

LA INCULPABILIDAD BAJO EL MANTO DE LA IMPUNIDAD

Mauro Rinaldis
(mrinaldis@gmail.com)

*“Aprende a conocer los pensamientos del
noble animal que deseas montar.
No seas excesivo en tus exigencias.
No le exijas proezas inútiles”*

Johann Wolfgang von Goethe

Sumario: 1.- Introducción. La estática legislativa y la dinámica conceptual. 2.- La impunidad y sus causas. 3.- La inexigibilidad de otra conducta. 4.- Delimitación conceptual y normativa entre la impunidad y la inculpabilidad. 5.- Los artículos 42 y 43 del Código Penal. 6.- El numeral 2º del artículo 328 del Código Penal. 7.- Conclusión.

Resumen

La conceptualización de las causas de inculpabilidad y de impunidad, conlleva en su génesis un carácter distintivo y esencial: mientras que tras las primeras se esconde la inexistencia de delito, tras las segundas aparece un delito consumado que por mandato legislativo resulta no castigado (excusas absolutorias) o al menos admite la posibilidad de que el castigo no recaiga, recayendo la facultad de la aplicación punitiva en el Juez (perdón judicial).

Ahora bien, las causas de impunidad como tales, vienen dadas por el propio legislador que expresamente las define, sea en parte general como en parte especial, al respecto resultan claros ejemplos los artículos 36 a 45 y 328 del Código Penal. Por otra parte, la elaboración de la culpabilidad y de las causas de su inexistencia son forjadas a partir del desarrollo histórico dogmático que se construye desde la propia elaboración conceptual del delito y de sus elementos estructurales.

Este diferente origen plantea al intérprete un desafío por demás sugestivo, pues las causales de inculpabilidad, han acrecentado su dimensión dinámicamente, mientras que el texto legal al imponer las causas de impunidad responde a un momento dado de evolución dogmática que incluso no necesariamente se plasma en el texto legal.

Estos diferentes desarrollos producen la necesidad de repensar las causas de impunidad, pues aparecen en el horizonte analítico algunos supuestos dignos de consideración.

Los artículos 42, 43 y 328 del Código vernáculo presentan casos en donde debemos analizar verdaderamente la naturaleza de las situaciones allí descritas, pues el accionar por el vínculo parental y determinadas situaciones vinculadas al ámbito del aborto (siempre con el consentimiento de la mujer, claro está) erigen supuestos que muy

probablemente se ubiquen sin ambages bajo casos de inexigibilidad de otra conducta y por ende de inculpabilidad, lo cual por vía de consecuencia conlleva la inexistencia del ilícito.

La pluma legislativa en sus definiciones dogmáticas en ocasiones sucumbe ante la elaboración conceptual histórica, de allí la necesidad de reubicar determinadas situaciones normativas en su debido ámbito, lo cual no implica el desconocimiento de lo normado sino que su recta interpretación.

Palabras clave: Punibilidad, Culpabilidad, Impunidad, Inculpabilidad, Exigibilidad, Inexigibilidad, Encubrimiento, Testimonio, Aborto.

1. Introducción. La estática legislativa y la dinámica conceptual.

Perfilar en el análisis un tópico como el propuesto amerita inicialmente realizar una primera digresión tendiente a evidenciar un fenómeno que para nada debe ser desconsiderado por quien se enfrenta al abordaje de la ciencia penal y jurídica en general.

Resulta por demás interesante pensar en la relación que se produce entre la creación legislativa y la labor interpretativa y conceptual que se desarrolla paralelamente a la misma y que tiende a dar el debido alcance a los institutos reguladores de conductas humanas.

En particular, el Derecho Penal a nivel universal, y en ese marco el sistema normativo vernáculo, evidencia desde este enfoque una formulación *estática* mientras que la elaboración doctrinal se caracteriza por su *dinámica* en cuanto a la concepción, debate y formulación de sus conceptos.

El Código Penal Uruguayo que comienza a regir en el año 1934, bajo el designio conceptual predicho implica un momento dado de evolución conceptual en materia penal (como cualquier sistema tendiente a la regulación de conductas mediante signos lingüísticos plasmados en texto) es una suerte de *fotografía normativa* que evidencia en un plano estático el momento de su irrupción en el mundo jurídico. Aunque la pluma de IRURETA GOYENA haya signado las más modernas concepciones que el Derecho Penal ofrecía entonces, tampoco la norma jurídica, necesariamente responde a su contexto temporal y conceptual, pues incluso el legislador puede reflejar concepciones anteriores que ya han sido superadas o se encuentran en franco declive de admisión en el ámbito académico.

Otra suerte y otra realidad atañen al sistema de elaboración conceptual y en particular, perfilando nuestro raciocinio, aquella que a lo largo del devenir histórico ha forjado nada más ni nada menos que el concepto del delito. El concepto de delito es quizá el paradigma ejemplarizante de la dinámica conceptual que se desarrolla con independencia de la estática normativa.

Los elementos del delito, su contenido y alcance así como la aplicabilidad a los sistemas normativos, son algunos de los fenómenos que hasta nuestros días evidencian esa convulsión permanente de verdades inacabadas, donde pareciera que nunca aparece un sistema teórico capaz de dar total y completa explicación a la norma penal, haciendo en cierta forma que la formulación conceptual que pueda dar respuesta absoluta al pensamiento crítico sea la “utopía” del dogmático.

En ese marco, la culpabilidad, como elemento del delito, ha sido objeto de constante reformulación y redimensionamiento, y el lapso cronológico que siguió al Código Penal vigente testimonia fehacientemente a una culpabilidad por demás diversa a la de los años 30', mutación conceptual que se manifiesta en su contenido y en su alcance y en ese ámbito la evolución del concepto ha sido también el germinador de una progresión analítica en torno a aquellas causas, tales como la inexigibilidad de otra conducta, que la enervan.

2. La impunidad y sus causas.

Tal como ha sido desarrollado claramente por la doctrina vernácula, la impunidad presupone claramente la noción de punibilidad. Esta última ha sido entendida tradicionalmente como una posibilidad de ejercicio del poder punitivo o dicho más claramente como la posibilidad de aplicar una pena a un individuo en virtud de un delito ya cometido. De lo dicho, además se advierte la sensible distinción entre punibilidad y pena.¹

Ante la histórica discusión acerca de la ubicación de la punibilidad, de lo dicho anteriormente se desprende que el posicionamiento doctrinal patrio ha sido el de rechazar a la punibilidad como un elemento del delito. Por el contrario se ha dicho que la misma es una consecuencia o un *posterius* que sigue al perfeccionamiento del ilícito penal.²

Al respecto se ha ahondado en la propia redacción de las causas que excluyen a la punibilidad, en donde el legislador más de una vez maneja conceptualmente a un *delito* que considera consumado. A ello cabría agregar, reforzando el convencimiento de que la punibilidad se encuentra en un estadio posterior a un delito consumado, que de cara a nuestro sistema normativo, concebir a la punibilidad dentro de los elementos delictuales presenta un enorme inconveniente de cara a los casos de perdón judicial. Es que de esa forma se violaría indirectamente el principio de legalidad, pues quedaría en manos del magistrado la existencia o no del ilícito.

Ahora bien, no obstante la existencia de la punibilidad, en ciertas ocasiones el legislador prescinde de la aplicación del castigo o bien traslada al magistrado bajo ciertas pautas la posibilidad de la inexistencia punitiva, he aquí en donde emergen las denominadas *causas de impunidad* que agrupan conceptualmente a todos estos supuestos.

Tal como se viene de expresar, las causas de impunidad se dividen en dos grandes grupos: las *excusas absolutorias* y los supuestos de *perdón judicial*. Mientras que en los primeros el legislador mandata al magistrado la no aplicación de la pena cuando se reúnen ciertos requisitos establecidos en el texto legal, en los segundos se produce una verdadera atribución de facultad al juez, que tiene la potestad (y no la

¹ Expresa BAYARDO: *Es preciso no confundir la punibilidad con la pena; y la diferencia según se verá de inmediato es clarísima. Mirada con referencia a aquella, la punibilidad es, como adelantáramos, la posibilidad de aplicar la pena, y en sustancia es tanto como decir, amenaza penal o conminatoria de la pena.* (Fernando Bayardo Bengoa, *Derecho Penal Uruguayo*, II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1975, p. 143).

² En tal sentido afirma CAIROLI: *...la punibilidad es algo posterior al delito, es decir, una consecuencia del perfeccionamiento de esa conducta ilícita.* (Milton Hugo Cairolí Martínez, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 10).

obligación a diferencia de las excusas absolutorias), de eximir de castigo cuando ciertos requisitos contemplados en la norma se verifican en los hechos.

Por otra parte, cabe consignar que en nuestro ordenamiento las causas de impunidad son patrimonio compartido entre las partes general y especial del sistema normativo. Lejos están de agotar los artículos 36 a 45 del Código Penal los casos en donde el legislador maneja causas de impunidad. En parte especial pueden apreciarse otros supuestos (al menos de acuerdo al tenor literal), tales como el artículo 328 del referido cuerpo legal (al que referiremos más adelante), así como el segundo inciso del artículo 31 del Decreto-Ley N° 14.294 en la redacción dada por el artículo 2° de la Ley 17.016.

3. La inexigibilidad de otra conducta.

En virtud del enfoque temático que hemos abordado en el presente trabajo, corresponde también incursionar a estas alturas, aunque sea sucintamente, en lo relativo a la conceptualización de la inexigibilidad de otra conducta.

Y delinear conceptualmente a la inexigibilidad de otra conducta, implica posicionarse claramente dentro del ámbito de la culpabilidad (por ende dentro de la estructura del delito) y atender a una de las causas que enervan a este componente esencial del ilícito penal.

Recordando el proceso histórico de conformación de la teoría de la exigibilidad expresa FERNÁNDEZ: *La exigibilidad (Zumutbarkeit), esbozada por Goldschmidt y afinada por Freudenthal, la retoma en primera instancia Eberhard Schmidt, creando en torno de la idea de exigibilidad el elemento normativo de la culpabilidad penal.*³

Dar un marco acabado acerca del alcance de la inexigibilidad de otra conducta como enervante de la culpabilidad implica por un lado manejar su definición, pero por otra parte establecer la pauta cognoscitiva que el intérprete debe seguir para medir la posibilidad de estar ante este enervante del reproche penal.

Conceptualmente, digamos que la inexigibilidad de otra conducta se manifiesta como un supuesto en el cual, el individuo desarrolla una conducta que es típica, antijurídica, pero que no puede calificarse como culpable, pues de acuerdo a las circunstancias fáctico-contextuales no le es exigible al mismo el actuar conforme a derecho.

La doctrina también ha manejado el criterio de *motivabilidad normativa*, aunque si recurrimos a las esencias conceptuales nos encontramos con el mismo postulado, sólo que expresado en diversa forma, pues lo que se ha dicho es que no puede establecerse un reproche (juicio de culpabilidad) sobre un individuo que no puede *motivarse conforme a la norma penal* y efectivamente un sujeto en situación de inexigibilidad de otra conducta no puede motivarse de acuerdo a los parámetros normativos que el legislador penal ha delineado.⁴

³ Gonzalo D. Fernández, *Culpabilidad y Teoría del delito*, Montevideo, B de F, 1995, p. 261.

⁴ En palabras de ZAFFARONI, en nuestro planteamiento analizamos una *situación reductora de la autodeterminación*. (Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 712).

Por otro lado debe siempre sopesarse la disyuntiva, acerca del parámetro de medición de las situaciones de inexigibilidad de otra conducta, pudiendo advertirse claramente dos vertientes: una objetiva y otra subjetiva.

La postura objetiva propugna que habrá que posicionarse de cara a un *estándar u hombre medio* y desde allí conformar cual es su contexto personal, social, psíquico, etcétera. En suma, implica la ponderación de todos los factores intrínsecos y extrínsecos del individuo que se manifiestan como incidentes de cara a las hipótesis en donde no cabría verificar el reproche por una conducta que no se condice con la norma preestablecida.⁵

Frente a este parámetro también se manifiesta la adopción de una postura subjetiva. Aquí, se abandona la pretendida construcción del *hombre medio* y se apunta pura y exclusivamente al individuo en concreto, al sujeto sobre el cual se está realizando el particular juicio de culpabilidad. Nuevamente se recurre al marco contextual, a las variables que inciden en el comportamiento y conformación humana, pero con la sustancial diferencia que de que se realiza el análisis solamente atendiendo al hombre en concreto.

Esta última formulación, que postulamos, erige por vía de consecuencia que el alcance de las situaciones de inexigibilidad es particular de cada individuo. Por cada individuo enfrentado a un juicio de reproche, cabrá al mismo tiempo dimensionar, a partir de su realidad específica, el alcance y contenido del enervante de reproche que nos ocupa. La adopción de una postura subjetivista en el particular, es hija directa del respeto a la realidad humana en el Derecho Penal.⁶

Al mismo tiempo, ello implica el rechazo a formulaciones que tiendan a la construcción de un *hombre medio* en el Derecho Penal como punto de partida para la atribución de responsabilidad. Desarrollar esta construcción que se postula desde las filas de un objetivismo que consideramos inaceptable, conlleva el embarcarse en una tarea de inalcanzable meta a nuestro parecer, en donde ese estándar humano no tiene asidero claro en cuanto a su mecanismo de medición, donde además no hay certeza acerca del delimitador y establecedor del mismo y sin perjuicio de ello, representa desconocer la heterogeneidad social de nuestros días, en donde con cada día que pasa, las dificultades de establecer denominadores comunes a los hábitos, pensamientos, costumbres y creencias, van aumentando. La fragmentación social y la inexistencia de una homogeneidad cultural entre sus integrantes van ambientando cada vez más la necesidad de un Derecho Penal muy apegado al individuo en concreto y que al mismo

⁵ Partidario de esta tesitura se muestra MIR PUIG quien expresa lo siguiente: *La responsabilidad penal no sólo decae cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio no hubiera sucumbido.* (Santiago Mir Puig, *Derecho Penal – Parte General*, Barcelona, Reppertor S.L., 1998, p. 616).

⁶ Über WERTUNGEN, citado por WELZEL al prologar este último la cuarta edición de su revolucionaria obra, dice: *El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos pueden sólo 'reflejar' este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los 'reflejos' lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante en la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo.* (Hanz Welzel, *El nuevo sistema del Derecho Penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Montevideo, B de F, 2004, p. 31)

tiempo olvide quiméricas construcciones abstractas que además se presentan como de muy difícil conformación.

4. Delimitación conceptual y normativa entre la impunidad y la inculpabilidad.

Habiendo establecido conceptualmente la sustancia caracterizadora de la impunidad y de la inculpabilidad (haciendo especial hincapié en la no exigibilidad de otra conducta), corresponde sin dudas proceder al desarrollo de una visión conjunta de ambos fenómenos, atendiendo a establecer claramente algunos elementos distintivos entre ambos que coadyuvan en torno a la trascendencia de posicionarse bajo una égida conceptual u otra.

Como se ha dicho líneas atrás, de acuerdo al estudio y análisis de la normativa doméstica, la impunidad como tal presenta a diferencia de la inculpabilidad un presupuesto fundamental: un delito consumado. Y esta cardinal diferencia tiñe a la temática de una trascendencia particular.

No corresponde abundar acerca de las notorias diferencias existentes entre existencia e inexistencia de delito, pero baste razonar las situaciones derivadas del concurso de delincuentes para advertir la cuestión.

Piénsese en primer lugar, que las causas de impunidad se dirigen a sujetos en particular, caracterizados por circunstancias de corte especial (como los parientes por ejemplo). Presuponer que tras la impunidad hay un delito perfeccionado por haberse reunido todos y cada uno de los elementos, implica por tanto que un individuo abarcado por el campo descriptivo de la causa de impunidad se verá o podrá verse eximido de castigo, mientras tanto, quienes hubieren coparticipado y no reuniesen los requisitos requeridos por el legislador al establecer las situaciones de potencial ausencia de castigo, deberán soportar la aplicación punitiva sin poder ampararse en la exención.

Naturalmente que de cara a la inculpabilidad, otra es la suerte que corren los hechos. Es que con la verificación de un enervante de la culpabilidad, elemento estructural y esencial del ilícito, resulta imposible la calificación delictiva del supuesto fáctico por carencia de uno de sus elementos. Ergo, frente a la predicha inexistencia, los copartícipes nunca podrán ser abarcados ni por el reproche, y por ende tampoco por el castigo penal.

Esta clara y notoria diferenciación conceptual, invita a analizar las causas de impunidad de nuestro añejo Código bajo la premisa de ser ello posible. Es que en materia normativa cabe realizar una terminante distinción que habilite al intérprete a este tipo de construcciones.

Por un lado surge el legislador en faz *normativa*, generador de descripciones regulativas que tienden a estructurar el comportamiento humano, es decir, establece pautas (normas) destinadas (bajo la concepción ya tradicional)⁷ a establecer los cánones de conducta de los individuos dentro del entramado social.

⁷ Cabe hacer constar, que nos alineamos con aquellas visiones conflictualistas de la sociedad. En ese marco social de conflicto, quienes detentan el poder (grupos hegemónicos) utilizan el sistema punitivo como mecanismo de dominación de aquellos que se encuentran lejos del mismo (grupos dominados).

Pero por otra parte se advierte al legislador en una faz *definitorial*, es decir, pretendiendo subsumir ciertos supuestos bajo la categoría conceptual que él entiende pertinente, en ese ámbito el legislador procede a ingresar en un terreno por demás escabroso, pues no necesariamente sus definiciones, se compadecen con los conceptos conformados en la disciplina. Es más, el propio paso del tiempo es un inexorable riesgo, pues la evolución conceptual que se produce con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, pueden dejar sin fundamento la definición *cuasi doctrinal* efectuada por el legislador.

Este mecanismo de cognición y aplicación normativa, para nada colide con el principio de legalidad, pues muy por el contrario, lo honra.

No se trata en la especie de desconocer lo que el sistema jurídico en lo penal está pautando. En realidad la labor del intérprete pasa por el sometimiento de esas definiciones al tamiz del pensamiento crítico y desde esa plataforma procedimental, justamente, obtener una recta interpretación normativa, bajo la imprescindible tutela del principio de legalidad.

Por tanto, y de acuerdo, a lo que ha sido planteado, nos cabe repensar por lo menos algunas de las causas de impunidad establecidas en el ordenamiento penal patrio para apreciar si efectivamente el destino conceptual dado por el legislador se compadecer con las situaciones que la disposición encierra.

5. Los artículos 42 y 43 del Código Penal.

Los artículos 42 y 43 de nuestro Código Penal, presentan en principio dos excusas absolutorias. Sin entrar en el análisis particularizado de las disposiciones rescatemos aquellos elementos que consideramos de relevancia para el abordaje que nos proponemos.

Como se aprecia claramente la exención de pena se dirige bajo el marco del artículo 42 a un delito de encubrimiento (artículo 197 del Código Penal) y bajo el artículo 43 a un delito de falso testimonio (artículo 180 del Código Penal).

Ahora bien, entre ambas disposiciones existe un denominador común fundamental: el vínculo parental y conyugal. Ello es así porque del propio texto de la disposición surge que tanto el encubrimiento como el falso testimonio encuentran su raíz en esa hipótesis. Pues por un lado se encubre al cónyuge o a los parientes mencionados en el inciso 2º del artículo 26 y por el otro se testimonia falsamente para no exponer a estos últimos a un procedimiento penal.

Establecido el marco conceptual, corresponde preguntarse acerca de la verdadera naturaleza de las disposiciones y ponderar si efectivamente estamos hablando de supuestos de impunidad o no.

En lo referido a la hipótesis del encubrimiento, cabe consignar que el tema ya ha generado en el mundo disputas en el campo doctrinal, siendo España, claro ejemplo de ello. La situación que convoca a los autores españoles se da a partir del actual artículo

454 del Código Penal Español⁸ que ya en el Código anterior al de 1995 se encontraba regulado en el artículo 18 del citado cuerpo legal.

Tal como indicara MUÑOZ CONDE hace casi veinte años, la naturaleza del precepto ha resultado debatida, en donde autores como RODRÍGUEZ MUÑOZ y SAINZ CANTERO han entendido que lisa y llanamente se trata de un supuesto de inexigibilidad de otra conducta, argumentando fundamentalmente que no puede existir de parte del ordenamiento penal la estipulación de un obligación cuando un cónyuge o un pariente se encuentran bajo persecución o en situación adversa.⁹

En Alemania, por otra parte, al analizar los marcos de exigencia en Derecho Penal, con preclara dirección, WELZEL señalaba que en el marco de los delitos dolosos el derecho resulta más requirente en torno a que el sujeto opte por una conducta acorde a Derecho. Pero sin embargo, al pautar las excepciones a la exigencia que nace a partir de la norma, inserta como aparentes supuestos de inexigibilidad de conducta alternativa al encubrimiento y además al falso testimonio.¹⁰

Indudablemente que el razonamiento en nuestro ámbito, como echa de verse, puede hacerse extensivo desde el encubrimiento a las hipótesis de falso testimonio, pues es el vínculo conyugal o parental el que pauta la elusión de la conducta tendiente a la manifestación de la verdad ante estrados, optando por alterar la veracidad de lo que como testigo se percibió.

Tanto en el supuesto del encubrimiento como en el del falso testimonio, existe un cónyuge o un pariente que son potenciales individuos sometidos a la Justicia Penal y en dónde en puridad quien encubre o testimonia falsamente intenta obstar a la persecución criminal.

Ahora bien, sopesando estos elementos, cabe preguntarse si efectivamente nos encontramos ante una causa de impunidad.

La respuesta por nuestra parte resulta negativa. Entendemos que ambas hipótesis manejadas por el legislador, independientemente de la definición que consigna, configuran supuestos de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta de acuerdo a lo que diremos.

Existiendo el vínculo conyugal o parental, el ordenamiento penal no puede exigirle al individuo el no encubrir (por ejemplo, el sistema no puede exigirle a una madre que no encubra a su hijo) o el no testimoniar falsamente (siguiendo el ejemplo anterior, no puede reprocharse la conducta de la madre que testimonia falsamente, si por manifestar la verdad somete a su descendiente a un procedimiento penal) en virtud del vínculo parental existente. Ese vínculo conyugal o parental existente es claustro

⁸ Establece el citado artículo: *Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del artículo 451.*

⁹ Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis, 1990, ps. 166 y 167.

¹⁰ Señala en tal sentido que el sistema jurídico penal sólo resguarda esta disculpa frente a supuestos de peligro de la integridad corporal y la vida. Pero agrega: *Sólo en algunos delitos se conforma con un peligro menor, como en el encubrimiento (RG 60, 101), el estado de necesidad en el falso testimonio (art. 157)...* (Hanz Welzel, ob. cit., p. 195).

generador de una *presión motivacional excepcional* conforme a la concepción de MIR PUIG.¹¹

Claro está, que en lo hechos, el individuo en particular quizá adopte una postura que para alguien puede resultar altruista haciendo a un lado el peso del vínculo y por ende se niegue a encubrir o a testimoniar falsamente, pero esa conducta que pueda quizá alguien catalogar de heroica u honorable, no puede requerirse por el Derecho Penal por lo ya explicitado.

Incluso es más, puede suceder que tras el formalismo del parentesco, en la realidad de los hechos, no exista siquiera estima y sí quizá rencor o encono y por ello al individuo nada le cueste desde el punto de vista psíquico y emocional no encubrir y no faltar a la verdad en el testimonio, pero allí el problema no se plantea pues al no desplegar las conductas referidas no existe ilícito penal alguno. Una cosa es lo que el individuo eventualmente haga y otra lo que el Derecho exige.¹²

No resulta baladí apuntar, que frente a la caída del supuesto de impunidad, también se desmorona esa enunciación parental que realiza el legislador y que sin explicación aparente acota a los nombrados la causal. De esta manera se hace ingresar al ámbito de la inculpabilidad, por ejemplo, a la ineludible realidad del concubinato *more uxorio*¹³, instituto que para el Derecho Penal no resultaría nada novedoso, pues nos referimos al mismo concubinato que legislador contemporáneo (tan afecto a las incriminaciones y al desconocimiento sistemático normativo) en el año 1995 hace ingresar como circunstancia agravante especial del homicidio en el primer numeral del artículo 311.¹⁴ Otro tanto puede decirse de la recepción de intensos lazos de amistad que no necesariamente le pueden ir en zaga a los vínculos familiares en cuanto a la profundidad y fortaleza del vínculo afectivo.

6. El numeral 2º del artículo 328 del Código Penal

El artículo 328 del Código Penal regula una serie de supuestos que varían a tenor literal, entre hipótesis atenuatorias, y ya en campo de impunidad, entre supuestos de perdón judicial y de excusas absolutorias en el marco del delito de aborto.

¹¹ Santiago Mir Puig, ob. cit., p. 616.

¹² Tan necesaria resulta la revisión normativa que, por ejemplo, no se debe pasar por alto la cuestión del individuo que resulta exento de pena por no testimoniar en su contra de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 del Código Penal, cuestión que no abordamos en profundidad por no comprender nuestro objeto de trabajo. Apréciense, que en la citada circunstancia, el legislador presupone un delito de falso testimonio en alguien que con su declaración se incrimina penalmente. En realidad la hipótesis resulta bastante alejada de una situación de impunidad para alojarse definitivamente en el seno de la atipicidad. Y ello por una elemental razón. La misma radica en que desde el momento en que el individuo ingresa en ese ámbito en donde el manifestar la verdad le puede acarrear responsabilidad penal, nunca podremos estar hablando de un testigo, pues ahora emerge una situación diversa: la del indagado. Esa mutación situacional que se produce, genera en este último la atracción de todas las garantías esenciales al respecto, entre ellas, la no obligatoriedad de declarar contra sí mismo como claramente emerge por ejemplo del literal “g)”, numeral “2)”, del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Aprobada por el artículo 15 de la Ley 15.737 del 8 de marzo de 1985).

¹³ Lo cual se inscribe dentro del enorme campo problemático que hoy plantea la compatibilidad entre el sistema penal y la unión concubinaria.

¹⁴ Es que en lo hechos, toda equiparación situacional que se realice, como por ejemplo la del concubinato *more uxorio* con el matrimonio, o la hermandad con la amistad íntima, debe encontrar su correlato en todo el sistema penal, máxime cuando la equiparación implica una ampliación del ámbito subjetivo en lo punitivo. Frente al fenómeno expuesto, lo mínimo que debe realizar un Derecho Penal que se precie de liberal, democrático y republicano, es dar cabida al mismo hecho cuando de no aplicar o disminuir la pena se trata en una suerte de *efecto reflejo* frente a la ampliación de los tipos.

El precitado artículo establece cinco numerales que se encargan de reunir una amplia gama de hipótesis situacionales y de requisitos respectivos para estar abarcado ya sea por la circunstancia alteratoria de la pena, ya sea por la hipótesis de no punición.

Independientemente de la amplitud normativa, seleccionaremos una hipótesis que es la que resulta de interés para nuestra línea reflexiva. La misma está ubicada en el numeral 2° del artículo 328 partiendo del supuesto de prestación de consentimiento de la mujer para la realización del aborto.

La hipótesis manejada implica en primer término la comisión de un delito de violación sobre una mujer de acuerdo a lo establecido en el artículo 272 de nuestro Código Penal.

Como *fruto de la violación*, como señala el texto legal, la víctima queda encinta, frente a este último hecho es que con el respectivo consentimiento de la mujer se efectúa un aborto¹⁵ y de allí el legislador deriva como consecuencia la exención de pena, ergo, la aparición en el horizonte normativo de una excusa absolutoria dentro del género de las causas de impunidad.

Claro está que atento al propio artículo 328 no basta con la prestación del consentimiento para estar abarcado por la inaplicación punitiva, pues el numeral 5° se encarga de agregar dos requerimientos complementarios: por un lado desde el punto de vista cronológico, que el aborto se realice dentro del lapso de tres meses a partir de la concepción y además que la predicha actividad se verifique por un médico.

Establecido el marco situacional es que corresponde analizar todas las circunstancias atinentes al fenómeno planteado para desentrañar la verdadera naturaleza de la circunstancias.

Sin dudas, la mejor manera de establecer la progresión fáctica, es hincar el abordaje a partir de la violación que genera la situación de embarazo. Emerge allí por tanto una mujer que se ve coartada en el campo de la libertad sexual, y mediante violencia es compelida a sufrir la conjunción carnal, con el resultado de gravidez ya referenciado.

Desde una clara perspectiva victimológica, los padecimientos y sufrimientos que la sujeción pasiva en el delito de violación generan son ampliamente conocidas, el no poder direccionar la conducta sexual de acuerdo al real saber y entender personal, la coerción que produce la situación, el sentimiento de vulneración absoluta que padece la víctima, implican en muchas circunstancias secuelas en el orden emocional que pueden alcanzar grados relevantes, ameritando incluso el tratamiento profesional correspondiente.

Pero además, aquí el fenómeno lesivo de la conducta encartada en el artículo 272 del Código Penal Patrio, se acrecienta. Pues a nuestro parecer, se concretiza una vulneración doble a la libertad, manifestada en dos vertientes que claramente pueden deslindarse.

¹⁵ Aborto que, naturalmente, podrá efectivizarse por parte de un tercero o por la propia grávida.

En primer lugar, como ya se ha dicho históricamente, por el sólo hecho de la conjunción no deseada se vulnera la *libertad sexual* (primera lesión) pero a ello se suma que por generarse la gravidez se vulnera la *libertad conceptiva* (segunda lesión), entendiéndose a esta última como el irrenunciable e inherente derecho humano de cualquier mujer, que por el sólo hecho de ser tal, puede determinar en primer lugar si desea o no desarrollar un embarazo, su momento y forma, así como todas las circunstancias atinentes al mismo.

Con la violación efectuada y su resultado de concepción se agravan potencialmente todos los componentes de la libertad conceptiva: pues puede suceder que la víctima no deseara desarrollar un embarazo o que la misma lo deseara pero en otro momento, o incluso que el mismo se efectuase mediante una vía diversa a la conjunción carnal, como puede ser el mecanismo de la fecundación *in vitro*.¹⁶

He aquí entonces, el terreno situacional sobre el cual nos posicionamos de cara a la cognición de la enunciación normativa.

Y nuevamente creemos que emerge una notoria hipótesis de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta. Ello surge del análisis de la propia descripción típica y de la ponderación de la mujer víctima que se ve doblemente vulnerada en cuanto a su libertad sexual y en torno a su libertad de concepción, todo ello de la mano de los padecimientos que el fenómeno de la violación puede acarrear desde el orden sanitario en el ámbito físico y psíquico.

Naturalmente, que tal como establecimos al analizar lo relativo al parentesco, en el delito de encubrimiento y en el delito de falso testimonio¹⁷, la persona colocada en la situación descrita en la norma, quizá, y a pesar de una conjunción carnal no deseada y de un estado de gravidez que tampoco es fruto de su anhelo, de todas formas haga a un lado todo el padecimiento sufrido y el profundo menoscabo a su esfera de libertad y desarrolle el embarazo. Pero una vez más cabe señalar y pautar que esa hipótesis (la cual quizá pueda darse en el extenso mundo de la realidad) nada tiene que ver con lo que el sistema jurídico penal puede exigir. Dicho de otra forma, el Derecho Penal, no puede exigir jamás que una mujer desarrolle un embarazo cuando éste ha sido fruto de una violación.

Por vía de consecuencia, al inscribirse la hipótesis dentro del campo de la inexigibilidad de otra conducta, y por ende de la inculpabilidad, se desmoronan los requisitos establecidos en el numeral 5º del artículo 328, ergo, el que el aborto se verifique por un médico y que además se pauté dentro de los tres primeros meses desde la concepción.¹⁸

¹⁶ Analizando el presente numeral, afirma LANGÓN: *La prevalencia del derecho de la mujer a rechazar una maternidad impuesta por la fuerza o la violencia cubre el aborto realizado con su consentimiento...* (Miguel Langón Cuñarro, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, IV, Montevideo, Del Foro, 2002, p. 70).

¹⁷ Vid supra, N° 5.

¹⁸ Claro está, que a la hora de evaluar el supuesto en particular, el plazo en el cual se verifica el aborto habrá de ser un elemento relevante para el juicio de reproche, pues un plazo prolongado quizá presuponga una aceptación de la gravidez. Por otra parte, a efectos de ponderar desde una vertiente subjetiva la exigibilidad de otra conducta, el plazo habrá de tomarse en cuenta, no a partir de la concepción, sino que a partir del conocimiento de la mujer de su estado de embarazo, pues es a partir de ese instante en el cual procederá a o no a interrumpir su estado en virtud de la forma en que se efectivizó la concepción.

7. Conclusión.

De acuerdo a lo expuesto cabe concluir en torno a la necesaria revisión de los enunciados normativos que contiene nuestro Código Penal.

Partiendo de la clara distinción entre el legislador que norma y el legislador que define, el largo tiempo de vigencia del texto legal, acrecienta aun más la necesidad de que el estudioso del Derecho Penal se inserte en esta tarea.

En tal sentido, tal como hemos desarrollado, los artículos 42, 43 y 328 nos describen supuestos fácticos que ya no resultan concebibles bajo el ámbito de la impunidad. Pues, un acabado abordaje de la culpabilidad, el análisis de su desarrollo histórico y al mismo tiempo la aprehensión cognoscitiva de la inexigibilidad de otra conducta como enervante de esta última, generan que lo que el legislador definió como impune, resulte en realidad irreprochable penalmente.

Más allá de nuestra postura y del objeto de análisis se advierte en el horizonte analítico el llamado irrenunciable a continuar la tarea de armonización entre los supuestos normativos y las realidades conceptuales.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYARDO BENGOA, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo*, II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1975.
- CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993.
- CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, III, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998.
- CAMAÑO ROSA, Antonio, *Tratado de los Delitos*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1967.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Culpabilidad y Teoría del Delito*, Montevideo, B de F, 1995.
- FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de Culpabilidad*, Montevideo, B de F, 2000.
- LANGÓN CUÑARRO, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, IV, Montevideo, Del Foro, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal – Parte General*, Barcelona, Repertor S.L., 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis, 1990.
- PESCE LAVAGGI, Eduardo, *Lecciones de Derecho Penal*, I, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 2003.
- WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Montevideo, B de F, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal – Parte General*, Bueno Aires, Ediar, 2000.