

## PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

Para muchos que creen que toda investigación relativa a temas de dogmática penal se ha vuelto un ejercicio superfluo de escolástica barroca, este libro significará un soplo de aire fresco; para otros tantos jóvenes investigadores, convencidos que deben buscar su lugar académico explorando los detalles, a veces menores, de la investigación teórica, será una invitación a la permanente revisión de las ideas, aunque parezcan ya consolidadas; y para quienes desprecian la utilidad de todo trabajo intelectual, será una demostración de la importancia práctica que a lo largo de los siglos ha tenido la reflexión jurídica.

Ello se lo debemos, en primer lugar, a la pluma lúcida del autor, siempre dispuesto a poner en cuestión los fundamentos teórico-políticos de una dogmática penal que esconde notorias carencias de fundamento y rigor tras un lenguaje oscuro e innecesariamente rebuscado, o en lecturas simplistas de la teoría social o la filosofía del derecho; pero también se lo debemos al trabajo mancomunado de todo un grupo de estudio e investigación, rumbo a convertirse en una de las escuelas de derecho penal más consistentes y que, centrada inicialmente en la Universidad Nacional del Comahue, ya extiende su influencia en distintos lugares del país.

Esta escuela garantista del Comahue, que reúne a muchos de sus integrantes en los seminarios anuales de Necochea, viene produciendo, bajo la guía de Gustavo Vitale, trabajos importantes en la discusión sobre la prisión preventiva, sobre los fundamentos constitucionales del poder penal, sobre el derecho contravencional, sobre las prácticas de la justicia penal, en la profundización permanente de un proyecto social abolicionista de la violencia del Estado, como horizonte de comprensión de toda reflexión teórica y práctica sobre el derecho penal.

Este nuevo trabajo, sobre un tema que parecía ya cerrado, se resalta sobre el trasfondo de ese esfuerzo colectivo. En primer lugar, el ensayo escinde con absoluta corrección dos niveles de análisis que se suelen confundir, en particular en la llamada "dogmática penal orientada a las consecuencias político-criminales".

Una dimensión constituye la construcción de los límites al poder penal; la otra, la discusión sobre el mejor modo de lograr los objetivos político-criminales. La obra es tajante en esa división y ello es esclarecedor. Creo, y así lo he señalado ya en muchos escritos, que tal división es la clave inicial del desarrollo teórico de todo saber sobre el sistema penal: o analizamos *herramientas de garantías* o lo hacemos con *herramientas de política criminal*; no existe posibilidad de construcción de un saber disciplinado y riguroso, al servicio de la claridad y la estabilidad de esas instituciones, que se haga *en conjunto*. Una será la disciplina que expanda las garantías y otra la que lo haga con las herramientas de política criminal. Una mezcla azarosa de estas dos dimensiones, aunque sea ocurrente o sofisticada, solo produce confusiones que se pagan con debilidad en la protección o con una ineficacia estructural, tal como ocurre con nuestra actual política criminal. El tema del dolo eventual es la muestra más clara de los peligros y desatinos a los que lleva esa confusión metodológica, por desgracia tan generalizada.

Si vemos el problema, como lo hace el autor, desde la perspectiva limitadora —y por lo tanto desde una interpretación que fortalezca y amplíe todo lo posible esa garantía—, el *fin de cometer un delito determinado* no debe ser relativizado con construcciones lingüísticas que quieren hacer aparecer como dolo lo que es mera aceptación o indiferencia. Categorías, estas últimas, por otra parte, que difícilmente puedan orientar la actividad probatoria de los acusadores o permitir la crítica de la defensa, lo que las empuja irremediabilmente al terreno de las presunciones prohibidas en un sistema acusatorio.

No debemos olvidar que, desde esta perspectiva, las normas penales *califican*, es decir, le otorgan relevancia jurídica a *relaciones de hecho*, que ocurren en el campo o proceso social. Sin esa insoslayable *referencia fáctica*, el sistema de garantías se debilita. Por ello, la teoría del delito es una *analítica del hecho que le otorga relevancia (en un sentido reductor, limitador) a componentes fácticos, en este caso a relaciones subjetivas entre el autor y el hecho*.

Si esto no fuera así no se comprende la función de la *prueba*, pivote de la idea de juicio previo de nuestra Constitución Nacional. Una prueba, se entiende, que debe tener capacidad de superar el *estado de duda*. Lo irremediabilmente dudoso (en un sentido razonable) queda siempre fuera de la punición, aun en el plano abstracto de la interpretación del tipo penal. Esto implica que todo aquello que no ingresa de un modo claro en el concepto de "con el fin de cometer un delito determinado", debe quedar afuera de la mínima relevancia penal requerida para que cierta pena (la de los delitos dolosos) sea constitucionalmente admisible.

Esto es lo que nos dice este libro de un modo claro, sin que sea necesario perderse en laberintos mentales. Restan investigaciones ulteriores que nos permitan vincular más claramente el declive de la responsabilidad subjetiva en el ámbito civil (ciertamente vinculada a la expansión del mercado de seguros) con la necesidad de preservar ese tipo de responsabilidad en el ámbito penal, en tanto hable-

mos de las respuestas que recaen sobre una persona humana, en particular la cárcel. O proyectar las categorías de atribución subjetiva con las exigencias de licitud probatoria y los estándares internacionales de una defensa penal efectiva. En fin, debemos agradecer los libros que nos permiten seguir pensando, ello debería ser una obligación de todo trabajo intelectual, en el mejor de los casos, poner en las manos de los lectores las herramientas necesarias para seguir pensando.

Otra es la dimensión político-criminal, ella responde a otras finalidades, a otro marco conceptual (análisis político-criminal) y constituye una perspectiva diferente y antinómica del problema. Y aquí se puede partir de una primera consideración, en la sociedad moderna, dada la potencialidad dañosa de muchos instrumentos (riesgos), la masividad de la vida cotidiana y la mayor y más intensa interacción humana, los daños causados por descuido son graves, a veces mucho más graves que los causados con intención. En el marco de un derecho penal infraccional, donde el fundamento de la intervención es la desobediencia a mandatos y el fortalecimiento de la autoridad (del rey o de las "normas") es natural que todo lo que se dirige intencionalmente a quebrantar esos mandatos sea más "grave". Ese es un modelo de política criminal, en mi opinión, impropio de un sistema democrático. En un modelo de política criminal orientado a intervenir en conflictos sociales y a prevenir daños, no se sigue necesariamente esa línea de razonamiento. Los casos que se analizan en este libro son prueba de ello. Pero es mal camino pretender solucionar un problema político-criminal mediante retruécanos dogmáticos, como lo hace asiduamente la jurisprudencia.

La idea central del derecho penal liberal es que ante una nueva necesidad político-criminal se debe recurrir, como único camino, al Parlamento, para obtener una nueva autorización o la habilitación del poder penal, es decir, los instrumentos violentos del Estado. Esta obligada concurrencia al Parlamento es el núcleo histórico y político del principio de legalidad. Sea para solicitar una autorización para utilizar más violencia (aumento de penas) o para habilitar casos (tipos penales), la palabra (como en los impuestos o en la declaración de guerra) la tienen los parlamentarios. Esto ha sido una conquista social de la democracia y no podemos pretender que ese poder se transfiera a doctrinarios más o menos lúcidos, más o menos liberales, menos aun cuando utilizan para fundarlas argumentos oscuros, es decir, poco transparentes.

Por lo tanto, la primera consecuencia que nos presenta Vitale tiene gran importancia práctica: todo aquello que no ingresa de un modo indubitable dentro del concepto de dolo, solo puede ser penado bajo la modalidad culposa, siempre que se den las características propias de esa forma de responsabilidad. Desde el punto de vista político-criminal esto no es un problema, dado que la eficacia de un plan político-criminal, en el contexto de la criminalidad moderna, no depende de la intensidad de la pena, sino de su capacidad de articularse con otras dimensiones preventivas y disuasivas; lo que, generalmente, es más sencillo de rea-

lizar en el marco de la imputación culposa, que permite intervenir en ámbitos sociales más amplios (el mismo ámbito de relación del cual surge, por ejemplo, el concepto de deber de cuidado).

Sin embargo, queda subsistente un problema para el sistema de garantías. La estructura culposa es más dúctil para la política criminal por su carácter más abierto. Ello no ha generado problemas mayores, por su menor nivel de punibilidad; en la medida en que ello se está modificando y es posible que se modifique aún más en el futuro, nos obligará a repensar la estructura del tipo culposo para que deje de tener una forma tan abierta. Caso contrario, habremos resuelto un problema dogmático en el marco del concepto de dolo para abrir una puerta demasiado grande utilizando el concepto de culpa. Debemos estar atentos a que no se genere un nuevo desequilibrio, dado que la interpretación del tipo culposo ha sido demasiado laxa.

Este libro abre, en consecuencia, nuevos interrogantes alrededor del sistema de garantías respecto de la imputación culposa, mucho más complejos, creo, que una simple reforma legislativa, dado que se deben analizar también en el marco de la evolución de la responsabilidad civil, que nos permite descargar de tareas a la política criminal y, por lo tanto, nos permite ser más estrictos con el delito penal culposo.

En fin, por suerte nada es definitivo en la reflexión sobre los asuntos humanos y menos aún en la ingeniería estatal. Lo que entusiasma es el trabajo vivo, la permanente crítica, la confrontación de las ideas, la innovación que conoce y respeta las tradiciones: todo ello, como hemos señalado al principio, en el horizonte social de un programa abolicionista, que implica la desconfianza permanente en el uso de instrumentos violentos y la confianza, también permanente, en que la sociedad humana es capaz de hallar nuevas y mejores formas de intervenir y acompañar su conflictividad.

**ALBERTO M. BINDER**

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales  
y Sociales (INECIP)