

B) AUSTRIA

Una experiencia notable: El nuevo derecho penal austriaco

Código penal de la República de Austria
(Vigente desde el 1 de enero de 1975) (*)

EUGENIO RAUL ZAFFARONI,

Profesor Titular en las Universidades del Salvador y Católica de La Plata

I. EL DERECHO PENAL EN AUSTRIA

1. Falible es la memoria humana, al punto de que poco se tiene en cuenta que Austria fue la cabeza de un Imperio poderoso, que disputó a Prusia la hegemonía en la unidad de los Estados de lengua germana. En el largo reinado de Francisco José II llegó al máximo poder político el Imperio Austro-Húngaro, culminando en su declaración de guerra a Servia, precipitante del primer gran encuentro bélico del siglo XX, en cuyo transcurso murió el viejo Emperador y declinó la estrella política con el desmembramiento del antiguo Imperio, como consecuencia de la derrota sufrida en la «Gran Guerra», que, por su parte, cerraba una etapa histórica mundial, en que muchos padecieron la ilusión de que Europa y el resto del planeta habían alcanzado un equilibrio rítmico de continuo progreso y estabilidad. Desde 1918 hasta hoy se precipitaron numerosos males sobre la humanidad, siendo Austria una de las naciones más duramente golpeada, que si bien encaró su organización republicana al desmembrarse el Imperio, las Instituciones democráticas de la Primera República y su propia independencia resultaron arrasadas por el irracionalismo totalitario, resurgiendo tras largos esfuerzos después del segundo cataclismo de nuestro siglo.

Hace muy pocos años que la segunda República pudo concretar un viejo anhelo de Austria: su reforma penal integral. Injustamente desconocido entre nosotros, el Código penal de la República de Austria, vigente desde 1975, representa una experiencia notable, digna de ser observada en la consideración seria de cualquier tentativa de reforma penal contemporánea. El debate a que dio lugar la reforma penal en Alemania Federal empalideció la debida difusión de este nuevo texto penal, que, aprovechando ese debate y arbitrando soluciones originales, aparece dotado de una notable unidad y precisión técnica.

(*) Por exceso de original, la traducción del Código penal austriaco se publicará en el Fascículo I de 1981.

No obstante, la experiencia penal que ofrece al mundo esta moderna democracia de Europa Occidental no es una improvisación, sino que importa el resultado de un largo proceso de elaboración legislativa, gestada en el marco de una brillante tradición jurídico-penal que es menester recordar, aunque más no sea que con la muy limitada extensión que el específico objetivo de estas páginas permite hacerlo.

2. Austria se esforzó por separarse del Derecho penal común alemán y de la *Constitutio Criminalis Carolina* del siglo xvi cortando formalmente su cordón umbilical con éste mediante la *Constitutio Criminalis Theresiana*, publicada el 31 de diciembre de 1768, de cuya elaboración se había ocupado una comisión desde 1752. No obstante, pese a que la *Theresiana* negaba cualquier valor subsidiario al Derecho penal común y a la *Carolina*, no es menos cierto que esa legislación no pasaba de ser una consolidación de los mismos, al igual que sus antecedentes (*Ordenanza de Fernando III* de 1656 y *Ordenanza de José I* de 1707), diferenciados de la *Teresiana* sólo en que esta última no contenía una cláusula expresa de remisión al Derecho común como Derecho subsidiario.

De este modo la *Teresiana* no pasaba de ser una superación formal del Derecho penal común alemán, fuertemente influida por la *Carolina*, consagratoria de penas intimidatorias terribles que, al igual que aquéllas, trataban conjuntamente al Derecho penal de fondo y de forma. Casi al tiempo en que se sancionó la *Teresiana*, se difundía prestamente por toda Europa el movimiento penal iluminista, que halló en Austria a un notable representante en la pluma del brillante jurista Joseph von Sonnenfels (1733-1817), defensor de las ideas de Montesquieu y de Beccaria y de la teoría de la coacción psicológica de la pena de Pufendorf, quien publicó en 1775 su trabajo sobre la abolición de la tortura.

La prédica de Sonnenfels contra la tortura y la pena de muerte dio por resultado que se aboliese la tortura por decreto de 1776 y que José II emprendiese la reforma penal integral, llevada a cabo mediante un Código penal único para Austria, Hungría y Transilvania, sancionado en 1787 y conocido como «Código Josefino», cuya técnica respondió a la separación del Derecho penal y procesal, ocupándose sólo del primero, puesto que el segundo fue materia de otro texto legal. La legislación *Josefina* abolió en las causas ordinarias la pena de muerte, separó los delitos y las faltas, y consagró el principio de legalidad y la consiguiente proscripción de la analogía. La pena de muerte era reemplazada por penas corporales y por privación de libertad en trabajos que fuesen útiles. Las penas del *código Josefino*, sin embargo, no dejaban de ser singularmente crueles (hierros, prisión con trabajos públicos, palo, látigo, y picota o exposición pública).

El sistema de penas crueles que mantenía el código fue considerablemente atenuado bajo el breve reinado de Leopoldo II (1790-1792), que emprendió una nueva reforma, concretada por su sucesor, Francisco II, en un proyecto cuya elaboración culminó en 1796, que pretendía introducir una diferencia entre delitos civiles y criminales, fundada en

que los primeros afectaban menos la seguridad pública. Incorporada en ese año a Austria la provincia Galitzia Occidental, se implantó en ella ese texto a modo de ensayo, mientras se seguía trabajando para perfeccionarlo, tarea que se vio coronada con el *Código de Crímenes y Faltas Graves de Policía*, implantado por decreto imperial del 3 de septiembre de 1803, que receptaba parcialmente ideas de Feuerbach y se plegaba a la división josefina entre delitos criminales y políticos.

La necesidad de revisar este Código se hizo ineludible con el correr de los años, emprendiéndose esa tarea en 1850, la que culminó en un texto corregido del Código de 1803, sancionado mediante el decreto imperial del 27 de mayo de 1852. Pese a que no fue más que un texto revisado del Código de 1803, siempre fue citado como «Código de 1852». Este Código de 1803 revisado en 1852, con numerosas modificaciones y Leyes complementarias, rigió hasta el 1.º de enero de 1975, en que fue reemplazado por el moderno Código penal de la República de Austria.

3. El redactor de la reforma de 1852 fue Hye, quien en 1850 había postulado la necesidad de un Código totalmente nuevo, encomendándole el Emperador en 1861 la redacción de un proyecto que fue presentado en 1867 a la Cámara de Representantes, donde no fue tratado. En 1874 y en 1895 se intentó introducir el Código alemán de 1871, que tenía por base el prusiano de 1851, fuertemente inspirado en el Francés de Napoleón, pero ambas tentativas fracasaron. La última fundamentalmente por las críticas que a este texto se le formulaban en la misma Alemania, fundamentalmente por el adalid de la escuela sociológica alemana, Franz von Listz, justamente de origen austríaco.

Abandonadas las tentativas de introducir el Código Alemán, emprendió la redacción de un nuevo proyecto una comisión del ministerio de justicia, el que se conoció en 1902 y se reelaboró en 1907, sometiéndolo a una encuesta y a una posterior reelaboración en 1909. Nuevamente fue revisado con posterioridad, tomando en cuenta el proyecto suizo de 1908 y el anteproyecto alemán de 1909 y se presentó a la Cámara de Senadores en 1912 y con ligeras variantes a la de Diputados en 1913. La guerra interrumpió su estudio legislativo, iniciándose una nueva corriente a partir de 1918, que intentaba la unidad penal entre Austria y Alemania, como consecuencia de la cual resultó el proyecto que en 1927 que ambos gobiernos presentaron simultáneamente a sus Parlamentos y cuyo perfeccionamiento se frustró por los acontecimientos políticos, principalmente a partir de 1933.

II. LA GESTACION DEL NUEVO CODIGO (1)

1. Las condiciones políticas de la segunda postguerra impidieron que Austria se diese de inmediato a la tarea de encarar su reforma penal. No obstante, era absoluta la convicción respecto de la necesi-

(1) El material correspondiente al Proyecto Oficial de 1971, al Informe de la Comisión de Justicia del Consejo Nacional, la exposición

dad de una reforma integral puesta de manifiesto por el Consejo Nacional por unanimidad de votos en dos ocasiones (2 de junio de 1954 y 18 de diciembre de 1970). En 1954 se designó una «Gran Comisión», como resultado de la primera resolución mencionada (2), que produjo su primer proyecto en 1960. Un segundo proyecto de la Comisión, bajo la presidencia de Christian Broda, fue dado a conocer en 1962. Sobre la base de ambos documentos, el Ministerio Federal de Justicia elaboró un proyecto que fundamentó detalladamente en 1964 y, apelando al procedimiento de dictámenes, lo perfeccionó en un segundo proyecto en 1966. En 1968 se insistió por tercera vez en un proyecto del Ministerio de Justicia, que se trató en la Comisión parlamentaria respectiva, pero no fue considerado por el Parlamento.

2. La necesidad impostergable de la reforma penal y la demora en una realización integral de la misma, hicieron que en 1971 se sancionase una ley de reformas parciales, conocida como la «pequeña reforma penal», que amplió la condicionalidad de las condenas, dio una nueva formulación a los delitos de los funcionarios, redujo la penalización de la homosexualidad a la protección de los menores de dieciocho años, desincriminó el adulterio, limitó el delito de quebrantamiento matrimonial y, en particular, procedió a la desincriminación de los delitos de tránsito, que pasaron a integrar el Derecho penal de la circulación como rama legislativa autónoma. Fue complementada con una reforma procesal, que redujo los supuestos de prisión preventiva, estableciendo también un procedimiento de punición previo, de carácter público y contradictorio, derogando al respecto todas las limitaciones a la defensa en juicio.

3. Paralelamente se siguió trabajando en un nuevo proyecto integral presentado por el Gobierno a los órganos legislativos el 16 de noviembre de 1971 (3). La Comisión de Justicia Parlamentaria designó

sobre la historia del mencionado Proyecto y su tratamiento publicado por el Ministerio Federal de Justicia y el texto legal con breves notas explicativas de los Doctores Egmont Foregger y Eugen Serini, nos ha sido facilitado por la Embajada de Austria en Buenos Aires, siendo de destacar el empeño puesto en ello por el Señor Consejero Doctor Hans Brunmayer y la gentileza del Ministerio Federal de Justicia, que por intermedio de la Representación Diplomática nos ofreció toda la información que nos fue menester.

Una información detallada de la historia del Derecho penal austríaco hasta el siglo pasado puede hallarse en castellano en la traducción de la obra informativa sobre el Derecho penal europeo realizada por la Unión Internacional de Derecho Penal, bajo la dirección de von Liszt. En alemán se hallarán indicaciones de otras fuentes importantes en las obras de Eb. Schmidt y de R. Mooss.

(2) La Comisión estuvo integrada por los Dres. Ferdinand Kadecka Franz Bulla, Otto Estl, Roland Grasberger, Hans Gürtler, Franz Handler, Max Horrow, Hans Kapfer, Paul Hausner, Otto Kranzlmay, Karl Mark, Friedrich Nowakowki, Franz Pallin, Theodor Rittler, Eugen Serini, Rudolf Skrein, Lujo Tomic-Sorini, Gustav Zeillinger, Otto Tschadek, Franz Zamponi, Wilhelm Malaniuk, Franz Douda, Christian Broda, Franz Hetzenauer, Theodor Piffel-Percevic.

(3) *Regierungsvorlage- Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB)*, 16. 11. 1971, Wien.

una subcomisión de doce diputados (seis del Partido Socialista de Austria, cinco del Partido Popular Austríaco y uno del Partido Liberal de Austria). La Comisión de Justicia se expidió el 16 de noviembre de 1973, coincidiendo los diputados de los tres partidos representados parlamentariamente en un proyecto finalmente propuesto en un único informe, excepción hecha de la extensión del aborto impune, razón por la que el proyecto fue sancionado el 29 de noviembre de 1973, únicamente con el voto del partido del Gobierno, pese a la general coincidencia en cuanto al resto del texto (4). Consecuentemente, con la salvedad respecto de la extensión de la desincriminación del aborto, puede afirmarse que el vigente Código es producto unánime de las corrientes de opinión política de la moderna democracia austríaca. En el verano de 1974 el Consejo Federal sancionó la legislación complementaria, quedando el texto en condiciones de cobrar vigencia el 1.º de enero de 1975. En el orden parlamentario, el propulsor más importante de la reforma penal y, en general, de la sanción del nuevo Código, fue el Ministro Federal de Justicia, Dr. Christian Broda.

III. LINEAMIENTOS POLITICO-CRIMINALES DEL CODIGO

1. El Código incorporó las materias dispersas en un buen número de leyes especiales, lo que es digno de imitar en los países en que el transcurso del tiempo va provocando una verdadera dispersión legislativa penal. Sólo mantuvo las leyes penales especiales que demandan reglas diferenciadas de aplicación (materias financieras, de prensa, de estupefacientes, de vinos, de armas). Por otra parte, fundándose en que únicamente corresponde considerar delitos a las acciones que afectan de modo grave a la convivencia, desincriminó varias conductas que no revestían este carácter, al par que procedió a considerar en forma especial nuevas formas de criminalidad, tales como la piratería aérea, la toma de rehenes, el terrorismo y la protección del medio ambiente.

2. Recoge la tendencia político-criminal contemporánea que reconoce el carácter generalmente negativo de la pena privativa de libertad, por lo que reduce su aplicación a los casos en que se presenta como ineludible, eliminando, además, toda forma de agravación, pues prevé una única pena de esta naturaleza, incluso sobre la base de que las agravaciones legislativas a la misma están vedadas por la Convención Europea de Derechos Humanos por importar castigos corporales.

3. En sus líneas generales, el Código tiende a un tratamiento especial privilegiado para el autor ocasional o cuya conducta fuese resultado de una circunstancia conflictiva, al par que, por otro lado, también especializa el tratamiento penal de los autores peligrosos.

Para lo primero, se vale de varios medios: a) en las acciones punibles de escasa gravedad, da la posibilidad de que el proceso termine

(4) *Bericht des Justizausschusses über die Regierungsvolage (30 der Beilagen): Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch- StGB), 1973* (el informe en minoría, del Partido Popular Austríaco, en las pp. 93-96 del mismo).

sin condena ni punición; b) en los casos de penas privativas de libertad hasta seis meses la regla es que en lugar de privación de libertad se aplique una multa; c) amplía el ámbito de la indulgencia condicional; d) en los casos en que resulta ineludible la imposición de una pena privativa de libertad que por su duración no haga prudente la indulgencia condicional, el Código admite que, mediando circunstancias especiales, pueda liberarse condicionalmente al condenado después del cumplimiento de la mitad de la pena; e) el incremento del ámbito de aplicación de la indulgencia condicional se facilita con la ayuda de prueba, institución que proviene del derecho de la minoridad y extiende a infractores mayores de edad.

En cuanto a lo segundo, es decir a los autores peligrosos, establece el código tres categorías de establecimientos de internación especializados (para infractores mentalmente anormales, para los necesitados de deshabitación y para los reincidentes peligrosos), con lo que cubre la gama de las llamadas medidas preventivas que, por cierto, aparecen rodeadas de importantes garantías de forma y de fondo, sumamente interesantes.

IV. CARACTERISTICAS MAS SALIENTES DE SU PARTE GENERAL

1. El texto insiste en el principio de legalidad, rechazando de plano la analogía y la aplicación retroactiva de la ley penal, pero lo más interesante a este respecto es que se cuida muy bien de no burlar el principio de irretroactividad de la ley penal por la vía de las llamadas medidas preventivas, puesto que extiende tal principio a las mismas (§ 1, núm. 2), las que únicamente permite que se apliquen retroactivamente en el caso en que la ley vigente al tiempo del hecho ya contemplase, con el nombre o rótulo que fuesen, la imposición de una privación de libertad equivalente. De igual modo, consagra claramente el llamado principio de culpabilidad en sus dos manifestaciones, es decir, excluyendo toda posibilidad de delito sin culpabilidad (§ 4) y proscribiendo cualquier forma de responsabilidad objetiva o de «versari in re illicita» (§ 7, párrafo 2).

2. El sistema de sanciones del Código parte de la difundida dicotomía que pretende, por un lado, establecer la diferencia entre penas retributivas de la culpabilidad del autor y, por el otro, de medidas preventivas neutralizadoras de su peligrosidad. Si bien estructura un sistema de sanciones equilibrado y suficientemente rodeado de garantías, esta dicotomía, como, en varias oportunidades lo hemos observado, es parcialmente falsa, puesto que las medidas preventivas aplicadas a los autores imputables y culpables son siempre penas. No es aquí el lugar adecuado para insistir en las críticas a los sistemas dicotómicos de sanciones, pero conviene recordar, puesto que nunca es suficiente, que en la práctica las medidas preventivas jamás se imponen sin tener en cuenta algo del hecho cometido y, por el otro, que la pena, por mu-

cho que se la quiera fundar únicamente en la culpabilidad, nunca logra liberarse del todo de las consideraciones que tienen en mira el pronóstico de conducta del autor, siendo así que la nítida separación que se pretende es algo que no excede el plano programático de una concepción idealista del Derecho penal.

De toda forma, ésta es una cuestión doctrinaria y, pese, a considerar que respecto de los imputables todas son penas —aunque distintos sean sus nombres— lo más importante consiste en determinar cuál es el sistema general de las mismas y las garantías que lo rodean, especialmente en las contemplaciones que importan correctivos a la individualización de las penas basadas en el pronóstico de conducta del autor.

3. El Código conmina una única pena privativa de libertad, sin distinguir como hemos dicho, entre las distintas formas que esta privación asumía en las antiguas legislaciones. Esta tendencia se ha manifestado en casi todos los últimos proyectos legislativos y es un criterio generalmente admitido en la política criminal contemporánea. Esto no significa, por supuesto, que esa pena privativa de libertad se ejecute en todos los casos de la misma manera, puesto que la personalidad del penado entra en juego en las distintas modalidades ejecutivas, contempladas en el derecho de ejecución penal. Es importante observar atentamente la cuantía de las penas privativas de libertad, pues un simple vistazo a la parte especial del Código muestra que su cuantía es mucho menor que la de las penas conminadas en la legislación argentina. Por otra parte, la pena de privación de libertad perpetua no puede aplicarse a personas que al tiempo del hecho no hayan cumplido aún los veinte años, en cuyo caso prevé una pena temporal de diez a veinte años. Esta general tendencia no es una muestra de benignidad sino que responde a la clara comprobación criminológica de la destrucción psíquica que implica una pena privativa de libertad prolongada, particularmente por el fenómeno de la institucionalización, es decir, la adquisición de los hábitos de la sociedad carcelaria, por completo diferentes —por muchos esfuerzos que quieran hacerse en contrario— a la coexistencia en la sociedad libre.

En realidad, si se pretende que la pena tenga un propósito resocializador, al menos como objetivo de su ejecución, no puede ignorarse que con un proceso rápido no es indispensable una privación de libertad tan prolongada para obtener el resultado, considerando que sea efectivo el sistema ejecutivo montado sólo en casos excepcionales se justifica apelar a penas de muy larga duración, que, bien vistas, tienen prácticamente un contenido eliminatorio.

4. En cuanto a la multa, cobra ésta una significación especial, puesto que al aceptar el día-multa, conforme al cual en atención al hecho se cuantifica el número de unidades de multa a imponer y en atención a los ingresos y condiciones económicas del condenado el monto de cada día de multa, la misma se convierte en una auténtica limitación al «standard» de vida del penado, idónea para reemplazar a las penas cortas privativas de libertad. Este sistema, conocido como «sistema

nórdico» o «escandinavo» (que en realidad debe llamarse «brasileño», pues fue introducido por el Código penal del Imperio del Brasil de 1830), es bastante similar al alemán vigente. Tiene la ventaja de evitar la desigualdad en la gravitación de la multa, que no puede eludirse con el sistema de cantidad fija, como el vigente en nuestro Derecho positivo. No en vano ha sido el sistema recogido en la mayoría de los últimos proyectos contemporáneos. Interesante es consignar que la Ordenanza Procesal permite el pago diferido o a plazos, con lo que se logra que el sujeto sufra una disminución de su nivel de vida durante cierto tiempo y, por otra parte, como interesante modalidad que introduce esta legislación, existe también la posibilidad de que el tribunal adecúe nuevamente el monto de cada una de las unidades de multa, en caso que la situación económica del penado empeore en el curso de la ejecución de la pena. Lamentablemente, no puede eludir el inconveniente que tiene la multa, que hace que no pueda desplazar por completo a las penas cortas privativas de libertad, dados los supuestos de insolvencia donde no resta otro recurso que convertir la multa en pena de prisión, para lo cual establece que dos unidades de multa equivalen a un día de privación de libertad. De cualquier manera, la ley estipula claramente que en cualquier caso en que deba imponerse una pena de prisión que no exceda de seis meses en delito cuya pena máxima no supere los cinco años, en lugar de prisión se impondrá pena de multa cuando el Tribunal considere que atiende suficientemente a la prevención especial, posibilidad que también se extiende a los delitos que no tengan pena máxima superior a los diez años. Si pensamos que la cuantía máxima de las penas privativas de libertad es en general mucho más reducida que las conminadas en el Código argentino vigente, veremos que prácticamente en la gran mayoría de los casos el Tribunal puede optar por una pena de multa en lugar de la pena privativa de libertad, con lo que esta pena pasa a ocupar un lugar estadísticamente descolante en la práctica judicial.

Otra pena prevista en el Código es el decomiso, por el que se le priva al autor de cualquier ventaja patrimonial emergente del delito, sea secuestrándole directamente la cosa obtenida en el hecho (como lo adquirido con su producto, con sus frutos, con su explotación, etc.) y, en caso de que la cosa no se hallase ya en poder del sujeto, prevé también la posibilidad de decomisarle una suma equivalente. La amplitud de la disposición permite que se evite la inmoralidad de que el Estado aplique una pena a un sujeto que, por el mero hecho de que no medie acción civil—por la causa que fuere—pese a la pena, siga gozando del beneficio patrimonial que le reportó el delito. La previsión de esta pena soluciona ese problema sin incurrir en el absurdo de transformar en pena la reparación civil.

5. Las correcciones que sufren las penas en razón del pronóstico de conducta del autor se llaman «medidas preventivas» en este Código, como en todos los que pretenden adoptar el sistema dicotómico, sea por la «doble vía» (imposición simultánea de pena y «medida») o por el «vicariante» (eventual reemplazo de la pena por la «medida»). En

realidad —como ya lo hemos dicho— creemos que la única que tiene verdadero carácter de medida es el internamiento de los inimputables. De cualquier modo, el Código prevé tres clases de establecimientos para llevar a cabo las referidas medidas.

a) La primera clase de establecimientos prevista es la dedicada a los *infractores mentalmente anormales*. En estos establecimientos se interna a los inimputables, siendo de destacar que para que proceda esta internación, el autor debe haber cometido un hecho que, en caso de merecer pena, fuese conminado con una pena mayor a un año de privación de libertad. Este requisito —que el Código argentino no contiene— tiene la incuestionable ventaja de evitar que una medida que siempre tiene graves consecuencias para la libertad ambulatoria del sujeto, sea aplicada por la comisión de injustos menores. Por otra parte, esta internación requiere que debido a la disfunción psíquica del sujeto, quepa temer que incurrirá en injustos graves, requisito que también es interesante, puesto que no es admisible la internación del sujeto para evitar la comisión de injustos menores, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta que ella cesa sólo por orden judicial y sólo cuando el peligro ha desaparecido, es decir, que no se rige por un mero criterio médico que toma únicamente en cuenta la salud del sujeto. De allí que no se mencione en este texto el caso del peligro de daño a sí mismo —que contiene nuestro Código—, pues esos son casos que corresponden a la legislación psiquiátrica ordinaria y no a la magistratura penal.

Estos establecimientos no sólo están destinados a los inimputables, sino también a los sujetos que se hallan en lo que la doctrina denomina «imputabilidad disminuida». Si bien el código no trata específicamente de ella, aparece considerada como una causa de atenuación de la pena, al par que prevé su internación en este tipo de establecimientos. También para que proceda este internamiento se requiere que el sujeto haya incurrido en un delito penado con privación de libertad superior a un año.

La internación en estos establecimientos es por tiempo indeterminado, pero el tribunal debe tener el deber de comprobar de oficio la permanencia de las razones que hayan fundado la imposición de la medida. En caso de sujetos a los que simultáneamente se les imponga una pena y la internación, el tiempo de internamiento se computará a los efectos de la pena privativa de la libertad, conforme al llamado sistema «vicariante».

b) Otro tipo de establecimientos previstos legalmente es el destinado a *sujetos que demandan una deshabitación a cualquier dependencia tóxica*, siempre que hayan cometido el hecho en estado de inimputabilidad o en conexión con su hábito. Este internamiento tiene una duración máxima de dos años, no correspondiendo imponerla cuando el sujeto deba sufrir más de ese tiempo de privación de libertad (en cuyo caso la deshabitación es una fase de la ejecución), ni cuando «ab initio» aparezca el tratamiento como inútil (caso en que debe internárselo en un establecimiento para infractores anormales), ni tam-

poco cuando se diesen directamente los presupuestos para el internamiento en un establecimiento para infractores anormales.

El tribunal deberá controlar de oficio cada seis meses, si se justifica la continuación del internamiento. De cualquier manera, cabe tener presente que esta internación únicamente está indicada cuando el delito cometido estuviera conectado con el hábito y cuando las futuras acciones que fuesen de temer por parte del autor fuesen de consecuencias graves, requisito que evita que la medida se convierta en un pretexto para tomar ingerencia en el ámbito estrictamente privado del autor.

c) Si bien el Código prevé una agravación de la pena por reincidencia, que permite aumentar en la mitad más el máximo de la pena conminada, también tiene establecido un internamiento en *establecimiento para autores reincidentes peligrosos*, que deberá ejecutarse después de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta internación es la reminiscencia de la antigua pena de segregación, cuyas veces hace el artículo 52 del código argentino. Si bien el código austríaco concede al tribunal facultades de apreciación mucho más amplias que las acordadas por la mencionada disposición argentina, establece claramente que este internamiento no es aplicable a menores de veinticuatro años y que las condenas desde cuyo cumplimiento hubiesen transcurrido más de cinco años hasta el hecho siguiente, no serán tomadas en cuenta, lo que evita la absurda aplicación que la jurisprudencia de Buenos Aires hace del artículo 52 argentino, que pretende convertir en «habitual» a quien durante largos años no incurrió un delito alguno. El Tribunal deberá controlar de oficio anualmente si perduran las condiciones que justificaron la internación, que, si bien es en principio indeterminado, en ningún caso podrá durar más de diez años.

En cuanto a la agravación de la pena privativa de libertad ordinaria para los reincidentes, este Código no contiene una agravación automática como la vigente en la Argentina, sino que exige que ambos hechos sean reveladores de una misma tendencia nociva en el sujeto como también que por el anterior hecho el sujeto haya estado —aunque fuera parcialmente— privado de libertad, sea por prisión preventiva prolongada, por el cumplimiento de pena privativa de libertad o por medida preventiva, es decir, que ya haya sido sometido a alguna forma de tratamiento en privación de libertad (sistema de la reincidencia real). La sentencia por el hecho anterior (o las sentencias por los hechos anteriores) pierden valor como antecedente válido para la reincidencia cuando hayan transcurrido más de cinco años sin que el sujeto estuviere sometido a privación de libertad, sea por pena o por medida preventiva.

Este es realmente un sistema racional de tratamiento legal del problema de la reincidencia, que tiene la enorme ventaja de permitir aplicar al tribunal el criterio valorativo adecuado para ponderación de la necesidad de adecuación de la sanción, pese a tener aspectos susceptibles de mejorarse. Cabe hacer notar la diferencia entre este sistema y el que rige en la Argentina, que sólo permite que se extinga como ante-

cedente la primera condena y que, conforme a una interpretación extensiva de la punibilidad y carente de asidero legal, pero impuesta por vía plenaria en la Capital, crea la figura del «habitual», que importa que la condena a una pena privativa de libertad, permanezca sobre el condenado como un sello a fuego que le perseguirá toda su vida, por ínfima que fuere la condena, es decir, que una ley que en principio era relativamente coherente (como lo fue el Código de 1921), pasó a empeorarse con las reformas legislativas que dieron carácter legal a la represividad de una jurisprudencia extraña a la mejor tradición doctrinaria argentina, nutrida en los más prestigiosos autores italianos y en la raíz legislativa bávara.

6. Como valoración general del sistema de sanciones del Código austriaco, cabe señalar la amplitud de facultades que otorga al tribunal, como también la limitación para el internamiento por dependencia tóxica en hechos que no superan la pena de dos años de privación de libertad. Es también interesante el límite temporal máximo para los reincidentes peligrosos y, en cualquier caso, el control periódico obligatorio y de oficio por parte del tribunal. De todos modos, no nos satisface la internación totalmente ilimitada en caso de imputabilidad disminuida y en los otros supuestos en que deba internarse en establecimiento para infractores mentalmente anormales, puesto que tratándose de autores que en definitiva son culpables, debería reconocerse un límite máximo para el internamiento, que no pasa de ser una privación de libertad que acude a ocupar el lugar de la pena. También es dable observar que adopta el sistema vicariante para la imputabilidad disminuida y para la deshabitación tóxica, en tanto que sigue el de la «doble vía» para los reincidentes peligrosos, criterio este último que no nos parece acertado, puesto que si las características personales del autor requieren una consideración especial diferenciada, no es posible que ésta entre en funcionamiento recién cuando ya se haya cumplido la pena.

De todas maneras, el requerimiento de gravedad tanto en el hecho cometido como en el que se teme que el sujeto pueda cometer, limita el ámbito de aplicación de estas privaciones de libertad a casos en que deban temerse consecuencias penales graves en el futuro.

La sola lectura de los preceptos del código austriaco revela que las facultades de apreciación del tribunal son considerablemente amplias, lo que, si bien es tendencia político criminal generalizada, es una cuestión que no puede imitarse con facilidad, puesto que requiere varias condiciones previas, sin las cuales la copia desnuda y aislada de un texto como el austriaco podría llegar a ser fuente de cualquier arbitrariedad. Por una parte, demanda claramente un complemento procesal que permita la contradicción amplia en el debate, respecto de cada uno de los extremos que funda la magnitud de una privación de libertad; por la otra, requiere que su aplicación se deje en manos de una magistratura muy estable, alejada de los accidentes políticos y de su nefasta consecuencia judicial, formada mediante un régimen racional de selección y ascenso, que permita un elevado grado de espe-

cialización y una conciencia de cuerpo susceptible de neutralizar las inevitables variables individuales al conocimiento social.

7. La condicionalidad de las consecuencias del delito, que era una institución conocida en el antiguo código desde la reforma de 1920, ha sido reemplazada por la indulgencia penal condicionada, que alcanza a penas de hasta dos años y al internamiento para deshabitación. Sus presupuestos están legalmente enunciados —y adecuadamente previstos en el Derecho procesal penal—, siendo obligatoria para el tribunal en los casos en que concurran los mismos.

La libertad condicional, por su parte, se admite en supuestos en que el sujeto lleve cumplida la mitad de la pena privativa de libertad, aun cuando la regla sea el cumplimiento de los dos tercios de la pena. Cabe observar que tanto de la indulgencia como de la libertad condicional no quedan excluidos los reincidentes, pues la ley deja la cuestión al criterio valorativo del tribunal, que deberá estimar en cada caso, junto con otros elementos de juicio, también la conducta precedente del sujeto.

En el Derecho penal vigente argentino en caso de condena condicional, pierde el tribunal todo contacto con el condenado, al igual que en el supuesto de la libertad condicional, en que, por lo regular, el sometimiento a un patronato de liberados no pasa de ser un mero formalismo, en tanto que el sistema austríaco adopta para la indulgencia condicionada la institución de la ayuda de prueba únicamente y de las instrucciones para el período de prueba. Por cierto que el tribunal nombrará al condenado un ayudante de prueba únicamente cuando lo considere necesario y conveniente, puesto que habrá casos en los que no tendrá objeto hacerlo. La institución del ayudante de prueba proviene del derecho de menores y el vigente Código la ha extendido a los mayores. En Austria tiene las siguientes características: se ejerce por ayudantes honorarios instruidos adecuadamente y por ayudantes oficiales especialmente formados; se limita el número de personas asistidas por cada ayudante; se provee ayuda especializada, incluso por parte del mismo ayudante de prueba.

Las instrucciones que el tribunal puede impartir al condenado no se enumeran taxativamente, como acontece en el artículo 13 argentino, sino que se formula una indicación meramente enunciativa, que el tribunal puede ampliar según las particularidades de cada caso, teniendo sólo como límite los derechos que hacen al ámbito de la personalidad de autor, sobre los que sabiamente prohíbe imponer obligación alguna. Igualmente, con el consentimiento del sometido a prueba puede instruírsele para que siga un tratamiento médico o psicológico, aunque se prohíbe expresamente que esta instrucción abarque el sometimiento a una intervención quirúrgica, aun cuando mediere el consentimiento del sujeto, limitación que también debe tomarse en cuenta. Es importante consignar que el tribunal está facultado, durante todo el tiempo de prueba, para modificar las instrucciones y cambiar de ayudante de prueba, según lo requieran las circunstancias, lo que a nuestro juicio es importantísimo, dado que permite una permanente adaptación del

control y del tratamiento dispuesto para el condenado, según vaya evolucionando o desarrollándose el mismo. Aunque la similitud es inexacta y hasta peligrosa—como toda analogía en esta materia—, puede decirse que esta institución equivale a lo que médicamente se conoce como tratamiento ambulatorio.

Estas facultades del tribunal, que en nuestro medio se desconocen, permiten ampliar considerablemente el campo de la condena y de la libertad condicionales, puesto que posibilitan que el sujeto quede sometido a una limitación a su libertad que permitirá alcanzar un mejor pronóstico de conducta mediante el simple cumplimiento de algunas condiciones, para las que en modo alguno es necesario que permanezca privado de libertad. A la disyuntiva que la ley argentina da al tribunal (liberar al penado, sin volver a tener contacto con él y sin poder instruirle mínimamente acerca de su conducta futura, o bien, dejarle privado de libertad), la ley austriaca—al igual que la alemana y anteriormente la anglosajona—, instituyendo la ayuda de prueba, ofrecen una tercera posibilidad, cuyo número eventualmente puede enriquecerse con otras alternativas, tales como comunidades en residencias urbanas, etc.

8. La ejecución penal demanda siempre una regulación necesariamente complementaria de las disposiciones del Código penal, que en Austria se encuentran en la «Ley de Ejecución Penal» (*Strafvollzugsgesetz*) de 1969, con algunas modificaciones posteriores, particularmente requeridas por el internamiento en los tres tipos de establecimientos especiales previstos en el Código de 1975. En tanto que la antigua legislación penal ejecutiva reducía toda comunicación verbal entre el personal y los detenidos, en la actual ley sólo se establece que la conversación no debe perturbar la seguridad, el orden ni el curso normal del trabajo, pero fomenta la comunicación entre los miembros de la plantilla penitenciaria y los internos, por considerar que ejerce una importante influencia positiva. Por otra parte, sabido es que la instrucción del interno en un oficio es una de las condiciones elementales para proveer a la resocialización del mismo, pero a veces esta instrucción se dificulta porque la asistencia a las clases tiene lugar luego del trabajo—lo que resulta penoso— o a la misma hora, lo que hace perder al interno una parte de su remuneración. La ley ejecutiva austriaca vigente, para evitar este inconveniente, que conspiraba contra la asistencia a las clases por parte de los internos, autoriza a que la instrucción profesional se imparta en horas de trabajo y que los internos reciban también su remuneración por su asistencia a las clases.

Toda vez que el establecimiento para desintoxicación es para autores inimputables en los que no concurren los presupuestos para el internamiento en establecimientos para anormales, como también para imputables, pero siempre que la pena que tengan impuesta no supere los dos años de privación de libertad, resulta claro que en el establecimiento de desintoxicación es posible prescindir hasta cierto punto de condiciones de seguridad, lo que facilita la creación del sentido de responsabilidad del dependiente, que es condición para su tratamiento,

pero cuando el autor deba sufrir una pena que exceda de dos años, lógicamente ya no puede estar internado en uno de esos establecimientos, sino que, por elementales razones de seguridad, debe hallarse sometido a un régimen diferente, que es al que se somete al condenado a la pena ordinaria privativa de libertad. Esto hace que la ley prevea —además de los ya mencionados establecimientos— un tratamiento para los adictos dentro del marco de la ejecución ordinaria de la pena privativa de libertad. Cabe hacer notar que no es nada sencillo proceder a esta tentativa de tratamiento dentro de un ámbito en que al mismo tiempo resulta necesario, dada la mayor magnitud del injusto cometido y la mayor peligrosidad del penado, mantener una mayor restricción de su libertad, puesto que los principios en que debe basarse todo tratamiento de deshabitación, fundado no sólo biológicamente, sino, como es ineludible, con un adecuado apoyo fundamentalmente psicoterapéutico, se hallan en contradicción fáctica, porque el dependiente necesita formarse un sentido de responsabilidad, de autocontrol, para lo cual hay que irle dotando de un cierto margen de libertad que, por las condiciones de la ejecución penal no es sencillo lograr sin lesionar al mismo tiempo la seguridad. Además, la ley ejecutiva penal fomenta el contacto del interno con el mundo exterior, como modo de evitar en lo posible un desarraigo muy grande. Uno de los medios para lograrlo fue la supresión de los plazos y del número máximo de cartas escritas por los penados. Por otra parte, cabe tratar de evitar en todo momento una inútil lesión a la autoestima del penado, por lo que, con buen criterio y en la medida de lo posible, la ley penal ejecutiva austríaca trata de no inmiscuirse en la vida privada del interno, limitando la censura de su correspondencia a casos excepcionales. La previsión de la salida libre es otro medio al que se acude para ir procurando la reinserción social del penado, es decir, mediante un sistema según el cual el penado trabaja fuera del establecimiento sin vigilancia, pero vuelve al establecimiento, en el que transcurre su tiempo libre. Por último, durante un período que oscila entre los tres y doce meses antes de ser puesto en libertad, se programa un incremento del contacto con la vida libre, mediante el cual se le cancelan paulatinamente todas las limitaciones que van ineludiblemente unidas a la pena privativa de libertad.

9. En cuanto a la caracterización general del delito, el comentario más o menos profundo de las disposiciones más significativas, excedería notoriamente el ámbito de lo que no pretende más que destacar la importancia de este Código como elemento de insustituible valor para el Derecho penal comparado de nuestros días. No obstante, cabe señalar muy brevemente los que consideramos sus rasgos fundamentales más salientes. La legítima defensa (llamada «defensa necesaria», a la usanza germana) no ampara la defensa de cualquier bien jurídico, sino que los limita, al tiempo que traduce, en una formulación bastante correcta y precisa, la exclusión de la justificante de los casos en que, conforme a la tradición española, llamaríamos falta de «racionalidad» en la defensa (§ 3, párrafo 1). El dolo se define prescindiendo de la llamada «consciencia de la antijuricidad», con lo que queda claro que

el texto se afilia a la denominada «teoría de la culpabilidad» (§ 5, párrafo 1). Al igual que en nuestro texto, la tipicidad imprudente sólo es punible en los casos legalmente previstos (§ 7, párrafo 1). Excluye la punición por el delito doloso en los casos de justificación putativa, limitándose a penarlos conforme a la pena del tipo culposo, cuando éste existiese (§ 8). Llama «error de derecho» a lo que doctrinariamente es un error de prohibición, al que en caso de vencibilidad resta toda significación, en tanto que excluye la culpabilidad cuando fuera vencible (§ 9). Es notable que sólo considere al estado de necesidad como causa de inculpabilidad (§ 10). La fórmula de la inimpunitabilidad está muy bien lograda (§ 11) y si bien no hay una especial referencia a la imputabilidad disminuida, lo cierto es que la misma puede estar comprendida en las disposiciones sobre causas especiales de atenuación (§ 34, números 1, 4, 8 y 11, sin contar con que dichos supuestos del § 34 son meramente ejemplificativos). Interesante resulta consignar que si bien el Código no admite la tesis de la «actio libera in causa» en lo que respecta a la embriaguez que no llega a configurar un estado de inimpunitabilidad, establece que la misma se tomará o no como circunstancia de atenuación según que de la provocación de tal estado fuese o no responsable al sujeto (§ 35). En cuanto a la concurrencia de personas en el delito, consagra la solución del llamado «autor único», es decir, que aplica la misma pena al autor, al cómplice y al instigador, aclarando que la culpabilidad se cuantifica individualmente (§§ 12, 13). Caracteriza a la tentativa, como «la ejecución de una acción inmediatamente precedente» (§ 14) y, respecto de la tentativa inidónea, corta por lo sano, consagrando certeramente su impunidad (§ 15, párrafo 3). No sólo deja impune la tentativa en caso de desistimiento y en el arrepentimiento activo en que el autor logra impedir el resultado, sino también cuando, pese a esforzarse seriamente, no lo impide, pero se evita al margen de su intervención (§ 16, párrafo 2). En cuanto a la concurrencia, no hace diferencia alguna entre la real y la ideal, sino que somete a ambas al principio de la absorción, aunque permite la acumulación de penas de diferente naturaleza, la que no siendo imperativa legalmente, queda a criterio del tribunal (§ 28). Interesante es la disposición sobre unificación de condenas en caso de concurso real, pero en que el primer hecho ya haya sido juzgado por otro tribunal. No permite aquí el Código de Austria —a diferencia del argentino— que el tribunal que conoce en segundo término dicte una pena única, haciendo ceder el principio de la cosa juzgada, sino que sólo admite que el segundo tribunal pueda imponer una adición a la pena anterior, que no podrá exceder, en conjunto, con la pena anteriormente impuesta, el máximo de la pena para el delito más grave, conforme al principio de la absorción que rige el concurso (§ 31). De cualquier manera, como el segundo tribunal entiende de la causa en la forma del concurso real, si considerase el segundo hecho, de haber sido juzgado conjuntamente con el primero, no hubiese alterado la cuantía de la pena ya impuesta por el tribunal anterior, puede prescindir de aplicar la adición prevista (así, § 40). Este es un

interesante sistema que permite salvar el difícil escollo del juez natural como garantía procesal, cuando se deben unificar penas para hechos cuyo conocimiento corresponde a distintas competencias, especialmente en países federales. Con el sistema austríaco bien se puede hacer que lo que en el sistema argentino se llama «unificación» se practique por cualquiera de los fueros, puesto que adicionar la pena ya impuesta no importa tocar lo ya juzgado en forma que evita considerar la cuestión como intromisión en otro fuero en el que el segundo juez sería incompetente. No obstante, el § 40, al extender las reglas de la cuantificación penal del concurso a toda condena posterior, crea las mismas dudas que existen en el sistema argentino cuando se presente el caso de que la pena que se estuviera cumpliendo por un hecho juzgado con anterioridad a la comisión de otro, ya alcanzase la medida legal máxima admisible.

10. En cuanto a la edad del infractor, cabe aclarar que la minoridad penal se extiende hasta los 14 años, comenzando la responsabilidad penal a partir de la misma edad. No obstante, incluso en casos en que el sujeto no fuera inimputable, hallándose entre los 14 y los 18 años, pero por especiales razones vinculadas a su desarrollo no pudiese comprender acabadamente el contenido injusto de su hecho o conducirse conforme a esa comprensión, no se lo penará, conforme lo dispone el § 10 de la Ley de Justicia Juvenil. La completa responsabilidad penal se adquiere en realidad a los 18 años, pero incluso entre los 18 y los 20 años, como ya hemos visto, no podrá imponerse al autor ninguna pena privativa de libertad por vida, la que se reemplaza por una pena temporal de 10 a 20 años. Por otra parte, entre las causas especiales de atenuación de penas, el número 1 del § 34 contempla en forma particular la circunstancias de que el sujeto, pese a haber cumplido los diez y ocho años, no haya alcanzado aún los veintiuno en el momento del hecho.

V. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA PARTE ESPECIAL

1. El Código distingue entre crímenes y delitos (*Verbrechen* y *Vergehen*), considerando crímenes a los que, siendo dolosos tienen penas privativas de libertad mayores de tres años o por vida, siendo delitos los restantes (§ 17). No hace referencia alguna a las contravenciones que quedaron relegadas al orden administrativo, como antigua tradición austríaca. De cualquier manera, la cuantificación penal será lo que permita saber si se trata de un crimen o de un delito, pero sus consecuencias prácticas no son de gran importancia.

En cuanto al orden de los bienes jurídicos tutelados en los tipos de la parte especial, es decir, en cuanto a la sistematización de la misma, el Código toma la sistematización que se remonta a Feuerbach (análoga a la argentina), abandonando la vieja sistemática napoleónica

o imperialista, en que el Estado encabezaba la nómina de los bienes. Este cambio, aparentemente insignificante es, sin embargo, altamente determinante en la interpretación de un texto legal, puesto que coloca la vida humana a la cabeza de los objetos de tutela legal, desechando la concepción de que la primaria función del Derecho penal es la tutela o apuntalamiento de la estructura política del Estado, concepto proveniente del Derecho romano imperial y que luego ha cobrado fuertes tintes autoritarios.

Puesto que no nos resulta factible ocuparnos en detalle de la parte especial, nos limitaremos a señalar los aspectos de la misma que nos parecen más interesantes y sobre los que creemos que conviene detenerse, sea por originales, curiosos, diferentes, atinados o discutibles.

2. Es curioso apuntar que la antigua legislación llamaba «asesinato» (*Mord*) a cualquier homicidio doloso, y «homicidio» (*Totschlag*) prácticamente sólo a lo que para nosotros es el homicidio preterintencional. En el actual código se llama «asesinato» a todo homicidio doloso, en tanto que se reserva la denominación equivalente a «homicidio» únicamente para el emocional (§ § 75 y 76). En este sentido la denominación que adopta es análoga a la del Código de la República Democrática Alemana (§ § 112 y 113), lo que se separa de la tradición de que *Mord* era el homicidio calificado o asesinato y *Todtschlag* el homicidio no premeditado (§ § 211 y 212 del Código del *Reich*) siendo el homicidio emocional un caso particular de homicidio privilegiado (§ 213 del mismo). Para el Código de Alemania Federal, *Mord* sigue siendo el homicidio calificado (asesinato), *Totschlag* el homicidio simple y el emocional un «caso de homicidio de menor gravedad» (§ § 211 212 y 213). Para el Código de Baviera (arts. 142 y ss.) *Todtschlag* era el género y *Mord* la denominación común de sus especies graves.

3. En la consideración del homicidio imprudente, el código no se limita a tipificar cualquier imprudencia, sino que contempla una imprudencia común y otra que tiene lugar en condiciones especialmente peligrosas (§ 81) y, aunque su enunciado tan genérico (párrafo 1) no resulta aconsejable, el concretamente planteado en el párrafo 2 sugiere la posibilidad de estructurar tipos culposos calificados más individualizadores del grado de imprudencia, lo que responde a sanos criterios político-penales.

4. Por lo que a la imprudencia misma respecta, también cabe tener como atinada la disposición del párrafo 2 del § 88, que elimina la punibilidad de las lesiones culposas leves en ciertos casos en que su punición resultaría inhumana o francamente innecesaria.

5. Es importante la disposición según la cual el consentimiento del lesionado elimina la antijuridicidad de la conducta, siempre que la misma no se halle reñida con las buenas costumbres (§ 90). Agrega el código (*idem*, párrafo 2) una disposición especial para el caso de la esterilización, que promovió hace algunos años un largo y violento debate que en la Argentina motivó una legislación especial al respecto. El Código austriaco requiere que la misma sea hecha por un médico con consentimiento del paciente, pero a tal efecto demanda, por parte

del paciente, la edad mínima de veinticinco años, es decir, que el consentimiento para someterse a tal intervención no puede prestarse válidamente con la capacidad común, requisito que responde, seguramente, a la necesidad de certeza de una más completa maduración afectiva.

6. El más serio de los problemas que planteó el Código—y el único sobre el que no hubo unanimidad en el Consejo Nacional— fue respecto de la regulación legal del aborto. Uno de los supuestos de exclusión de la punibilidad es similar al existente en casi todos los textos legales, al que agrega el caso en que la embarazada sea menor de catorce años, pero, en definitiva, se trata de los casos de los llamados terapéuticos y eugénico (§ 97, párrafo 1, número 2), siendo el número 1 del mismo párrafo el que apareja los problemas y discusiones, pues se establece en él la facultad de la embarazada de consentir que se le practique el aborto, a condición de que lo sea por un médico y previa consulta con el mismo y siempre que la interrupción del embarazo tenga lugar dentro de los tres primeros meses posteriores a la concepción. Durante estos tres primeros meses, por consiguiente, la mujer queda prácticamente en absoluta libertad para decidir al respecto. El argumento que se esgrimió—aquí como en el resto de los países de Europa en que se sancionaron disposiciones similares o en que se pugna por hacerlo— es la impunidad real del aborto. Estimamos que el fenómeno de la impunidad del aborto no es suficiente por sí mismo como para justificar su desincriminación, al menos sin introducir algunas distinciones mínimas, como sería la particular consideración del caso del aborto económico, en el que quizá—y según las circunstancias concretas— puede ser que la desincriminación ayude a su prevención, facilitando la aplicación de un sistema de asistencia social y seguro de maternidad, pero ello no acontecería con todos los restantes supuestos que obedecen a motivaciones por completo diferentes, respecto de las cuales es muy difícil llevar a cabo una prevención eficaz, a la cual, por otra parte—y a diferencia del caso del aborto económico— no obsta la incriminación de la conducta.

Una cláusula especial garantiza la libertad de conciencia del personal médico y auxiliar interviniente en esos casos, prohibiendo toda discriminación en base a su intervención o a la negativa a intervenir en la práctica de tales abortos.

7. La toma de rehén o secuestro extorsivo es uno de los delitos más difundidos por su gravedad y alcance, organizado incluso internacionalmente y que promueve un general sentimiento de inseguridad, al tiempo que revela por parte de sus autores una singular desconsideración a la persona humana, comparable a la del homicidio o en ocasiones mayor. Esta magnitud de injusto y la alarma social provocada por la multiplicación y publicidad de los casos ocurridos, llevó al Código austríaco a penarlo con una de sus conminaciones más severas, pese a que tiende un puente de oro al autor al facilitarle no sólo el desistimiento, sino un arrepentimiento posterior a la consumación, que importa una atenuación sumamente considerable de la pena, que puede tornarla insignificante.

8. Dado que la estafa se ha convertido en un puro delito patrimonial con desplazamiento económico, ha sido necesario agregar al nuevo texto un tipo autónomo de engaño, en que el sujeto ve perjudicada su libertad, desde que se le vicia su voluntad mediante engaño para que con su propia conducta, omisión o tolerancia, cause una lesión a sus bienes jurídicos, sin que medie necesariamente un desplazamiento (§ 108).

9. El § 110 del código es digno de tomarse en cuenta, pues constituye un hueco en la mayor parte del Derecho penal comparado: el tratamiento médico arbitrario como delito contra la libertad. El tratamiento médico no es obligatorio para el paciente, sino que es el quien elige someterse o no al mismo, especialmente cuando se trate de intervenciones quirúrgicas mutilantes o similares. Si se admite que el médico no actúa sólo justificadamente, sino que cuando lo hace con finalidad terapéutica su actividad resulta atípica frente a los tipos de delitos contra la integridad física, es decir, que no es típica de lesiones, el sometimiento del paciente a un tratamiento semejante sin su correspondiente consentimiento configura una actividad que lesiona gravemente la libertad individual, al punto de que el médico se sustituye al paciente en una decisión que únicamente incumbe a este último. En definitiva, en el mundo contemporáneo, demasiado frecuentemente se olvida o se desconoce el derecho a morir en paz, de modo que esa actividad arbitraria del médico resulta lesionando un bien jurídico en forma completamente atípica que para la ley argentina. La exclusión de responsabilidad para el profesional que aparece en el párrafo segundo del mencionado parágrafo responde a una justificante de estado de necesidad o a un consentimiento presunto, según sea el caso, que realmente sobra en el texto expreso de la ley, puesto que operaría igualmente haciendo jugar los principios generales de la responsabilidad penal.

10. Es interesante observar detenidamente las disposiciones del capítulo quinto de la parte especial, referidas a las lesiones a la esfera privada del sujeto y a ciertos secretos profesionales e industriales. La técnica moderna, particularmente la electrónica, logra hoy que no haya prácticamente impedimento físico que impida el acceso a conversaciones ajenas, sea que éstas tengan lugar personalmente o por medio de comunicación a distancia. Puede violarse el secreto postal sin abrir la carta, puede violarse la privacidad de una conversación telefónica o de una conversación directa mediante el uso de mecanismos diminutos o supersensibles, puede interceptarse cualquier comunicación a distancia sin que lo perciban los que la mantienen. Si bien es de felicitarse por las considerables posibilidades que estos progresos permiten al hombre contemporáneo, tampoco puede ignorarse que también son idóneos para aniquilar su esfera íntima, circunstancia que debe ser contemplada penalmente, superando la vieja tipificación de la convencional revelación de secretos e incorporando las conductas lesivas cuyas posibilidades abren precisamente estos avances, que el código austriaco incorpora en sus §§ 118 a 120.

11. Resulta muy interesante notar la diferencia que se hace entre los §§ 125 y 135, en que el primero corresponde a un daño que se le hace a la cosa ajena sin sustraerla al poder de quien la tenga, en tanto que el segundo tipifica la sustracción de la cosa, es decir, la privación que de la cosa se hace sufrir al otro, pero sin apropiársela, tal como puede acontecer con quien suelta a un animal valioso ajeno. En ambos casos se ve perjudicado el patrimonio ajeno, pero en tanto en el primero no hay sustracción, en el segundo hay sustracción sin apoderamiento (pues en caso de haberlo, la hipótesis del segundo sería un hurto).

12. A partir de la figura básica del hurto se procede a una pluralización de hipótesis con diversa conminación penal: hurto grave, hurto con fractura o con armas, profesional, en banda y rapaz. Para evitar toda posibilidad de atipicidad, tanto el apoderamiento de energía como la usurpación de un derecho de caza o de pesca, que anteriormente eran considerados como hurtos, son tipificados por separado (§§ 132 y 138).

13. En el § 136 se contempla el único caso del llamado «hurto de uso», en el uso no autorizado de vehículos de tracción mecánica. La limitación de la atracción mecánica deja fuera del precepto a los vehículos de tracción a sangre.

14. El § 151 contempla uno de los supuestos de abuso de seguro, que se consuma con la mera producción dolosa del siniestro, hecha con la intención de cobrar la indemnización correspondiente. Es interesante consignar que si bien esta figura tiene su equivalente en el Código argentino (art. 174, inc. 1.º), éste resulta demasiado estrecho, puesto que no abarca el supuesto de la autolesión o de la lesión a otro, contemplado especialmente en la ley austríaca.

15. Es interesante consignar que el § 164 tipifica el encubrimiento real o de cosas como delito contra la propiedad, con la particularidad de que no sólo pena al que oculta la cosa de la que directamente se apoderó u obtuvo otro con el delito, sino también el valor sustitutivo que el otro pudo obtener de dicha cosa. El encubrimiento personal aparece tipificado por separado, en el § 299, entre las acciones punibles contra la administración de justicia.

16. Cabe advertir la amplitud con que la ley admite el arrepentimiento una vez consumado el delito, es decir, como un instituto distinto del arrepentimiento activo entendido como evitación del resultado en caso de tentativa acabada, respecto de los delitos contra la propiedad (§ 167), para el cual toma en cuenta hasta el compromiso contractual para reparar la totalidad del daño por parte del autor. En rigor de verdad, sabemos perfectamente que la cifra negra del delito contra el patrimonio es enorme, puesto que en la práctica es frecuente que hechos de esa naturaleza se solucionen en la forma de restitución o de pago parcial o a plazos o por otra vía reparadora del daño cometido. La ley austríaca es práctica en este sentido y, siempre que el delito se conozca por la misma acción del autor y antes de cualquier

intervención de la autoridad judicial o policial, aún admitiendo incluso que el autor proceda a instancia del sujeto pasivo, otorga relevancia a este arrepentimiento, que, por otra parte, también contribuye a evitar que el sujeto pasivo pueda abusarse de la situación del autor que ha cometido el delito con ligereza, sometiéndolo a una suerte de extorsión legal, desgraciadamente harto frecuente. No deja de ser una circunstancia que debe tomarse en cuenta y una posibilidad legislativa digna de ser estudiada.

En cuanto al § 168, cabe hacer notar que considera al juego de azar como un delito contra la propiedad. A nuestro juicio no es esa la posición correcta en cuanto al bien jurídico —penalmente tutelado, porque lo que el juego de azar prohibido constituye es una protección a un monopolio del Estado.

17. La totalidad del capítulo decimoséptimo está dedicado a las acciones punibles de peligro común, siendo sus tipos sumamente interesantes, tanto por la incorporación de peligrosas conductas como los delitos nucleares o mediante radiación iónica, la piratería aérea y los diversos delitos que para el apoderamiento de una aeronave pueden cometerse tanto durante el vuelo, a bordo de la misma, desde tierra, afectando el vuelo o a la seguridad de la misma o apoderándose de ella. En realidad, este capítulo, que incluye también la protección del medio ambiente, está muy bien elaborado en el Código austriaco y es uno de los que con mayor detenimiento deben ser observados y estudiados con miras al futuro, puesto que el permanente avance científico va aumentando las posibilidades de comisión de estos delitos o el uso de medios cada día más poderosos, que hacen que a veces corresponda dudar acerca de si algunas de estas conductas deben ser materia del Derecho penal común o deben un día no lejano entrar en el ámbito del Derecho penal militar, dada la posibilidad de destrucción masiva e indeterminada de bienes jurídicos ajenos. De especial interés, dada la imprevisión de nuestra legislación, son los §§ 180 y 181, referidos al envenenamiento doloso y culposo de la atmósfera.

18. La libertad de cultos se encuentra garantizada penalmente con la tipificación de los delitos que afectan la paz religiosa, perturbando acciones del culto, dando lugar a que se enconen las personas por ultrajes a objetos del culto o a personas con representación o dignidad religiosa y, especialmente, contemplan también los delitos contra la paz de los muertos, es decir, cometidos contra los sepulcros o lugares donde reposen restos mortales, problema que está totalmente olvidado en la ley penal argentina vigente, que sólo contempla el apoderamiento de cadáver con finalidad extorsiva (ver §§ 188 a 190).

19. Dado que no siempre que se abandona a un menor se lo hace en forma que ponga en peligro la vida o la salud del mismo, el § 197 tipifica expresamente el abandono, es decir, el mero quebrantamiento de la obligación de asistir al menor de catorce años, aunque ese quebrantamiento no ocasione peligro alguno para la integridad del mismo, bastando con que se lo haga con el ánimo de desembarazarse de él.

20. El § 259 resulta sumamente interesante: sabido es que los delitos militares o militarizados son delitos propios, es decir, delitos en que el autor debe estar sometido al estado militar: esto tiene por resultado que quien participa en un delito militar sin tener el carácter de tal no puede resultar punible, al menos con la fórmula del autor único. El código contempla expresamente estas posibilidades, penando al que participe en ciertos delitos militares, es decir, tipificando por separado la participación en tales delitos, como un tipo independiente.

21. El § 292 contiene una especial previsión referida al falso testimonio o falsa deposición judicial. Sabido es que se trata de un delito que se caracteriza por ser de propia mano, es decir, por no admitir la autoría mediata, lo que hace que quien haga incurrir en error a otro acerca de lo que depone en su testimonio no puede ser considerado autor del delito de falso testimonio. Para solucionar este problema, que incluso podía llegar a dar lugar a un hueco legislativo —aunque hubiese sido solucionable por otra vía—, la ley austríaca ha preferido asegurarse la solución tipificando autónomamente la conducta de provocar una deposición incorrecta de un tercero.

22. Es interesante observar que la calumnia está ubicada en el § 297, como delito contra la administración de justicia, en tanto que la injuria y la difamación están consideradas como delitos contra el honor de las personas en los §§ 115 y 111 respectivamente.

23. El § 315 tiene también la virtud de llenar un hueco que fue provocado al convertirse la estafa en un delito puramente patrimonial y que difícilmente en algunos casos pudiese considerarse a la conducta que en él se incrimina como típica de estafa: se trata del engaño que tiene lugar por parte de quien obtiene por ese medio una función pública para la cual no reúne los requisitos legales necesarios. Frecuentemente puede este delito constituir también (en concurso ideal) una falsedad ideológica, una usurpación de títulos, etc., pero bien puede darse el supuesto en que tenga lugar un mero ardid idóneo sin que concurra ninguna de las otras tipicidades.

VI. CONCLUSIONES

Pocas dudas caben respecto de la existencia de textos legales con soluciones más especializadas y consideradas más avanzadas que las del Código que traducimos y presentamos, como también que se han propuesto otras de similar carácter, acerca de cuyo destino aún resta bastante por discutir. El texto de que nos ocupamos ahora, creemos que es el más simplificado entre los modernos y que responde a una organicidad singular, evitando caer en un casuismo exagerado. Por otra parte, lo importante de cualquier Código es su viabilidad, especialmente en lo que respecta a su sistema penal. A este respecto, estimamos que el código austríaco es bastante prudente, puesto que se maneja con pocos establecimientos especializados, sin caer en una programa-

ción irrealizable, al par que le concede una amplísima gama de posibilidades a los tribunales para que puedan resolver conforme a las circunstancias propias de cada caso, que difícilmente son previsibles legislativamente en sus mínimos detalles, no quedando a la ley otro recurso que establecer los lineamientos generales a los que debe responder la conducta del magistrado y tratar de dotar al mismo de la máxima preparación posible, para que pueda proceder a una correcta aplicación del mismo. Sería sumamente interesante vivenciar la experiencia de la puesta en práctica del texto de que nos ocupamos y del resultado obtenido por el mismo, pero, de cualquier manera, tenemos la certeza, al menos por las estadísticas manejadas con motivo de la creemos que el presente es un ejemplo, por sus soluciones avanzadas sumamente considerable de penas cortas privativas de libertad, lo que por sí ya constituye un mérito innegable.

La viabilidad de la aplicación de un texto legal es el primer requisito que deben tener en cuenta quienes lo proyectan y, al respecto, creemos que el presente es un ejemplo, por sus soluciones avanzadas dentro de lo razonable, porque elude lo utópico y porque no cae en un tecnicismo retribucionista, vetusto y desacreditado.

Creemos que sus mayores ventajas son las siguientes: a) aparece coordinado con una reforma procesal y penitenciaria; b) emplea un lenguaje altamente técnico y depurado; c) concede un amplio margen de libertad decisoria al tribunal; d) reconoce la importancia de la personalidad del autor en la reacción penal; e) hace depender la reacción penal de la efectiva gravedad de los actos cometidos y de los que puedan temerse por parte del autor; f) elimina cualquier posibilidad de reacción penal frente a nimiedades, por más que sean formales; g) amplía los «puentes de oro» que permiten la impunidad del delito cuando el autor se arrepiente en forma espontánea; h) prevé (limitadamente) la posibilidad de agravaciones de la reacción penal fundadas en el pronóstico de conducta como hecho real y que debe verificarse en forma efectiva y jamás como una presunción *juris et de jure*; i) es un texto orgánico que huye del casuismo sin caer en la arbitrariedad. *Estas condiciones nos permiten opinar que con este texto, la Segunda República de Austria logró coronar en forma admirable el anhelo que se había venido postergando por más de un siglo.*