Cabe destacar que esta investigación tiene como base la siguiente hipótesis de partida: *La nueva redacción del artículo 113 del Código Penal no modifica el régimen de la acción del hecho punible de lesión culposa, por ende, sigue siendo un delito de acción penal privada.*

Asimismo, es necesario aclarar que, si bien este trabajo se refiere únicamente al delito de lesión culposa, el razonamiento a ser expuesto también es aplicable a otros hechos punibles como el de Lesión (art. 111 CP), Lesión a la intimidad de la persona (art. 143) y Daño (art. 157).

2. La acción

La acción es considerada como uno de los pilares fundamentales de todo proceso. Si la misma es mal planteada, lo más probable es que caiga fácilmente.

Ahora bien, la acción no siempre fue entendida de la misma manera. Así, las doctrinas elaboradas en torno a su naturaleza se agrupan en dos grandes concepciones –la tradicional y la moderna– que responden a puntos de vista fundamentalmente distintos.

Dentro de la concepción tradicional, que predomina hasta mediados del siglo XIX, se advierten dos posiciones: la que considera a la acción como el mismo derecho subjetivo material alegado ante los tribunales de justicia, y la que la concibe como un elemento o una función del derecho material. Ninguna de ellas reconoce la autonomía de la acción¹⁵.

En cambio, para la concepción moderna, que surge a mediados del siglo XIX, la acción y el derecho subjetivo material constituyen dos entidades jurídicas independientes², tal es así que se puede demandar sin tener derecho, o bien se puede tener derecho pero no acción, como por ejemplo, cuando se está ante obligaciones naturales.

En la actualidad, no existen dudas de que la acción es la posibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional pertinente para ejercer una determinada pretensión tendiente a resguardar el derecho que se invoca como violado. Se tiene, entonces, que la acción es entendida como un poder jurídico para excitar a los órganos judiciales.

1. PALACIO, Lino Enrique; Manual de Derecho Procesal Civil, 16ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 92 y ss.

2. PALACIO, Lino Enrique; ps. 92 y ss.



La acción tiene como fundamento constitucional: “el derecho de peticionar ante las autoridades”. Así, el derecho a peticionar es el “género” y la acción es la “especie”.

Couture define la acción como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión³.

Importa señalar que la acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre, con derecho material o sin él, por esta razón, la acción es un derecho autónomo, independiente al derecho que se reclama.

Ahora bien, es pertinente indicar que el derecho a peticionar a la jurisdicción debe tener un contenido pretensional. No se puede ejercer una acción sin pretensión; esto es, “lo que se desea obtener”. En el ámbito penal, la pretensión sería el de imponer una sanción al autor de un hecho punible.

En síntesis, traído a nuestro ámbito de estudio, la acción penal es *el poder jurídico de naturaleza pública, a veces de ejercicio privado, que tiende a excitar el órgano jurisdiccional para que el mismo en definitiva emita una decisión concluyente sobre el fundamento de las pretensiones jurídicas penales, que se han hecho valer o deducido*⁴.

3. La instancia

En lo que respecta a la instancia, es importante advertir que la misma tiene diferentes acepciones.

Por un lado, instancia, en su acepción común significa “requerimiento, solicitud o petición”⁵. Esta petición va dirigida al Estado. En tal caso, se llama instancia a toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento⁶.

La instancia comprende una serie de actos, hechos o peticiones que demandan la actividad jurisdiccional⁷. Es en este sentido que se dice que “los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de parte”.

En una acepción restringida, la instancia significa *acción, movimiento, impulso procesal*. En tal sentido, se habla de llevar adelante la instancia o, por o-

3. Cfr. COUTURE, Eduardo; Fundamentos del derecho procesal civil, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 57.

4. Torres Bas, citado por José Luis Clemente en Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, t. I, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1998, ps. 49-50.

5. EISNER, Isidoro; Caducidad de instancia, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 49.

6. Ibid.

7. Ibid.



sición, de caducidad de instancia. Así, la instancia tiene que ver con todo lo que asegure la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo. Es decir, con la instancia se asegura la “continuidad del proceso”.

Por otro lado, en la acepción técnica más restringida del vocablo, instancia comprende el conjunto de actos de procedimiento que realizan las partes para obtener la decisión judicial de una *litis*, desde la interposición de la demanda hasta la sentencia definitiva. Se habla, entonces, de primera, segunda o tercera instancia, así como también de instancias ordinarias, extraordinarias, principales y accesorias⁸.

La acepción que interesa al presente trabajo es el de la “instancia en sentido común”, es decir, solicitud, requerimiento; la cual, llevada al ámbito penal significa: la declaración de voluntad por la que se anuncia un hecho punible y se solicita (expresa o implícitamente) su investigación a la autoridad pertinente.

El interés de habilitar un proceso de naturaleza punitiva contra los intervinientes del delito es determinante, ya que una denuncia que se realiza con otros fines, como, por ejemplo, realizar los trámites en la compañía del seguro, no habilita la instancia⁹; y, tal como se podrá observar más adelante, la instancia, en ocasiones es necesaria para remover un obstáculo a la persecución penal.

4. Tipos de acciones reconocidos por el Código Procesal Penal

El CPP prevé dos tipos de acciones: la acción penal y la acción civil para la reparación del daño. Obviamente, la acción civil para la reparación del daño está regulada en el Código Civil, pero dicha acción también puede ser ejercida en el ámbito penal, conforme a la regulación establecida en el CPP. Cabe destacar que la acción civil para la reparación del daño no se podrá promover simultáneamente en ambas jurisdicciones¹⁰.

5. Clases de delitos según el régimen de la acción penal

Según la distribución de facultades o poderes entre el Estado y la víctima, las acciones penales se pueden clasificar en públicas y privadas.

Los hechos punibles de acción penal pública son aquellos en los cuales el Ministerio Público tiene la facultad de ejercerlos. En estos casos el Ministerio

8. Ibid.

9. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal. Parte General, 1ra. ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 686.

10. Ver arts. 27/30 y 439 y ss. del Código Procesal Penal.



Público actúa como representante de la sociedad. Esto es, la acción es promovida por un órgano del Estado.

Sus caracteres son los siguientes:

- a) *Oficiosidad*: como regla, el órgano encargado de hacer valer la acción penal debe accionar por iniciativa propia, *motu proprio*, no requiere ninguna excitación exterior, pues se trata del cumplimiento de un deber funcional¹¹.
- b) *Legalidad*: la tarea es obligatoria, y significa que el Ministerio Público tan pronto como ha adquirido la noticia de un delito debe iniciar la acción penal¹².
- c) *Indivisibilidad*: en los casos en que hayan participado varias personas en la comisión de un delito, la acción penal debe dirigirse contra todos aquellos. No puede accionarse en contra de unos y dejar de lado a los otros¹³.

Con relación a los hechos punibles de acción penal privada se puede decir que en estos hechos punibles el Ministerio Público carece de facultades en todos los casos para ejercer la acción penal, siendo el particular el único titular de ese ejercicio.

Son aquellas acciones cuyo ejercicio no está en manos del Ministerio Público, sino del propio ofendido¹⁴. Ello es debido a la preponderancia del interés del agraviado por el hecho punible, puesto que afectan con menor gravedad el interés público.

Los delitos de acción penal privada constituyen la excepción. La acción está circunscripta a los delitos en que prima el interés particular sobre el público¹⁵. Se está ante delitos en donde la persecución y la acusación privada reemplazan a la pública.

Se sostiene que es una excepción puesto que el sistema penal paraguayo impone como regla el monopolio acusatorio del Ministerio Público.

11. ABALOS, Raúl Washington; Derecho Procesal Penal. Cuestiones fundamentales, t. I, 1° ed., Santiago de Chile, Editoriales Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993, ps. 347.

12. El art. 18 del Código Procesal Penal dispone: "Legalidad. El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que hayan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos. Cuando sean admisibles, se aplicarán los criterios de oportunidad establecidos en este Código".

13. Ibid.

14. Cfr. CLEMENTE, José Luis; op. cit. p. 60.

15. "Los delitos de acción privada constituyen una excepción, pues estos hechos son, la mayoría de las veces, los menos importantes o los que afectan con menor gravedad al interés público". (ROXIN, Claus; op. cit., p. 85).



En esta clase de acción no es suficiente que la víctima manifieste su interés en la persecución penal, pues la ley requiere que el proceso lo lleve adelante la parte ofendida, como si se tratara de un juicio de derecho privado.

En los casos de acción privada se priva al Estado la potestad no sólo de promover sino también de ejercitar la acción, pues se deriva ella a los particulares que tienen un poder de disposición sobre el contenido sustancial de la pretensión represiva¹⁶.

El interés individual subordina la realización jurídico-penal. Ésta queda condicionada a la pretensión penal del ofendido, quien puede disponer de ella no ejerciendo la acción o abandonando su ejercicio, y aun perdonando al condenado¹⁷. Así, el castigo o impunidad del hecho no está en manos del Ministerio Público, sino en la del propio ofendido.

Entonces, el único que puede conducir el procedimiento hacia la sentencia es el ofendido. Su falta de voluntad para perseguir el hecho, su renuncia expresa o ciertas omisiones, como, por ejemplo, no concurrir a la audiencia de conciliación sin justa causa, conduce a la finalización de la persecución penal.

En conclusión, en los hechos punibles de acción penal privada el Ministerio Público carece, en todos los casos, de facultades para poder ejercer la acción. El particular es el único titular de ese ejercicio.

Cabe recordar que el repertorio de hechos punibles perseguibles exclusivamente por acción privada se encuentra establecido en el art. 17 del CPP y que los hechos punibles de acción privada tienen un procedimiento especial, establecido en los artículos 422 y ss. del CPP.

6. La acción penal en el Código Penal

El Código Penal reconoce únicamente la acción penal pública, la cual se subclasifica (por el modo de persecución) en: propiamente dicha y a instancia de parte.

a) Propiamente dicha (perseguidos de oficio):

La acción penal pública promovible de oficio, es la que ejerce el Ministerio Público, en cumplimiento del principio de oficiosidad. Es el modo común

16. Cfr. ABALOS, Raúl Washington; op. cit., p. 354.

17. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; Derecho Procesal Penal, t. I, Santa Fe, Rubilzal Culzoni, 2004, p. 174.



o normal de la actividad tendiente a la actuación de la ley penal. La acción de oficio pertenece al estado, en cuanto no depende de la excitación particular para promoverla.

En otras palabras, la regla es la oficiosidad de la acción, lo que significa que ante la comisión del hecho, con los caracteres externos de hecho punible, el órgano pertinente del Estado, deberá iniciar la acción penal contra la o las personas que participaron en el ilícito y proseguirla hasta una decisión definitiva.

La tarea es obligatoria, y significa que el Ministerio Público, tan pronto como ha adquirido la noticia de un hecho punible, debe iniciar la acción penal. En estas circunstancias, la persecución del hecho punible debe realizarse sin que se requiera el cumplimiento de alguna condición previa.

b) A instancia de parte:

La particularidad de los delitos dependientes de instancia privada es que no pueden ser investigados sin una denuncia concreta del interesado que le dé base de sustanciación¹⁸. La instancia de la víctima condiciona el ejercicio de la potestad represiva del Estado.

Se concede al ofendido el derecho de juzgar la conveniencia y oportunidad del proceso. Su silencio consagra la renuncia condicional que el estado hace en estos casos a su potestad represiva.

Esta excepción al principio de la oficiosidad de las acciones otorga supremacía a la voluntad individual sobre la colectiva de decidir la apertura del proceso.

Tal como se pudo observar, la instancia tiene que tener la característica de anotar sobre un presunto hecho punible y solicitar (expresa o implícitamente) a la autoridad pertinente su investigación. Si la denuncia no tiene esa finalidad no tendrá como efecto la remoción del obstáculo a la persecución.

La necesidad de la instancia significa desplazar la *oficialidad* de la persecución penal, que, por regla general, no depende de una manifestación de voluntad particular. Implica una transformación leve del sistema pues la persecución sigue siendo oficial.

Se le reconoce a la víctima la facultad de poner en marcha el proceso y de condicionar mediante su voluntad inicial la acción posterior del Estado. De esta

18. GRANARA, Alberto David; Derecho Procesal Penal, Santa Fe, Nova Tesis, p. 153



manera, si la víctima no autoriza la persecución penal, el Ministerio Público no puede hacerlo por sí mismo.

Este tipo de acción se reserva para delitos en los que, si bien por su gravedad existe un interés estatal en la persecución de oficio, igualmente hay una preeminencia de afectación de bienes individuales¹⁹. Tiene como fundamento el interés personal de la víctima de evitar la doble victimización que se produce con el proceso²⁰.

Desde otro punto de vista, Claus Roxin sostiene que: “A través de la exigencia de la instancia de persecución penal se toma en consideración el interés del ofendido. O bien el ofendido no tiene interés en la persecución debido a la insignificancia, entonces menos interés tendrá el Estado”²¹.

Según indica José Luis Clemente: “Se concede así al ofendido el derecho de juzgar sobre la conveniencia y oportunidad del proceso, o sea, el derecho de instar a la promoción de la acción, su silencio consagra la renuncia condicional que el Estado hace en estos casos a su potestad represiva. Esta excepción al principio de oficiosidad de las acciones, otorga supremacía a la voluntad individual sobre la colectiva de decidir la apertura del proceso”²².

Como puede verse, sin la instancia de parte el Ministerio Público no puede perseguir el hecho punible, pero una vez producida la misma, la promoción y ejercicio de la acción queda libre del obstáculo, salvo en los casos en que la víctima retire la instancia (art. 99 del CP).

Se tiene, entonces, que la instancia de la víctima funciona como una condición objetiva de perseguibilidad que condiciona no la existencia del delito, sino su persecución procesal, es decir, la apertura de un procedimiento penal²³.

Es un verdadero obstáculo a la perseguibilidad, el cual sólo es removido si la víctima del hecho punible formula una denuncia (o querrela) con la expresa mención de su interés en habilitar el proceso de naturaleza punitiva contra los intervinientes en el hecho punible.

19. BINDER, Alberto; Introducción al derecho procesal penal, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Ad. Hoc, 2000, p. 218.

20. En este sentido se expide Eugenio Zaffaroni (Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal. Parte General, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 686).

21. ROXIN, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, 2003, ps. 83/84.

22. CLEMENTE, José Luis; op. cit., ps. 53-54.

23. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes; Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, p. 449.



Ya se ha dicho que si la acción penal depende de instancia privada, solo podrá hacerlo quien tenga facultad para instar. El ofendido penalmente por el hecho punible, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios, podrán intervenir en el proceso como querellante particular.

La inexistencia de la instancia torna ilegales todos los actos procesales cumplidos, por omisión de una forma sustancial del procedimiento y, por consiguiente, acarrea su nulidad.

Ahora bien, cabe destacar que un delito de acción penal que depende de la instancia privada puede transformarse a un delito de acción pública de oficio cuando el hecho punible haya sido cometido contra un incapaz que no tenga representación, o cuando haya sido cometido por uno de los padres, el representante legal o el guardador (art. 16 del CPP).

En tales casos, el principio de oficiosidad prima sobre el requisito de la instancia por razones de interés público.

El segundo párrafo del art. 14 del CPP señala: "...El ejercicio de la acción penal pública dependerá de instancia de parte, sólo en aquellos casos previstos expresamente en el código penal o en las leyes especiales".

Asimismo, el art. 16 del citado cuerpo normativo prescribe. "Instancia de parte. Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, el Ministerio Público sólo lo ejercerá una vez que ella se produzca, sin perjuicio de realizar los actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten la protección del interés de la víctima...".

En concordancia con el mencionado precepto, el art. 97 del Cód. Penal dispone: "Instancia de la víctima. 1º Un hecho punible cuya persecución penal dependa de la víctima, será perseguible sólo cuando ella inste el procedimiento".

Con relación a la extensión, se puede decir que la instancia privada abre la posibilidad de promover la acción penal sólo con respecto a los hechos que da cuenta la instancia, y que se presume delictuoso. Si se hubieran cometido dos delitos de instancia privada sobre una misma persona, y ésta abre la instancia respecto de solo uno de ellos, el Ministerio Público puede promover la acción con relación a éste, y no por el que guardó silencio, ello en razón de que la plataforma fáctica es lo que determina y limita al agente fiscal. Como se advierte, la instancia es objetivamente divisible.

Está por demás decir que el efecto principal de la instancia, ya sea mediante denuncia o querrela, es remover el obstáculo a persecución.



7. Cuerpo normativo que regla el régimen de las acciones penales

En primer lugar, es dable recordar que de conformidad a lo dispuesto en el art. 266 de la Constitución Nacional el Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

Asimismo, el art. 268 de la Carta Magna indica que es un deber y una atribución del Ministerio Público ejercer la acción penal pública.

La acción penal privada está reconocida en el artículo 23 de la Constitución Nacional.

Importa señalar que la Constitución Nacional no discrimina cuáles son los delitos de acción penal pública y cuáles son de acción penal privada.

Si nos referimos al Código Penal, se tiene que este no reconoce la acción penal privada, puesto que sólo concibe la existencia de la acción penal pública. Si bien no hay un artículo que disponga expresamente que todos los hechos punibles son delitos de acción penal pública, del contexto general y a través de una interpretación sistemática se entiende que todos los hechos punibles son de acción penal pública, entonces, para el CP todos los hechos punibles son delitos de acción penal pública.

Ahora bien, el CP sí reconoce dos formas de iniciar la persecución del hecho punible: a) de oficio y b) a instancia de parte.

La regla es que la persecución penal sea de oficio. La excepción es que la persecución dependa de la instancia de la víctima.

Conforme a lo antedicho, es dable aclarar que el CP sólo se refiere expresamente a los casos en los cuales se da la excepción, es decir, sólo indica en qué hechos punibles se necesita de la instancia de la víctima para el inicio de la persecución penal.

Por ende, si en el precepto del CP que describe la conducta del hecho punible no se hace referencia al modo de persecución, se entiende que la normativa de fondo lo considera como un hecho punible de acción penal pública perseguible de oficio por el Ministerio Público.

Por otro lado, se debe indicar que recién con la entrada en vigencia del CPP se reconoció la existencia de la acción penal privada. Tal es así que el art. 14 del CPP establece. “La acción penal será pública o privada...”.



Con respecto a la acción penal privada, el art. 17 del citado cuerpo legal dispone: “Serán perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles: 1) maltrato físico; 2) lesión; 3) lesión culposa; 4) amenaza; 5) tratamiento médico sin consentimiento; 6) violación de domicilio; 7) lesión a la intimidad; 8) violación del secreto de comunicación, 9) calumnia; 10) difamación; 11) injuria; 12) denigración de la memoria de un muerto, 13) daño; 14) uso no autorizado de vehículo automotor; y 15) violación del derecho de autor o inventor”²⁴.

Por medio de una interpretación a *contrario sensu* del Art. 17 del CPP, se colige que “todos los demás hechos punibles son de acción penal pública”. Con esto se ratifica la regla reconocida por el Código Penal, esto es, el *monopolio acusatorio del Ministerio Público*.

8. El régimen del hecho punible de lesión culposa antes de la vigencia del CPP

Considerando que, tal como se ha dicho, el Código Penal no reconoce los delitos de acción privada, es lógico que la lesión culposa sea un delito de acción penal pública.

Pero ello es así no porque el inc. 2) del art. 113 lo establezca sino porque el propio sistema del Código Penal así lo dispone.

Incluso, si se hace un ejercicio mental y se suprime imaginariamente el inc. 2) del artículo 113 y nos preguntamos ¿Qué tipo de delito es la lesión culposa?, no dudaríamos en decir que es un delito de acción penal pública.

Esto significa que el inc. 2) del artículo 113 del Código Penal sólo regla la forma de persecución, esto es “a instancia de la víctima”, pero no se refiere a la naturaleza de la acción, esto es “pública” o “privada”.

9. ¿Qué implicó la entrada en vigencia del CPP con respecto al régimen de la acción penal pública?

La entrada en vigencia del CPP modificó el régimen de la acción penal, en el sentido de transformar algunos hechos punibles de acción penal pública a acción penal privada.

Entre los delitos que pasaron a ser de acción penal privada se tiene a la lesión culposa.

24. El inc. 15 fue derogado por ley 1444/99.



Entonces, a partir del artículo 17 del CPP se tienen dos clases de acciones penales: públicas y privadas.

Ahora bien, la pregunta clave para resolver el problema planteado desde el inicio del presente trabajo es la siguiente: ¿se puede sostener que el artículo 17 inc. 3) del Código Procesal Penal derogó el inc. 2 del artículo 113 del Código Penal?

Es sabido que la derogación de una ley puede ser expresa o tácita²⁵. Con relación al punto en cuestión es claro que no existe una derogación expresa. Entonces, la pregunta a responder es si existe derogación tácita.

Para llegar a una conclusión hay que recurrir al sistema de la incompatibilidad entre las normas (en este caso entre el art. 17 del CPP -inc. 3- y el inc. 2) del art. 113 del Cód. Penal)²⁶. Ahora bien, antes de analizar si las normas son incompatibles se debe verificar si las mismas tratan sobre la misma materia.

Al respecto, se puede decir que las citadas normas no regulan la misma materia, por lo que es innecesario analizar la incompatibilidad. Ello es así porque el art. 17 trata sobre la naturaleza de la acción (pública o privada) en ciertos hechos punibles, entre los cuales se encuentra la Lesión culposa; sin embargo, el inc. 2) del art. 113 del Código Penal (Lesión Culposa) no se refiere a la naturaleza de la acción penal, sino a la forma de iniciación de la persecución; esto es, de oficio o a instancia de víctima. Por lo tanto, al no tratar la misma materia no puede darse una derogación tácita.

Tal como se sostuvo anteriormente, lo que sí ocurrió es que el hecho punible de lesión culposa pasó a ser un delito de acción penal privada, pero ello no significa que fuera derogado el inc. 2 del artículo 113 que señala: “La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima”, en vista de que, efectivamente, el ejercicio de la acción privada depende de la instancia de parte, lo cual se da con la propia presentación de la querrela autónoma (acusación privada)²⁷.

Aclarar esta circunstancia es de suma importancia dado que los magistrados que sostienen que la modificación del Código Penal -y más específicamente

25. La derogación expresa se da cuando el legislador manifiesta su voluntad derogatoria, la tácita cuando el legislador no hace dicha mención pero dicta una norma incompatible con otra que se encuentra dentro del sistema legal.

26. Urge recordar que el art. 7 del Cód. Civil prescribe: “Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. Las disposiciones especiales no derogán a las generales, ni éstas a aquéllas, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto, explícita o implícitamente...”.

27. O bien, puede ocurrir que la víctima de un hecho punible de acción penal privada inste la persecución por medio de la formulación de una denuncia ante el Ministerio Público o ante la Policía Nacional, pero obviamente ello no bastará puesto que deberá formular la correspondiente querrela autónoma.



la modificación del inc. 2° del art. 113- derogó el inc. 3) del art. 17 del Código Procesal Penal han caído en el error de considerar que con la entrada en vigencia del CPP se derogó el inc. 2° del art. 113 del Cód. Penal, el cual, antes de la actual modificación, establecía: “La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima”.

Realizando el mismo razonamiento, pero a la inversa, los magistrados consideran que la modificación establecida en la Ley 3440/2008 con respecto al inc. 2) del art. 113 del Código Penal significa la derogación tácita del art. 17 inc. 3) del CPP, siendo que su “reincorporación” significaría una “nueva transformación” de la naturaleza de la acción de la lesión culposa, volviendo a ser un hecho punible de “acción penal pública a instancia de parte”.

Empero, justamente, quienes acogen tal postura no se percataron que:

- a) El inciso 2° del artículo 113 del CP nunca fue derogado; y,
- b) La forma de iniciar una persecución penal (de oficio o a instancia de parte) no es lo mismo que naturaleza de la acción (desde el punto de vista de la distribución de facultades o de poderes entre el Estado y la víctima; esto es acción pública o privada).

Por el razonamiento expuesto se puede decir afirmativamente que el artículo 17 del CPP no derogó el inc. 2) del artículo 113 del Cód. Penal.

10. La nueva redacción del artículo 113 del Código Penal

Continuando con la lógica expuesta, se puede sostener sin dudas que la nueva redacción del artículo 113 del Código Penal no derogó el artículo 17 del CPP, por ende, la Lesión Culposa sigue siendo un delito de acción penal privada.

Ahora bien, necesariamente se debe responder a la siguiente pregunta: ¿Cuál es la implicancia de la modificación del inc. 2) del art. 113 del CP?

Con la modificación del artículo 113 del CP, este quedó redactado de la siguiente manera: “**Lesión culposa.** 1° El que por acción culposa causa a otro un daño en su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa. 2°. La persecución penal del hecho dependerá de instancia de la víctima, salvo que la protección de ésta o de terceros requiera una persecución de oficio”²⁸.

28. La frase subrayada ha sido inserta por la ley 3440/08.



Considerando que, tal como se ha explicado, el hecho punible de Lesión Culposa – tras la modificación del CP – continúa siendo un delito de acción penal privada, en realidad, hoy en día, la parte del inc. 2) del precepto en cuestión, que dice: “salvo que la protección de ésta o de terceros requiera una persecución de oficio”, es inaplicable, puesto que la persecución de oficio únicamente se puede dar en el marco de los hechos punibles de acción penal pública; es decir, la acción privada y la persecución de oficio es incompatible.

Entonces, ¿cuál fue la intención del legislador al modificar la redacción del mencionado inciso?

Evidentemente, la respuesta exacta únicamente la pueden dar los proyectistas o, en su caso, los legisladores.

No obstante, se pueden tentar dos hipótesis:

- 1) Lo más probable es que hayan modificado el artículo en cuestión teniendo en vista una próxima modificación del artículo 17 del Código Procesal Penal, con lo cual el hecho punible de lesión culposa pasaría a ser un delito de acción penal pública y, por ende, la última parte del inc. 2 del artículo 113 del Cód. Penal sí sería aplicable;
- 2) La segunda opción es que los legisladores en forma implícita hayan considerado que la lesión culposa, en casos excepcionales (esto es, cuando la protección de la víctima o de terceros requiera una persecución de oficio), pase a convertirse en un hecho punible de acción penal pública. Ello es así puesto que el Ministerio Público no tiene la facultad de actuar en el marco del proceso especial de acción penal privada²⁹.

Ahora bien, cabe indicar que de la lectura de la exposición de motivos de la Ley 3440/08 esta segunda posibilidad se desvanece, ya que de ella se desprende que la intención del legislador no fue la de modificar el régimen de la acción. Tal es así que en el anteproyecto se sostuvo: “...De ahí la mención de derivar los cuestionamientos procesales... a las subcomisiones respectivas... Por mencionar dos ejemplos: La crítica al uso o abuso de las medidas cautelares (prisión preventiva o medidas sustitutivas o alternativas)... o que ciertos hechos punibles deben ser de acción penal pública y no privada, debe analizarse en el contexto del Código Procesal Penal...”.

29. El art. 17 del CPP señala en forma expresa: “Serán perseguibles exclusivamente por acción privada: ...3) lesión culposa.... En estos casos se procederá únicamente por querrela de la víctima o de su representante legal, conforme al procedimiento especial regulado en este código”. Esto significa que en los delitos de acción penal privada el único facultado para ejercer la acción es la víctima (o su representante legal).



11. Conclusiones

Concatenando todo lo antedicho se puede concluir lo siguiente:

- La acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión;
- La instancia es la declaración de voluntad por la que se anuncia un hecho punible y se solicita (expresa o implícitamente) su investigación a la autoridad pertinente;
- El CPP prevé dos tipos de acciones: la acción penal y la acción civil para la reparación del daño;
- Según la distribución de facultades o poderes entre el Estado y la víctima, las acciones penales se pueden clasificar en públicas y privadas;
- Los delitos de acción penal pública son aquellos en los cuales el Ministerio Público tiene la facultad de ejercerlos;
- En los delitos de acción penal privada el Ministerio Público carece de facultades para ejercer la acción penal, siendo el particular el único titular de ese ejercicio;
- El Código Penal reconoce únicamente la acción penal pública, la cual se subclasifica (por el modo de persecución) en: propiamente dicha y a instancia de parte;
- Antes de la vigencia del CPP el hecho punible de Lesión Culposa era un delito de acción penal pública a instancia de parte;
- Con la entrada en vigencia del CPP se modificó el régimen de la acción penal, con lo que se reconoció la existencia de los delitos de acción penal privada;
- El CPP transformó el régimen de la acción del hecho punible de Lesión Culposa, pasando a ser un delito de acción penal privada;
- La forma de iniciar una persecución penal (de oficio o a instancia de parte) no es lo mismo que naturaleza de la acción (desde el punto de vista de la distribución de facultades o de poderes entre el Estado y la víctima; esto es acción pública o privada);



- El art. 17 del CPP nunca derogó el inciso 2° del art. 113 del CP, puesto que el art. 17 del CPP trata sobre la naturaleza de la acción (pública o privada) en ciertos hechos punibles, entre los cuales se encuentra la Lesión Culposa; sin embargo, el inc. 2) del art. 113 del Código Penal (lesión culposa) se refiere a la forma de iniciación de la persecución; esto es, de oficio o a instancia de víctima; y,
- La nueva redacción del artículo 113 del CP no modificó el régimen de la acción del hecho punible de lesión culposa, por ende, sigue siendo un delito de acción penal privada.

Con las conclusiones se ha comprobado la hipótesis de partida del presente trabajo. Ahora bien, aún queda una respuesta que resolver: ¿Cuál es la salida procesal cuando el Ministerio Público se halla en presencia de un delito de Lesión Culposa?

La respuesta es la siguiente: de conformidad a lo dispuesto en el art. 305 del CPP, la única salida procesal es la desestimación. Ello es así puesto que el hecho de que el Ministerio Público no posea acción en los hechos punibles de Lesión Culposa, significa un obstáculo legal para el desarrollo del procedimiento.



Bibliografía

- ABALOS, Raúl Washington; Derecho Procesal Penal. Cuestiones fundamentales, t. I, 1º ed., Santiago de Chile, Editoriales Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993.
- BINDER, Alberto; Introducción al derecho procesal penal, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Ad. Hoc, 2000.
- CLEMENTE, José Luis; Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, t. I, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1998.
- COUTURE, Eduardo; Fundamentos del derecho procesal civil, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997.
- EISNER, Isidoro; Caducidad de instancia, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- GRANARA, Alberto David; Derecho Procesal Penal, Santa fe, Nova Tesis.
- MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes; Derecho Penal. Parte General, 3º ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- PALACIO, Lino Enrique; Manual de Derecho Procesal Civil, 16ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- ROXIN, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal. Parte General, 1ra. ed., Ediar, Buenos Aires, 2005.



LA PUNICIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABS-TRACTO

por Patricia Sánchez*

“Ius enim semper quaerendum est aequabile, neque enim aliter ius appellandum esset”

(En el Derecho se ha de buscar siempre la equidad, pues de otro modo, no sería Derecho).

Cicerón

1. Aproximación histórica

Quizá los doctrinarios alemanes de la década del sesenta no habrían podido imaginar la magnitud de lo que escribían en relación a los delitos de peligro. Sin embargo, esto se ha extendido como una mancha de aceite, convirtiéndose en el “hijo predilecto” de los legisladores en el mundo occidental.

Basta echar una ojeada a la legislación sancionada estos años y a la última reforma penal de nuestro país, para constatar el importantísimo incremento de la presencia de delitos de peligro en ámbitos como el tráfico automovilístico, la salud pública, el medio ambiente, las condiciones de seguridad en el trabajo, el derecho penal económico, delitos que responden a la creciente necesidad de adelantar las barreras de protección del derecho penal a estadios previos a la producción del resultado, para hacerla efectiva.

Claro que ni la existencia ni el concepto de los delitos de peligro son una creación legislativa, basada en la dogmática contemporánea. Hechos punibles como incendios, inundaciones o abandono de niños se incorporaron a los primeros códigos penales y ya Stübel los configuró como una categoría separada de los delitos de lesión, aunque recién será a partir de la obra de Binding cuando adquieran entidad propia.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, se trataban de tipos mixtos de peligro y lesión, y su presencia era insignificante tanto en los cuerpos legales como para la dogmática causalista vigente en nuestra anterior legislación penal, aferrada a los dogmas del resultado, como fundamento ineludible de la antijuricidad. No obstante, al inicio de los planteamientos de la concepción psicológica de la culpabilidad, es donde se pone en relieve que la esencia de la antijuricidad

* Egresada de la UNA (2002), Cuadro de Honor, Posgrado en Didáctica Universitaria. Maestrando de la Maestría en Ciencias Penales de la UNA, participó de varios cursos y seminarios de Ciencias Penales y Criminología en el país y en el extranjero. Funcionaria del Ministerio público con cargo de Relatora Fiscal en el Gabinete Judicial Penal.



de las acciones imprudentes no radican en el resultado, sino en la propia actuación peligrosa y en la voluntad de poner en peligro, presente implícitamente en su realización, considerándose a los delitos imprudentes como delitos de peligro dolosos.

En la segunda mitad de este siglo, especialmente a partir de los años sesenta, ante la creciente peligrosidad de la vida en esta ‘sociedad del riesgo’, comienza a demandarse al derecho penal un adelantamiento de la protección al bien jurídico, al no esperar la producción de un resultado efectivo, sino el castigo a las acciones peligrosas por sí mismas, desvinculándose de esta manera de un resultado lesivo, y presenta un desarrollo inimaginado de la mano de los dogmáticos post-finalistas.

2. Introducción

De cierta manera, la punición de la tentativa ya constituía un adelantamiento de la protección penal, pero con la limitación subjetiva derivada de la exigencia del dolo que anhela el resultado, y esta protección llegó a sentirse insuficiente en los nuevos ámbitos de riesgo, originados por los avances industriales, científicos y tecnológicos, ámbitos en los que la necesidad de progreso y normal interacción social impone ciertos márgenes de riesgo permitido, pero también la estricta observancia de sus límites (tráfico automotor, salud pública, medio ambiente, manipulación o transporte de sustancias peligrosas, seguridad en el trabajo, etc.) que constituirían “riesgos jurídicamente desaprobados”.

Pese a su enorme importancia práctica y creciente implantación en el derecho positivo, en respuesta a esas demandas sociales de seguridad ante los nuevos ámbitos de riesgo creados por los avances y complejidad desarrollados en la sociedad contemporánea, los delitos de peligro siguen siendo en buena medida, como lo dijo Schüneman, “hijastros de la dogmática penal”, aunque ahora diga que se han convertido en “hijos predilectos” de la ciencia penal”.

Tomando como punto de partida estas referencias doctrinarias, se plantea la siguiente interrogante: ¿podría un sistema penal, de carácter liberal y protector de bienes jurídicos, castigar conductas que no producen lesiones efectivas a tales bienes?

3. Conceptualización

Primeramente, se debe fijar los conceptos que servirán de referencia para desarrollar las ideas a exponerse en el presente trabajo.



Al querer analizar este tipo de delitos, se debe señalar primeramente que el delito de peligro es el que crea una mera posibilidad o probabilidad de una lesión a un bien jurídico. Este a su vez, puede presentarse de dos formas: delitos de peligro concreto y de peligro **abstracto**.

El **delito de peligro abstracto** suele definirse por los autores, como una forma de regulación penal en la que no se incluye entre los elementos constitutivos del tipo un resultado real de lesión del bien jurídico que protege. Este concepto puede resultar en puridad inexacto, pero es útil a los efectos del presente trabajo.

Este modo de legislar presenta varias objeciones de un amplio sector doctrinario, basadas en que el tipo penal está formulado de manera tal que prohíben acciones que no quebrantan ningún objeto protegido por la norma, o al menos, no lo hace de modo relevante, contraponiéndose de esta manera al principio de lesividad.

Uno de los problemas que presentan los delitos de peligro, es con el resultado, ya que para su configuración, la conducta humana no necesariamente debe producir una variación en la realidad circundante, sino que basta con realizar un comportamiento definido como “peligroso” por la legislación

José María Rodríguez Devesa sostiene que el delito de peligro comporta la creación de una situación tal, que es probable que ese resultado lesivo se produzca, por lo que entonces el juez no entra a valorar si esa “peligrosidad” podría o no ocasionar un daño¹.

Ahora bien, nuestro Código Penal, en sus tres primeros artículos, consagra como principios rectores de punición, los de legalidad, reprochabilidad y proporcionalidad, y el de prevención.

Art. 1 Principio de Legalidad. Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

Art. 2 Principios de reprochabilidad y de proporcionalidad. 1º No habrá pena sin reprochabilidad. 2º La gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal. 3º No se ordenará una medida sin que el autor haya realizado, al menos, un hecho antijurídico. Las medidas de seguridad deberán guardar proporción con: 1. la

1. José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, Delitos de Lesión y delitos de peligro, en Derecho penal español, Dykinson, Madrid 1994, p. 427 ss.



gravedad del hecho o de los hechos que el autor haya realizado, 2. la gravedad del hecho o de los hechos que el autor, según las circunstancias, previsiblemente realizará; y, 3. el grado de posibilidad con que este hecho o estos hechos se realizarán.

Art. 3 Principio de Prevención. Las sanciones penales tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad”.

Este último principio observado, corresponde a la redacción ya modificada por Ley 3440/08 “Modificación del Código Penal”, y es la que habilita la introducción de tipos penales de peligro, al establecer como finalidad de las sanciones penales, la “protección social”.

Originalmente, el principio de prevención plasmado en el artículo 3) de nuestro Código Penal fue concebido de la siguiente manera: *“Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir”*. La modificación introducida corresponde textualmente a lo que reza el artículo 20 de la Constitución Nacional, que establece el fundamento de la punición en la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad.

Sin embargo, el Dr. Wolfgang Schöne, al hacer referencia al principio de prevención, dice:

“La formulación del principio en artículo 3 CP modifica ligeramente el texto constitucional: ‘Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir’. Sin embargo, las diferencias no señalan un cambio de contenido, sino solo mejoran la eficacia de la reglamentación...” (...) “En segundo lugar, no se habla más de la protección de la sociedad, sino de los bienes jurídicos. Esto tampoco diluye la voluntad de la Constitución, pues si se protegen todos los bienes jurídicos, también queda salva y sana la sociedad. El motivo de la modificación es uno doble: primero, evitar una ideologización del concepto ‘sociedad’ con efectos prácticos indeseables, y segundo, concretar el objeto de la protección mediante un vínculo directo con los valores que la Constitución misma define con gran lujo de detalles. Esta vinculación corresponde directamente con la sistemática de la Parte Especial del Código que parte de los distintos bienes jurídicos y facilita la interpretación de los textos legales...”².

4. Los bienes jurídicos

Conforme a nuestra Carta Magna y los principios rectores del derecho penal actual, en Paraguay rige un sistema jurídico que tutela legalmente los bienes, en par-

2. Prof. Wolfgang Schöne, La Ley 1160/97 - Código Penal de la República del Paraguay. Universidad del Norte – Asunción – Paraguay. www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_08.pdf . Las negritas del extracto corresponden al autor del presente trabajo.



ricular los de carácter constitucional y más aún los que interesan a las personas. La cuestión es que actualmente, sobre el sistema penal pesa una carga de ilegitimidad político-constitucional del ordenamiento penal positivo. Nuestro sistema penal, como tantos otros, desde hace muchos años ha sufrido una creciente crisis inflacionista.

Esta crisis se ha manifestado en una expansión de cantidad de bienes jurídicos penalmente tutelados. Por un lado, a través del incremento (expresión de una concepción autoritaria del Estado) de delitos sin daño, tales como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la familia, la moral pública, la memoria de un difunto, etc.; por el otro, a través del aumento incontrolado de los delitos de naturaleza contravencional, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, con frecuencia consistentes en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia (delitos ambientales, contravenciones en el tránsito, etc.)

Asimismo, ha habido una extensión en el campo de la tipificación de los bienes tutelados, a través del uso de términos vagos, imprecisos o peor aún valorativos, que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial: piénsese, para dar solo un ejemplo, en la redacción de las conductas descriptas en la Ley 4024/10 que castiga los hechos punibles de terrorismo, asociación terrorista y financiamiento del terrorismo.

Además, se tiene cada vez más difundida la anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de los delitos de peligro abstracto o presunto; distinguido por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los “actos preparatorios” o “dirigidos a” o “idóneos para poner en peligro” o similares, sin contar con la persistencia aún en nuestro ordenamiento de residuos de legislación pre-moderna, como las previsiones de delitos consistentes en hechos dirigidos contra uno mismo, desde la ebriedad al uso de estupefacientes.

El resultado de semejante inflación, afectada por las distintas leyes de penalización promulgadas en estos años, así como la última reforma que no significó otra cosa que aumento de los marcos penales, es puramente la banalización del concepto de “bien penal” como premisa de orientación de las opciones penales. Una innumerable cantidad de bienes jurídicos, equivale, en efecto, a la falta total de valor asociado a la idea del bien como límite axiológico del Derecho Penal y señala la sobrecarga de causas que pesan una vez más sobre nuestra justicia penal.



El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados constituye por otra parte, una importancia no sólo científica sino también política, formando el presupuesto de toda valoración crítica del Derecho vigente y de toda consiguiente perspectiva de reforma.

Si como escribió Ihering, “la tarifa de la pena mide el valor de los bienes sociales” y que “poniendo en un lado los bienes sociales y en el otro las penas se obtiene la escala de valores de una sociedad”, resulta difícil negar el carácter abundante, antiliberal, irracional y tendencialmente clasista de la escala de los bienes tutelados por nuestro derecho penal y el escaso valor que éste asocia a la libertad personal, privada por virtud de penas detentivas³, aun por infracciones levisimas, y es fácil reconocer el contraste entre esta escala de valores y la sugerida por nuestra Constitución, que, en cambio, confiere el primer rango a la libertad personal y la dignidad de la persona.

5. Teorías

El bien jurídico, al decir del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, es un concepto totalmente necesario del cual no se puede prescindir, cuando se habla de la legitimación de las prohibiciones.

La esencia de los bienes jurídicos radica en la disponibilidad de los sujetos con respecto a los objetos (patrimonio, libertad, etc.) y no en los objetos mismos, ya que somos nosotros los que hacemos uso de nuestra salud, de nuestra libertad, de nuestro patrimonio, de nuestro honor, etc., y justamente lo que nos ofende es la interferencia de un tercero en esa posibilidad de disposición en donde nadie debe interponerse.

Según una opinión casi unánime, el derecho penal sirve para la ‘protección’ de bienes jurídicos. Bajo este término, se debe entender a las características de personas, cosas o instituciones, que son objeto de valoración jurídica, ya que si bien los bienes jurídicos están tutelados por todas las ramas del derecho, lo que ley penal hace es seleccionar algunas conductas que la lesionan, que las configura en el ‘tipo’.

Estos bienes se vuelven penalmente relevantes cuando su protección pasa al ámbito del derecho penal.

3. “Las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas”. Ferrioli, Luigi, Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales.



Volviendo a nuestro sistema penal, son bienes jurídicos la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, etc., y todas aquellas que representan nuestra identidad jurídica como sociedad estructurada de una manera concreta (CN: estado social de derecho-liberal- democrática).

Ahora bien, ¿cómo puede legitimarse la norma sancionadora de una conducta no lesiva para un bien jurídico?

La legitimación de los delitos de peligro, la encontramos en varios autores alemanes que se adscriben a la corriente teórica del funcionalismo y que sirvieron de fundamento para que el dogmático Günther Jakobs, acuñara la terminología “Derecho Penal del Enemigo”, allá por el año 1985, en un congreso celebrado en Frankfurt en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la ‘Criminalización en el estadio previo a una lesión’, y perfeccionado en su ensayo ‘Derecho penal del ciudadano y derecho penal del Enemigo’, del año 2003. Esta doctrina amerita un capítulo aparte para su mejor comprensión.

Sin salirnos del tema, para Jakobs, la sanción penal se justifica en función a la “inocuidad” del peligro, puesto que el sujeto activo de la conducta es concebido como ‘fuente de peligro’, observado desde la protección de los bienes jurídicos.

En este sistema, la finalidad de la norma no constituye precisamente la protección de bienes jurídicos, como se propugnaba en nuestros principios rectores, sino la mera vigencia del sistema. No se trata aquí del castigo de un hecho penalmente relevante, sino de la eliminación preventiva de la fuente de peligro que constituye la persona así definida como peligrosa. Para ejemplificar la cuestión, el asesinato de una persona le interesaría al derecho penal por constituir un hecho de inseguridad social y de peligro, y no como la desaparición de una vida que es necesario preservar⁴. Y esto, definitivamente, no sería legítimo.

6. La “Sociedad del Riesgo”

En el año 1986, Ulrich Beck publicó un libro titulado “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, en donde desarrolló la tesis de la realidad de la sociedad actual que se pone a sí misma en peligro mediante el mercado de la comunicación.

El autor sugiere una ruptura en el proceso histórico de la modernización a partir del accidente en la central atómica de Chernobyl, en Ucrania. Luego

4. Karolina Viquez, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? Polit. Crim. N° 3, 2007, A2, p. 4 [http://www.politicacriminal.cl].



de ese evento, la percepción acerca de los riesgos sufrió una notable transformación. Gran parte de la experiencia de Beck en trabajo de campo se encuentra vinculada al estudio de la familia (Beck, 1985). El autor comprende que las vinculaciones (lazos) familiares están cambiando como producto de la posmodernidad. La desvinculación personal se encuentra asociada a un proceso de individuación –que es irreversible– cuyas consecuencias se ven en la educación y en el trabajo (Beck, 1983).

El accidente nuclear de Chernobyl no sólo conmocionó al mundo, sino que permitió a Beck interrelacionar sus trabajos anteriores con respecto a la disgregación social (una tradición iniciada tiempo atrás por la sociología clásica) con aspectos referidos a la seguridad.

En breve resumen, la tesis de la ‘sociedad de riesgo’ señala que la sociedad del primer tercio del siglo XXI, es una sociedad sumida en incertidumbre, lleva implícita una etiqueta de “amenazada”. En este primer tercio de siglo, lo que prima es sobre todo, la carga negativa de ausencia de referencia y al mismo tiempo, una nueva percepción del riesgo se presenta como colectiva y catastrófica, ajena a las posibilidades del sujeto.

Ahora bien, ante la radicalización de esos riesgos y la generalización de las amenazas, se produce inevitablemente un estado de alarma o de angustia social.

En la sociedad de riesgo globalizada, los riesgos lejanos y ajenos se sienten, se perciben y se viven como propios, por lo que los ciudadanos presionan por medidas legislativas como respuesta a evitar los riesgos que son observados en otras latitudes.

Básicamente, la preocupación de Beck está ligada a la ética del medio ambiente y a la degradación constante de los desechos tóxicos producto del capitalismo industrial. Según su posición inicial, esta nueva forma de concebir la modernidad obliga a las sociedades a unirse en vistas de un “riesgo” que la mayoría de las veces excede las posibilidades individuales y se presenta como externo.

Sumado a todo esto, debe mencionarse la ausencia de capacidad normativa y de anomia social. Nuestra política e instrumentos normativos que resguardan nuestros derechos, se tornan insuficientes ante la irrupción de las amenazas de otras regiones, fenómeno que define a nuestra sociedad como vulnerable en los cimientos de nuestra noción básica de seguridad. Todos estamos amenazados simplemente por el hecho de existir y nuestra capacidad de prever y responder a esa amenaza es prácticamente nula.



La sociedad de riesgo entonces, adquiere una forma política: el Estado de la seguridad. En este Estado, la producción normativa y los mecanismos de decisión también tienden a reestructurarse a fin de brindar una respuesta conforme a la demanda de la sociedad, y el principal instrumento utilizado por el legislador no es otro que el Derecho Penal.

7. Aproximación al derecho penal del enemigo

El contenido central de la doctrina de Günther Jakobs, que no es otra cosa que la juridización del funcionalismo sistémico social ideado por los sociólogos Talcott Parsons y Robert Merton, se resume brevemente a continuación.

La regulación del sistema penal de un Estado frente a determinados individuos debería presentar en nuestras sociedades, a juicio de Jakobs, una doble dimensión: un derecho penal ordinario, o “derecho penal del ciudadano”, el cual se aplica a los ciudadanos que viven acorde a las normas del Estado de derecho, y una regulación “técnica” del ejercicio sistemático de la violencia estatal dirigida a la neutralización del peligro que representan para la sociedad ciertos individuos, que son etiquetados como ‘enemigos’, que se caracterizan por haber abandonado el derecho en forma permanente, y ya no ofrecen garantías sobre su conducta personal. Es decir, por un criterio ‘eficientista’, se adoptan medios para inocuizar a sujetos que son fuentes de peligro.

Por consiguiente, la represión penal estatal defendida por la doctrina del “derecho penal del enemigo”, surge por antonomasia del “derecho penal del ciudadano”, ya que no es, según Jakobs, una verdadera regulación jurídica, sino una mera reglamentación “técnica” cuyo objetivo es combatir con eficacia y eliminar ciertos tipos de riesgos existentes en nuestras sociedades, es decir, eliminar los riesgos creados por determinados individuos peligrosos. Según Jakobs, “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo” deben mantenerse como dos ámbitos separados, sin contaminaciones mutuas.

Entonces, para el poder penal del Estado no todos los ciudadanos son personas, sino que se dividen entre “las personas y los enemigos”.

“El derecho penal del enemigo pena la conducta de un sujeto peligroso en etapas previas a la lesión, con el fin de proteger a la sociedad en su conjunto, y esto quiebra la relación lógica tradicional entre pena y culpabilidad”, dice. Sin embargo, aclara que con este análisis, no hace otra cosa que describir la realidad, ya que el supuesto derecho penal ideal, para el cual todos somos iguales, contradice las medidas que los Estados adoptan con los sujetos altamente peligrosos.



8. La legitimación de la pena en los delitos de peligro

Como se estuvo diciendo, la doctrina moderna tiende a distinguir *la lesión del objeto material de la protección de la lesión del bien jurídico protegido*. Esta última es requerida por todos los delitos, aún los de simple actividad, con lo cual, en tal sentido, todos serían delitos de resultado.

Pero no todos requieren la lesión del objeto material del delito, en la cual está implicada *la lesión del bien jurídico*; estos son los *delitos de lesión o de resultado* propiamente dicho, y serían los únicos en los que se plantean los problemas de causalidad, ya que el tipo se agota en la realización de una acción que, si bien debe ser lesiva de un bien jurídico, no necesita producir resultado material o peligro alguno.

La crisis que genera la aceptación de los delitos de peligro abstracto, empieza en el punto en que el peligro siempre tiene que ser valorado *ex ante*, pues, una vez realizada la conducta, desaparece la incertidumbre que la misma noción de peligro genera y, por tanto, el juez ya no lo puede juzgar *ex post*, mejor dicho, cuando lo hace ya no juzga un peligro, sino que se pasa a presumir *juris tantum* el peligro constituido por la conducta hasta que no se pruebe lo contrario (esto produce una inversión de la carga de la prueba, según el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni).

Esta situación respondería a que parte de la doctrina excluye la tipicidad del delito de peligro abstracto cuando se acredita la imposibilidad del surgimiento del peligro. En principio, en los delitos de peligro abstracto, basta probar la realización de la conducta descrita en el tipo, por lo cual se desconocería el principio *nullum crimen sine iniuria* (principio de lesividad).

En el contexto del funcionalismo, en su versión normativista radical, la función de la pena es el mantenimiento de la vigencia de la norma como modelo de conducta a seguir, para lograr una convivencia pacífica. La pena no consiste en la retribución mal por mal.

Entonces, la finalidad del derecho penal es garantizar el mantenimiento de las normas de una sociedad, que se tienen por esenciales y se establecen en tipos penales, que es contraria al principio de protección de bienes jurídicos establecido en nuestro Código Penal. Y el fundamento de la pena es la desobediencia a dicha norma en los delitos de peligro.

“El concepto de vigencia de la norma desempeña su potencial explicativo en varios ámbitos diversos, entre los que pueden destacarse: el objeto de protección jurídico penal (la



propia estabilidad de la norma versus bien jurídico), al respecto subjetivo (persona versus individuo) y el método científico del sistema del derecho penal (análisis funcional versus análisis sistémico). De cada uno de los aspectos se derivan consecuencias dogmáticas de subido valor”⁵.

9. Enfoque criminológico

Cuando se efectúan líneas político-criminales desconectadas de la cuestión de fondo, cual es el contexto social, parecería que el interés en castigar tal o cual conducta sería el de mantener el *statu quo* más que mejorarlo, lo que denotaría la falta de objetivos claros y de medios apropiados a tal fin.

Si el Estado, desvirtuando sus fines, emplea la violencia primaria, como lo es en la violación de derechos fundamentales, injusticia social, carencias en los servicios de salud, y otros, así como cuando en el terreno penal se crean delitos sobre los bienes jurídicos difusos, sin existencia de víctima bien definida, donde se tiende a criminalizar conductas socialmente toleradas, se inundan los códigos de figuras de peligro abstracto, de tipos penales parcialmente en blanco y abiertos, etc., queda deslegitimado el Estado para emplear la punición y, más aún, para regir la justicia.

Se puede afirmar que en estos momentos, la política criminal está ofreciendo soluciones meramente formales a problemas reales, que se plasman en leyes y reformas de leyes y que carecen de verdadero contenido, sin dar respuestas válidas a los problemas sociales que dan lugar a no pocas conductas violatorias de la norma.

Al sistema penal se le dan cada vez más conflictos para resolver, transformándolo paulatinamente en el receptáculo de las emergencias y construyendo así una estructura punitiva *ad hoc*, totalmente contraria al minimalismo, ya que aún cuando la urgencia desaparezca, la norma quedará en vigencia hasta convertir al garantismo penal en la excepción y al derecho penal de máxima intervención en la regla, ya que si existe un marcado reclamo doctrinario (mayoritariamente regional) por la instauración definitiva de un derecho penal de mínima intervención, es porque le preexiste otro de máxima intervención en la regla.

En la década de 1960 y de la mano del desarrollo teórico en la sociología general, la criminología sociológica no podía seguir preguntándose por las *causas del delito* sin reparar en el poder punitivo. Esto fue lo que generó un *cambio de paradigma* en la discusión criminológica, por incorporar al poder punitivo estatal, y

5. Véase Polaino – Orts “Vigencia de la norma” pág. 63.



es lo que se conoce como la *criminología de la reacción social*, o *criminología crítica*, y que sirvió de base para nuevos estudios y planteamientos sobre el fenómeno de la criminalidad.

En este contexto teórico, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni bautiza una nueva criminología llamándola “criminología mediática”, y dice: “La prisionización de unos ladrones tontos y unos psicópatas aislados es lo que legitima nuestro sometimiento a incontables y crecientes medidas de control que incluso pedimos y aceptamos complacidos, movidos por el miedo manipulado como ‘governance’”. Las crónicas rojas y amarillas manipulan la realidad de lo real, como si toda la sociedad estuviera amenazada solo por la delincuencia o ataques terroristas.

*“Este tipo de criminología, paranoiza el miedo, lo patologiza, lo convierte en pánico moral... En el siglo XX, el saldo de las guerras fue de 40 millones de muertos. El de los genocidios, los ‘daños colaterales’, el hambre, la miseria, las enfermedades curables no atendidas, la discriminación racial, la xenofobia, las migraciones forzadas y otras maneras de la masacre masiva o ‘por goteo’, ascendió a 100 millones. Son los muertos del día...”*⁶.

La prudencia en el ejercicio del poder punitivo es la única solución a esta realidad.

En la actualidad, con el avance de los medios masivos de comunicación, la criminología ya no puede agotarse en las cátedras, sino que además debe ser construida por aquellos, ya que sostienen un discurso mundial con versiones regionalizadas, todas ellas condicionantes de reacciones políticas traducidas en leyes y acciones.

Si bien siguen reciclándose las explicaciones y legitimación del castigo estatal, queda claro que la criminología antecede largamente al derecho penal. El derecho penal moderno supone acotar la pena al estricto grado de la reprochabilidad del agente, siendo legítima aquella sanción que fuere útil y justa, ergo, si no se dan estos presupuestos, la pena sería ilegítima.

Los modelos empleados como tratamiento del delincuente se han circunscrito a aquellas personas que integran la criminalidad conocida y, generalmente, recluidas en instituciones penitenciarias, de donde un gran porcentaje de internos, una vez en libertad, vuelven a ser encarcelados en corto tiempo, lo que ha originado un cuestionamiento sobre la verdadera eficacia y validez de la privación de libertad.

6. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos*, Ed. Ediar, 2011.



Esto constituye un desafío a la penología, al derecho penal y a la criminología, no obstante, el reduccionismo penal, mediante la descriminalización de conductas (hasta insólitas podría decirse), el abatimiento de penas, la revisión del reproche desde la culpabilidad y el merecimiento de pena, son opciones reales e ideales para obtener la racionalización del castigo carcelario.

Por otro lado, la verdadera criminalidad (o criminalidad oculta) es tan tremendamente superior a la conocida, que ningún tratamiento de socialización y educación dentro de la pena, con o sin reclusión, podrá ser percibido por la sociedad como exitoso, en la medida que ese porcentaje no disminuya. La cifra de criminalidad que efectivamente ingresa al sistema penal no supera el 10% de la realidad. Si todos los delitos fueran denunciados, el Ministerio Público y los juzgados, las comisarías y las cárceles colapsarían, hasta desbordar todo el sistema de justicia penal.

10. Conclusión

El debate doctrinario en cuanto a la legitimidad de la punición de conductas que no producen una lesión efectiva a bienes jurídicos protegidos, es un tópico instalado en la dogmática penal actual, como consecuencia de la voráGINE de acontecimientos actuales, como ser los fenómenos naturales, los ataques terroristas, las crisis económicas de otros continentes, el tráfico de drogas y de armas, entre otros.

En nuestra opinión, se podría justificar la punibilidad del estado previo a la lesión de un bien jurídico (peligrosidad) en los delitos ambientales, por las características de irreversibilidad que posee el daño efectivo a la naturaleza, sin embargo, fieles al minimalismo penal, se deberían fortalecer los resortes administrativos de control de las actividades potencialmente dañinas al medio ambiente, y así evitar caer en el fantoche penal que lo resuelve todo.

Por otro lado, y en general, es necesario y urge la definición de una política criminal sensata, coherente y ajustada a derecho, que se concrete en el marco de una política social fraterna, solidaria y equitativa, en donde son atendidas las necesidades de desempleo, pobreza, carencia de vivienda, falta de educación y de asistencia en la salud, de capacitación, la indiferencia y discriminación hacia los marginados, la implementación de medios institucionales válidos para alcanzar estos objetivos y así reducir la presión de una sociedad estresada por la “sensación de inseguridad” exacerbada por los medios amarillistas de comunicación.



Actualmente, la evolución del derecho ha dado lugar a un sistema penal garantista, que vela por las libertades individuales y que respeta la dignidad de la persona por su sola condición de ser humano, sin embargo, con teorías sociológicas juridizadas de la mano de grandes dogmáticos del derecho penal cuya influencia es innegable, con el denominado “Derecho Penal del Enemigo”, el cual, sustenta su teoría en la aplicación de un “no-derecho”.



Bibliografía

- Carl Christoph Stübel, “System des allgemeinen Peinlichen Rechts”, T.II, Sommerschen Buchhandlung, Leipzig, 1795.-
- Karl Binding, “Die Normen und ihre Übertretung, Tomo I”, 2ª Edición. Reimpresión 1965. IV, 1919, 203 y n. 5.-
- José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, Delitos de Lesión y delitos de peligro, en Derecho penal español, Dykinson, Madrid 1994.-
- Prof. Wolfgang Schöne, La Ley 1160/97 - Código Penal de la República del Paraguay. Universidad del Norte – Asunción – Paraguay.
- Prof. Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Año 2000.-
- Karolina Viquez, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? Polit. Crim. N° 3, 2007, A2, p. 4 [<http://www.politicacriminal.cl>].
- Miguel Polaino Orts, “Vigencia de la norma: el Potencial de Sentido de un Concepto. El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs. México D.F. (México). Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México D.F. (México). 2007.-
- Teresa Rodríguez Montañés, “Delitos de Peligro, dolo e imprudencia”. Rubinzal –Culzoni, Editores, Buenos Aires. Año 2004.-
- Alejandro Aponte C. ¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano? Editorial Temis. Bogotá – Colombia. Año 2005.
- Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar; “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Editorial Ediar. 2ª Edición. Buenos Aires. 2006.-
- Eugenio Raúl Zaffaroni, “La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar”, Ed. Ediar, 1ª Edición. Buenos Aires. Año 2011.-
- Eugenio Raúl Zaffaroni, “La Cuestión Criminal”. Editorial Planeta. 3ª Edición. Buenos Aires. Abril de 2012.-
- Germán Aller, “El derecho penal en Peligro”. Editorial Bijupa. Asunción. Año 1998.-

