

E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año IX, N.º 17
Nov de 2023
ISSN: 2469-0864



Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.



Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de

la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA: DERECHO PENAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN: 2469-0864

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por la **ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES (CEICJUS)**.

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Díaz

La Pampa 2670, 2.º piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. EN LETRA: DERECHO PENAL, el CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA: DERECHO PENAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

DIRECCIÓN

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

SUBDIRECCIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA)

Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Agustina SZENKMAN (UBA)

Lara BENÍTEZ (UIDESA)

COMITÉ EDITORIAL

Antonella DONNES (UBA)

Carla SALVATORI (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY)

Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

Diana VELEDA (UTDT)

Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA)

Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

M^a. Belén RODRÍGUEZ MANCENIDO (UBA)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

Ezequiel MALARINO (UIDESA/CONICET)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/CONICET)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Héctor OLÁSULO ALONSO (UIROSARIO)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Daniel PASTOR (UBA)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UIPF)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

José Milton PERALTA (UNC)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Luis GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Ricardo ROBLES PLANAS (UIPF)

Hernán GULLCO (UTDT)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Máximo LANGER (UCLA)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UIPF)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UIDESA)

Alejandra VERDE (UIDESA/UTDT)

Eric HILGENDORF (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

Patricia ZIFFER (UBA)



EN LETRA
DERECHO PENAL

“EN LETRA: DERECHO PENAL” es una publicación semestral fundada en 2015 y su premisa es ofrecer una revista de excelencia, guiada por los estándares internacionales de referato doble ciego.

Tres declaraciones y garantías:

1. “EN LETRA: DERECHO PENAL” está diseñada de manera hipervinculada para facilitar su navegación interna y a destinos externos (fuentes referenciales on-line, EnLetra.com, correos electrónicos, etc.).

2. “EN LETRA: DERECHO PENAL” garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que cumplan con una extensión máxima de 30 páginas y se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.

3. “EN LETRA: DERECHO PENAL” es un espacio abierto, por lo que los autores podrán enviar sus contribuciones libremente, siempre y cuando se cumplan los requisitos de estilo. La evaluación de los artículos se basará exclusivamente en su contenido.

EDITORIAL

COLUMNAS

¿A todo o nada?, Marcos Aldazabal, 7

ARTÍCULOS

Indulto a Fujimori, Kai Ambos y Gustavo Urquizo, 23

Derecho penal adaptado a la inteligencia artificial, Raquel Roso Cañadillas, 43

El genocidio como crimen de Estado ante la Corte Internacional de Justicia, Natalia Luterstein, 95

Estafa por omisión, José Milton Peralta, 136

Discusiones en torno a los estándares probatorios, Nicolás Schiavo, 158

TRADUCCIONES

Excepcionalismo estadounidense en la pobreza y la desigualdad, Nicola Lacey y David Soskice, 201

RECENSIONES

“Derecho procesal penal alemán y argentino” de Pablo Larsen, Eugenio Sarabayrouse, 240

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

EDITORIAL

COLUMNS

All or Nothing?, Marcos Aldazabal, 7

ARTICLES

Fujimori's Pardon: New Chapter, Same Old Story?, Kai Ambos and Gustavo Urquizo, 23

AI-Adapted Criminal Law, Raquel Roso Cañadillas, 43

Genocide as a State Crime before the International Court of Justice, Natalia Luterstein, 95

Fraud by Omission, José Milton Peralta, 136

Discussions about Standards of Evidence, Nicolás Schiavo, 158

TRANSLATIONS

American Exceptionalism in Inequality and Poverty, Nicola Lacey and David Soskice, 201

BOOK REVIEWS

"Derecho procesal penal alemán y argentino" by Pablo Larsen, Eugenio Sarra bayrouse, 240

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

Editorial

Con este número diecisiete comienza el noveno año de En Letra: Derecho Penal. Si bien se trata del número correspondiente a noviembre de 2023, la revista se ha publicado en el año 2024, por diversos atrasos producto de los inconvenientes y acumulación de tareas que se produjeron durante la última pandemia. A pesar de eso, se trata de uno de los números más fuertes que hemos preparado: contamos con contribuciones clásicas de dogmática penal, pero también con varios textos de derecho internacional penal, criminología y derecho procesal penal. Esperamos que los lectores disfruten de esta nueva edición de la revista.

¿A TODO O NADA?

UNA LECTURA ARGENTINA DE TRUMP V. UNITED STATES

Marcos Aldazabal¹

I. Introducción

En julio de este año, en el primer caso de persecución penal contra un ex presidente por actos cometidos durante sus funciones, la Corte Suprema de los Estados Unidos se expidió sobre los alcances de la inmunidad presidencial.² En *Trump v. United States*, el máximo tribunal norteamericano tomó una decisión que, para muchos, significó proteger a quien ejerza la titularidad del Poder Ejecutivo con alcances cuasi monárquicos.³ Considero que los presidentes tienen inmunidad penal absoluta respecto de lo que hagan en el marco de sus competencias exclusivas e inmunidad presuntiva respecto de lo que hagan en el marco de sus competencias delegadas. Además, al excluir a las intenciones presidenciales para la toma de una decisión como material probatorio, la Corte estadounidense limitó significativamente la posibilidad de acreditar que ciertas conductas *prima facie* enmarcadas dentro de competencias legales fueran, en realidad, delictivas.

En este trabajo, me interesa estudiar lo decidido en *Trump v. United States* desde una perspectiva local. Más concretamente, mi objetivo es explorar si las razones que fundaron este fallo deberían o, al menos, podrían, ser consideradas en nuestro país. La lectura extensiva de la inmunidad presidencial de la Corte norteamericana se apoyó en la idea de que liderar el Poder

¹ Abogado, UBA; LLM, London School of Economics and Political Sciences; Profesor de Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella.

² SCOTUS, “*Trump v. United States*”, 1 de julio de 2024, [*Trump v. United States*, 603 U.S. ____ (2024)].

³ AMAR, “Something Has Gone Deeply Wrong at The Supreme Court”, en *The Atlantic*. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2024/07/trump-v-united-states-opinion-chief-roberts/678877/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024]; TRIBE, “The Trump Decision Reveals Deep Rot in the System”, en *The New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2024/07/01/opinion/supreme-court-trump-immunity.html#> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024]; ACKERMAN, “The Path Not Taken in Trump’s Immunity”, en *Project Syndicate*. Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-supreme-court-immunity-case-barrett-had-right-approach-by-bruce-ackerman-2024-07> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

Ejecutivo requiere un grado de coraje y de libertad de decisión que la posibilidad de ser perseguido penalmente afectaría. Este análisis es opuesto al frecuentemente aplicado en Argentina, que plantea que para evitar abusos de quienes ejercen el poder público es necesario disuadirlos a través de normas penales y procesales penales más rigurosas que aquellas aplicadas en casos ordinarios.⁴

Para poder evaluar la pertinencia que tendrían en nuestro país aproximaciones como la de la Corte de Estados Unidos, en primer lugar, expondré los puntos principales de *Trump v. United States*. En segundo lugar, contrastaré esa decisión el enfoque hacia la persecución de funcionarios públicos más frecuente en Argentina. En tercer lugar, daré cuenta de las ventajas y desventajas tanto de la postura de la Corte norteamericana como de la aplicada en nuestro país. En cuarto lugar, expondré que si se quiere debatir una eventual limitación de persecución a funcionarios públicos, como forma de preservar el funcionamiento estatal, la inmunidad no es la mejor vía para hacerlo. Expondré, tentativamente, alternativas que podrían permitir la rendición de cuentas de funcionarios públicos sin generar impunidad injustificadas y, a su vez, sin perjudicar el funcionamiento de la administración pública.

II. *Trump v. United States*

Donald Trump es la primera persona en la historia de los Estados Unidos en ser penalmente imputada por conductas llevadas a cabo mientras ejercía la presidencia. Se lo acusó de haber tomado cinco decisiones tendientes a no ceder el poder luego de ser derrotado por Joe Biden en 2020, cuando buscaba su reelección. La primera habría consistido en impulsar que le fueran transferidos votos que correspondían a Joe Biden. La segunda habría supuesto la organización de electores fraudulentos en siete estados, que habrían enviado certificados electorales falsos al vicepresidente (que es quien está a cargo del conteo de la elección). La tercera habría implicado utilizar al Departamento de Justicia para comunicar a los estados información falsa referida a la detección de irregularidades en la elección. La cuarta habría radicado en tratar de que el vicepresidente alterara los resultados electorales y, al no lograrlo, en instar a manifestantes a dirigirse al Capitolio para cuestionar la elección. La quinta habría sido utilizar la invasión al Capitolio para expandir, aún más, los rumores de fraude electoral.

⁴ GONZÁLEZ OCANTOS y BARAYBAR-HIDALGO, "Lava Jato Beyond Borders: The Uneven Performance of Anti-Corruption Judicial Efforts in Latin America" en *Taiwan Journal of Democracy*, vol 15, n° 1, 2019, pp. 63-89; MOTA PRADO y DE ASSIS MACHADO, "Using Criminal Law to Fight Corruption: The Potential, Risks, and Limitations of Operation Car Wash (Lava Jato)", *The American journal of comparative law*, vol. 69, 2021, pp. 834-879; MORGENSTERN, *Cosa juzgada fraudulenta*, Editorial IB, 2005.

Por estos hechos, un jurado de acusación constituido en el Distrito de Columbia imputó a Trump por cuatro cargos penales.⁵ La defensa de Trump solicitó que se desestimara la acusación debido a que todas las acciones que se le atribuyen constituyen el ejercicio propio de sus funciones, por el que un presidente no puede ser perseguido penalmente. Luego de que la petición de Trump fuera rechazada por las instancias inferiores, el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Al abordar la inmunidad, la Corte Suprema estableció, en primer lugar, que había acuerdo respecto de que un presidente puede ser perseguido por los actos que realice en carácter no oficial, aun durante el ejercicio de su función.⁶ Las dudas radicaban en si podía ser perseguido por actos realizados en carácter oficial. Mientras que la defensa de Trump argumentaba que no, la acusación argumentaba que sí. La Corte presentó su posición como un punto intermedio, al indicar que el poder presidencial requería, al menos, cierta inmunidad. Sin embargo, al desarrollar el alcance de esta inmunidad, la Corte, lejos de la ecuanimidad, fue incluso más allá de lo propuesto por la defensa de Trump.

Para contextualizar su decisión, la Corte caracterizó las atribuciones del presidente como de “importancia y amplitud sin parangón”⁷ y enumeró las diferentes áreas en las que impactan, desde la administración interna hasta las relaciones internacionales. Como siguiente paso, la Corte dividió estas atribuciones entre aquellas que surgen de la Constitución y aquellas que le son otorgadas por el Congreso. Entre las primeras está, por ejemplo, otorgar indultos; entre las segundas hay todo tipo de delegaciones legislativas, como regular licencias de transmisión audiovisual o fijar parámetros de ciertas cargas tributarias.

De acuerdo con la Corte, los presidentes gozan de inmunidad absoluta respecto de su autoridad emergente de la Constitución y de inmunidad presuntiva respecto de su autoridad delegada por el Congreso. De esto se desprende que el presidente nunca podría ser perseguido por una decisión tomada en el marco de sus atribuciones constitucionales. Respecto del resto de sus acciones oficiales, la Corte indica que el presidente debería, “como mínimo”,⁸ ser inmune respecto de toda persecución penal que suponga una intromisión en su autoridad o funciones. Sin embargo, en *Trump v. United States*, la Corte entendió que el incipiente estado del proceso no

⁵ GREGORIAN y REILLY, “Special counsel charges Trump with conspiracy to defraud the U.S.”, en *NBC NEWS*, Disponible en: <https://www.nbcnews.com/politics/donald-trump/trump-indicted-jan-6-grand-jury-2020-election-rcna95199> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

⁶ SCOTUS, “*Trump v. United States*”, 1 de julio de 2024, [*Trump v. United States*, 603 U.S. ____ (2024)], p. 5.

⁷ Esta cita remite a otro fallo que involucró a Donald Trump, “*Trump v. Vance*”, 9 de julio de 2024, [*Trump v. Vance*, 591 U.S. ____ (2024)].

⁸ SCOTUS, “*Trump v. United States*”, 1 de julio de 2024, [*Trump v. United States*, 603 U.S. ____ (2024)], p. 22.

requería ahondar en la extensión de la inmunidad respecto de las atribuciones delegadas, por lo que alcanzaba con calificar a dicha inmunidad de presuntiva. Es central advertir que las inmunidades presidenciales que puntualiza la Corte no surgen expresamente de la Constitución norteamericana, por lo que el tribunal las considera derivadas de las funciones que el texto constitucional le encomienda al Poder Ejecutivo.

El argumento de la Corte para inmunizar las decisiones del presidente surge de la idea de que liderar un país requiere tomar decisiones de modo “enérgico, vigoroso, decisivo y veloz”.⁹ El peso y la relevancia del deber presidencial hacen necesario evitar las distracciones que pueden surgir de tener que evaluar las consecuencias legales de cada acción. La Corte indicó que esta línea de razonamiento ya había sido aplicada al establecer la total inmunidad presidencial en reclamos civiles en *Nixon v. Fitzgerald*¹⁰ y que también subyacía a la protección de las comunicaciones presidenciales que surge de *United States v. Nixon*,¹¹ donde se adujo que el presidente debía poder comunicarse libremente y sin miedo con sus asesores.

Para la Corte, la amenaza de una persecución penal, por su intensidad, es todavía más pasible de paralizar el accionar presidencial que la amenaza de un reclamo civil. Aun cuando una acusación penal sea menos frecuente y requiera un mayor estándar probatorio que una civil, la posibilidad de ser encarcelado y todo lo que implica una condena criminal tienen un importante efecto disuasivo. Este efecto puede obstruir que el presidente actúe con convencimiento, y sin dudas y demoras que perjudiquen el éxito de sus decisiones. De acuerdo con la Corte, con tal de aminorar el riesgo punitivo, un presidente podría tomar decisiones distintas a las que considera correctas. La inmunidad de las acciones presidenciales realizadas en carácter oficial es, entonces, presentada como la forma de evitar interferir en el trabajo del presidente.

Establecida la inmunidad de las acciones presidenciales oficiales, la viabilidad de la persecución penal a presidentes dependerá de que sus acciones sean consideradas como no oficiales. Trazar esta distinción no es tarea fácil —¿un indulto dictado a cambio de un soborno es una acción oficial o no oficial?¹²— y es aquí donde la Corte da un paso que va incluso más allá de lo argüido por la defensa de Trump. De acuerdo con *Trump v. United States*, para determinar si una conducta tuvo carácter oficial no pueden estudiarse los motivos que la impulsaron, ya que esto

⁹ SCOTUS, “*Trump v. United States*”, 1 de julio de 2024, [*Trump v. United States*, 603 U.S. ____ (2024)], p. 10.

¹⁰ SCOTUS, “*Nixon v. Fitzgerald*”, 24 de junio de 1982, [*Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982)].

¹¹ SCOTUS, “*Nixon v. Fitzgerald*”, 24 de julio de 1974, [*Nixon v. Fitzgerald*, 418 U.S. 683 (1974)].

¹² AMAR, “Something Has Gone Deeply Wrong at The Supreme Court”, en *The Atlantic*. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2024/07/trump-v-united-states-opinion-chief-roberts/678877/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

sería implicaría una intrusión en el proceso decisional del Poder Ejecutivo. Por ese mismo motivo, la Corte indicó que los actos oficiales no pueden ser utilizados como medios de prueba en casos en los que se persigan actos no oficiales.

III. Argentina, la mirada opuesta

La doctrina de Trump v. United States contrasta con la postura dominante en nuestro país respecto de las razones que deben guiar la persecución de funcionarios públicos. En la Argentina, la Corte Suprema también ha establecido que el fundamento de las inmunidades es garantizar el funcionamiento correcto de los poderes del Estado, pero se ha ceñido a limitarlas a las que expresamente surgen de la Constitución Nacional o han sido establecidas por vía legislativa.¹³ La Corte ha dicho, en reiteradas ocasiones, que las inmunidades de arresto no obstan al desarrollo de investigaciones penales¹⁴. Esto aplica tanto respecto de la inmunidad de tanto de persecución penal por sus opiniones en el recinto como de arresto de la que gozan los legisladores, que surge de la Constitución, como respecto de las inmunidades de arresto que consagra la Ley de Fueros. En Argentina, con la única excepción de los legisladores y del Defensor del Pueblo por las opiniones vertidas en el marco de su labor, los miembros de los tres poderes del Estado pueden ser sometidos a proceso penal por conductas llevadas a cabo en el marco de sus funciones oficiales¹⁵.

A pesar de que, en los últimos años, las persecuciones penales a presidentes y funcionarios de alto rango han ocupado un espacio creciente en el debate jurídico, la doctrina de la Corte respecto de las inmunidades no ha sido cuestionada. Ni siquiera las defensas de altos funcionarios han argumentado sea necesario interpretar que a los oficiales públicos los asiste algún grado de

¹³ Entre otros casos, pueden consultarse CSJN, “Martínez Casas, Mario s/querella”, 25 de noviembre de 1992 (Fallos 248:462); CSJN, “Varela Cid, Eduardo/ inf. Art. 244, 2ª parte del Código Penal”, 7 de julio de 1992 (ED 150.323); CSJN, “Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ p.s.a. asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”, 06 de noviembre de 2017 (Fallos: 340:1775). La Corte Suprema amplió la inmunidad a opiniones de los ministros del Poder Ejecutivo al brindar información al Poder Legislativo: CSJN, “Cavallo Domingo Felipe s/ recurso de casación”, 19 de octubre de 2004 (Fallos: 327:4376). Una revisión amplia de la cuestión puede encontrarse en SPECTOR, “Fueros o privilegios parlamentarios-Inmunidades legislativas”, en *Información Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*, Disponible en: https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgpal_info_parlamentaria/dip/glosario/F/fueros_inmunidades.html, [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

¹⁴ CSJN, “Procurador Fiscal c/ D. Nicasio Oroño”, 27 de octubre de 1873 (Fallos 14:223).

¹⁵ La Constitución Nacional también refiere a “inmunidades funcionales” de los representantes del Ministerio Público Fiscal. Es controvertido si esta fórmula incluye inmunidades frente a persecuciones penales análogas a las de los legisladores. Sobre el punto, puede verse el Dictamen de la Procuradora General de la Nación en “Righi, Esteban Justo c/ Garrido, Manuel s/ ds. y ps. (CSJ 109/2014(50-R)/CS1)”, del 14 de diciembre de 2015.

inmunidad. Posturas como la del “lawfare” han enfatizado el carácter irregular de ciertos procesos penales o denunciado motivaciones espurias en jueces y fiscales, pero no han esgrimido que el funcionamiento de nuestra arquitectura constitucional requiera otorgar ciertas inmunidades de persecución, independientemente de la justicia de las acusaciones.¹⁶

Probablemente, esto se deba a que nuestra tradición jurídica da por sentado lo contrario a lo que plantea la Corte de los Estados Unidos: la amenaza penal es generalmente concebida como un incentivo a la transparencia que, lejos de perjudicar, mejora el funcionamiento del Estado. La disuasión que supone una potencial persecución es vista aquí como necesaria y no como intrusiva. Esta postura se ve reflejada a nivel legislativo, con tipos penales que invierten la carga de la prueba cuando se trata de funcionarios públicos, como en el caso del enriquecimiento ilícito;¹⁷ a nivel jurisprudencial, con presunciones tales como que el haber ejercido poder público aumenta el riesgo de fuga;¹⁸ y, especialmente, a nivel doctrinario, donde la idea dominante es que la dureza penal y procesal penal reducen la corrupción y ponen los cimientos para construir un Estado más eficiente.¹⁹

El producto de estas posiciones es la constante seguidilla de causas penales contra funcionarios públicos, especialmente presidentes y ex presidentes. Mientras que, en Estados Unidos, Trump fue el primer presidente imputado por actos oficiales y la investigación fue rápidamente frenada por la Corte, en Argentina — con excepción de quienes ejercieron la función por pocos días tras la crisis del año 2001— todos los presidentes electos desde 1983 han sido penalmente investigados por conductas ejercidas en el marco de sus funciones. Otros funcionarios ejecutivos de alto rango —categoría también inmunizada por Trump v. United States— también han sido sometidos a numerosos procesos penales.

De aplicarse una doctrina como la de la Corte Suprema de Estados Unidos, nada de esto habría pasado. En efecto, la gran mayoría de las causas contra presidentes argentinos involucran el

¹⁶ ZAFFARONI, VEGH WEIS y CAAMAÑO, *¡Bienvenidos al Lawfare!*, Buenos Aires, Editorial Capital Intelectual, 2020; BIELSA y PERETTI, *Lawfare, Guerra judicial-mediática*, Buenos Aires, Ariel, 2019.

¹⁷ Artículo 268, inciso 2, Código Penal de la Nación.

¹⁸ CCCF, SALA II, “Larregina, Miguel A. y otros s/detención”, 17 de octubre de 2017 (CFP 5218/2016/17/CA14).

¹⁹ AMERICA’S SOCIETY COUNCIL OF THE AMERICAS, “Latin America’s Battle Against Corruption: A Path Forward”, en *Americas Quarterly*, 2018, pp. 1-12; LIPTON, WERNER y PELIN BERKMEN, “Corruption in Latin America: A Way Forward”, en *International Monetary Fund Blog*, 28 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2017/09/28/corruption-in-latin-america-a-way-forward> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

uso incorrecto de atribuciones oficiales, por lo que una inmunidad del alcance de la propuesta en Trump. v. United States habría supuesto un filtro casi intraspasable. Sólo habrían quedado exentos de cualquier planteo de inmunidad casos como el imputado al ex presidente Alberto Fernández por lesiones a su ex pareja, ya que se trata de actos indudablemente privados. En el resto de los casos, como mínimo, habría tenido que discutirse la oficialidad de las conductas imputadas, y la imposibilidad de hurgar en los motivos de esos actos habría hecho muy difícil cuestionar dicha oficialidad.

IV. Pocas luces y muchas sombras

Posturas como la predominante en nuestro país son las más frecuentes a nivel mundial y regional, donde la persecución penal de funcionarios públicos es un fenómeno en constante expansión.²⁰ En el mundo, cero condenas a primeros mandatarios nacionales dictadas entre 1940 y 1960 pasaron, mediante un aumento sostenido a lo largo de las décadas, a treinta y una entre 2010 y 2020.²¹ En Latinoamérica esta tendencia ha sido especialmente pronunciada: para 2020, el 8% de los ex presidentes vivos tenían condenas penales.²² Algunos ven estos números con beneplácito, como muestras del triunfo de la ley sobre la impunidad. La mayoría de Trump v. United States cuestiona esta mirada, al poner de resalto el costo que puede tener perseguir penalmente a altas autoridades públicas. En la Argentina, donde, como vimos, la investigación penal contra presidentes y ex presidentes es la norma, es urgente ponderar los méritos y deméritos de cada una de estas posturas. Anticipo que, al menos para nuestro país, ambas parecen tener más desventajas que ventajas.

Habilitar e, incluso, fomentar la persecución penal contra líderes políticos suele ser presentado como la vía para lograr que quienes ejercen el poder público rindan cuentas. La severidad penal y procesal penal en casos contra funcionarios públicos permitiría, desde una faz retributiva, que los culpables de delitos de corrupción sean castigados; desde una faz utilitaria, resultaría en un ámbito político más transparente, producto de la disuasión ejercida por la

²⁰ DOTHAN, “Prosecuting Politicians”, en proceso de publicación, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 57, 2024; DA ROS y GEHRKE, “Convicting Politicians for Corruption: The Politics of Criminal Accountability”, en *Government and Opposition*, 2024, pp. 1–25; GONZÁLEZ-OCANTOS, CHIRINOS, BARAYBAR y PAVAO, *Prosecutors, Voters and the Criminalization of Corruption in Latin America: The Case of Lava Jato*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.

²¹ DA ROS y GEHRKE, “Heads of Government Convicted of Crimes (HGCC) Data Set”, base de datos disponible en: <http://manoelgehrke.com/datasets>. [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

²² DA ROS y GEHRKE, “Heads of Government Convicted of Crimes (HGCC) Data Set”, base de datos disponible en: <http://manoelgehrke.com/datasets>. [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

amenaza penal.²³ El problema es que ninguno de estos objetivos parece haberse cumplido. Es cierto que se alcanzaron algunas condenas penales, pero la mayoría de las causas contra altos funcionarios fueron cerradas o continúan en limbo procesales de los que difícilmente salgan.²⁴ En muchos casos, la propia decisión de relajar estándares normativos como forma de facilitar el avance de causas fue lo que llevó a su cierre de causas, ya que facilitó salidas como el dictado de nulidades procesales. Por otro lado, tampoco parece que perseguir funcionarios públicos penalmente haya generado una administración pública menos corrupta. Esto es difícil de medir empíricamente, pero situaciones como la actual reivindicación de figuras como Carlos Menem, emblema de la corrupción en Argentina, podrían mostrar que el mensaje disuasivo no ha llegado a nuestros gobernantes.

A la falta de cumplimiento de objetivos se suman dificultades adicionales. La percepción de que el sistema institucional facilita el avance de causas contra funcionarios públicos ha llevado a lo que se denomina “política a través de la denuncia”,²⁵ donde líderes políticos utilizan las acusaciones penales como forma de obtener ventajas electorales. Además, en un contexto de polarización, el impulso de causas penales contra dirigentes políticos suele ser visto por sus partidarios como una herramienta de persecución política, y no legal.²⁶ Esto es especialmente así si se aplican normas más severas que en casos ordinarios. Esto aumenta la desconfianza ciudadana en el Poder Judicial, cuya legitimidad se construye en los grandes casos²⁷. Sólo el 3% de los argentinos considera que la justicia es muy confiable en cuanto a tratar a todas las personas por igual, sin importar, entre otras cosas, su afiliación política.²⁸ Finalmente, aunque faltan estudios empíricos sobre el tema, es probable que la expansión de causas penales contra funcionarios públicos en Argentina haya tenido el efecto que preocupa a la Corte de Estados Unidos: paralizar al Ejecutivo. Puede ser sintomático de esta situación el que, durante el gobierno de Alberto Fernández, se haya popularizado la figura

²³ ROSE-ACKERMAN y PALIFKA, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 2016; ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 1999.

²⁴ Para datos actualizados puede consultarse el Observatorio de Causas de Corrupción, de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Disponible en: <https://causasdecorrupcion.org/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

²⁵ BALÁN, “Competition by Denunciation: The Political Dynamics of Corruption Scandals in Argentina and Chile”, *Comparative Politics*, vol. 43, n° 4, 2011, pp. 459-478.

²⁶ En Israel, las disputas sobre las causas en torno a Benjamin Netanyahu llevaron a que debieran realizarse cinco elecciones parlamentarias entre 2019 y 2022. DOTHAN, “Prosecuting Politicians”, en proceso de publicación en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 57, 2024.

²⁷ BASSOK, “The Sociological-Legitimacy Difficulty”, en *Journal of Law and Politics*, vol. 26, n° 239, 2011, pp. 239-272.

²⁸ DE JESUS y VALENTINI, *Índice de Confianza en la Justicia*, publicado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia y la Universidad Torcuato Di Tella, junio de 2024.

del funcionario reticente a firmar resoluciones por miedo a potenciales denuncias penales.²⁹ En Brasil, donde también se incrementaron las persecuciones contra funcionarios públicos,³⁰ se acuñó el término “apagao das canetas” (apagón de los bolígrafos) para referirse al fenómeno relativo a los funcionarios públicos que, ante la amenaza punitiva, optaban por no firmar resoluciones.³¹

Otorgar una amplia inmunidad a presidentes y altos funcionarios por sus conductas realizadas en carácter oficial terminaría con estos problemas. La disputa política quedaría circunscrita a la arena política y los miembros del Ejecutivo podrían decidir sin temor a consecuencias penales. Pero con la cura vendría una nueva enfermedad: una inmunidad como la planteada en Trump v. United States generaría inconvenientes de distinta índole. El principal es que la ausencia de cualquier tipo de disuasión penal podría generar excesos y fomentar la delictividad del poder.³² La parálisis del Ejecutivo no es algo deseable, pero sí lo es que se paralicen ciertas acciones de cuestionable legalidad. Que un presidente deba actuar de modo enérgico y decidido no implica que no deba plantearse dudas cuando presume que una conducta puede ser delictiva. Como marca la disidencia de la jueza Sotomayor, el presidente cuenta con enormes equipos técnicos para ponderar los riesgos de una decisión.³³

La inmunidad, como mínimo presuntiva, de toda acción oficial habría dificultado la persecución de casi todas las investigaciones contra presidentes de la historia argentina, hasta de aquellas en las que mayor consenso hay respecto de su criminalidad. Por citar un ejemplo, lo que se le atribuyó a Menem en la causa por tráfico de armas a Ecuador y Croacia fue la firma de tres decretos, que autorizaron la venta de armas a Venezuela y Panamá, desde donde fueron llevadas a sus verdaderos destinos.³⁴ Los decretos son actos oficiales, por lo que, *a priori*, no podrían generar responsabilidad penal. Si a esto se suma la imposibilidad de hurgar en los motivos de los actos

²⁹ Durante la gestión de Alberto Fernández, su vicepresidenta, Cristina Fernández de Kirchner apuntó, en este sentido, a “funcionarios que no funcionan”. LETRA P, “CFK: que los funcionarios que “tengan miedo” se “busquen otro laburo””, 18 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.lettrap.com.ar/nota/2020-12-19-11-58-0-cfk-aquellos-que-tengan-miedo-por-favor-hay-otras-ocupaciones-ademas-de-ser-ministro>, [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

³⁰ MOTA PRADO y DE ASSIS MACHADO, “Using Criminal Law to Fight Corruption: The Potential, Risks, and Limitations of Operation Car Wash (Lava Jato)”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 69, 2021, pp. 834-79.

³¹ NOAL DOS SANTOS, “Administração Pública do Medo. Apagão das Canetas. Formas de evitar”, en *Jusbrasil*, 2022. Disponible en <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/administracao-publica-do-medo-apagao-das-canetas-formas-de-evitar/1710225846>. [Enlace verificado el día 2 de septiembre de 2024].

³² Disidencia de la jueza Sotomayor en SCOTUS, “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)].

³³ Disidencia de la jueza Sotomayor en SCOTUS, “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)].

³⁴ CNPE, “Sarlenga, Luis E. A. y otros s/contrabando de armas y material bélico” (Causa N° 8830/97).

como fundamento de que no fueron oficiales, cuestionar los decretos sería imposible (dado que la no oficialidad no podría fundarse en que la razón de su dictado fue enviar las armas a Croacia y Ecuador).

Las únicas conductas no amparadas por la inmunidad serían las hechas por fuera de toda normativa; un ejemplo podrían ser los cautiverios en centros clandestinos de detención de la última dictadura.³⁵ Pero la aplicación de la doctrina de Trump v. United States podría llegar a complicar, también, la persecución de actos no oficiales, al prohibir usar acciones oficiales como prueba en esos casos. Esto puede con la reciente acusación contra el ex presidente Alberto Fernández de golpear a su ex pareja en la Quinta de Olivos. Este es un ejemplo de manual de acción no oficial. Ahora bien, parte de la prueba de la causa es el registro de entradas y salidas a la Quinta de Olivos.³⁶ Ese registro es oficial, por lo que no podría ser usado como prueba.

La forma en que los tribunales locales han perseguido a presidentes, ex presidentes y altos funcionarios no ha dado los resultados esperados y ha generado nuevos problemas. Sin embargo, una doctrina como la de Trump v. United States podría generar una situación aún peor. Más allá de la discusión acerca de las persecuciones penales que tuvieron lugar en los últimos años, la corrupción es un problema real en la historia argentina, cuya solución no puede ser dejada en manos de la buena voluntad de los gobernantes y de controles informales, a través del retiro del derecho penal. El desafío es, entonces, encontrar un equilibrio entre rendición de cuentas y no intrusión en funciones de otros poderes.

V. Menos inmunidad, menos persecución

Este breve ensayo no pretende encontrar la solución a la ponderación entre sancionar la corrupción y no entrometer al derecho penal en cuestiones políticas, sino plantear que es un trabajo pendiente. Aun así, realizaré algunas consideraciones acerca del marco en el que, creo, debería abordarse este trabajo.

Para empezar, aun si se llegara a la conclusión de que es necesario que el presidente goce de ciertas protecciones para poder ejercer correctamente su rol, construir estas protecciones de la

³⁵ De todos modos, la extensión de la inmunidad otorgada por la Corte norteamericana hace que hasta ante una conducta de este estilo no sería del todo descabellado argüir que existió cierta oficialidad: por ejemplo, al referir que “combatir a la subversión” era un objetivo oficial.

³⁶ LA NACIÓN, “La denuncia de Fabiola Yañez | El Gobierno revisa las cámaras de seguridad de Olivos y los registros de entradas para aportar pruebas a la Justicia”, 19 de agosto de 2024. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-gobierno-revisa-las-camaras-de-seguridad-de-olivos-y-los-registros-de-entradas-para-aportar-nid19082024/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

forma en la que lo hizo la Corte Suprema de los Estados Unidos sería un error. Una de las principales críticas a *Trump v. United States* es que las inmunidades que deriva de la Constitución no surgen de su letra. En su voto en disidencia, Sotomayor marca que los constituyentes sabían cómo otorgar inmunidades: lo hicieron con las opiniones vertidas por los legisladores en el ejercicio de sus funciones, y no lo hicieron con el presidente. Lo mismo sucede en Argentina. En este marco, una potencial limitación a la persecución penal en forma de inmunidades creadas jurisprudencialmente sólo aumentaría la percepción de la politización del Poder Judicial.

Es más, el propio concepto de inmunidad puede ser problemático, en tanto parece autorizar a ciertos grupos de personas a cometer delitos, o a salvaguardar a estos grupos de investigaciones penales tendientes a dilucidar si los cometieron. Es por esto que tampoco parece conveniente discutir los límites a la persecución de funcionarios públicos a través de una potencial ampliación de lo abarcado por la Ley de Fueros. Es cierto que esta vía tendría la ventaja de que el debate se dé de un modo más democrático —en el Congreso y no en los tribunales—, pero el resultado podría recibir objeciones constitucionales: para algunos, la Ley de Fueros en sí es inconstitucional, por vulnerar el principio de igualdad.³⁷ Por este motivo, si quisiéramos explorar caminos alternativos al amplio margen de persecución a políticos y funcionarios existente en la Argentina, deberíamos ahondar en posibilidades más promisorias y democráticas que una inmunidad generalizada.³⁸

Naturalmente, otorgar inmunidades no es la única forma de limitar persecuciones penales, sino que existen alternativas tanto procesales como sustantivas, para evitar una sobre-criminalización de la gestión pública. Entre las primeras, una posibilidad sería revisar la doctrina consistente en relajar garantías procesales y sustantivas en causas contra funcionarios públicos. Es cierto que investigar a los poderosos puede presentar dificultades especiales, pero también es cierto que los costos de cometer errores son mayores. Una condena injusta contra un líder político no sólo lo afecta a él, sino a todas las personas a las que representan. Al anular la sentencia

³⁷ NIETO, “Privilegios derivados de la representación”, en GARGARELLA y GUIDI (eds.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina: jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 565-576. NIETO plantea que las inmunidades establecidas constitucionalmente en los artículos 68 y 69 tienen por objeto preservar la independencia y la representación del Poder Legislativo, y no el funcionamiento de los poderes. La Ley de Fueros, al no fundarse en las mismas razones, sería contraria al principio de igualdad.

³⁸ ZIMMERMAN (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers: A Comparative Perspective*, Springer, 2017; BASE DE DATOS POLÍTICOS DE LAS AMÉRICAS, “Inmunidad presidencial”, Análisis comparativo de las constituciones de los regímenes presidenciales. Disponible en: <https://pdba.georgetown.edu/Comp/Ejecutivo/Presidencia/inmunidad.html> [Enlace verificado el día 30 de agosto de 2024]. En ciertos países, como Noruega o Finlandia, el estándar probatorio para presentar un caso contra un funcionario público es de por sí elevado. Es usual que la posibilidad de perseguir a un presidente en funciones dependa de un proceso de juicio político previo. Entre otros lugares, es así en Estados Unidos, en Colombia y en Costa Rica. En Perú, el presidente solo puede ser juzgado por delitos específicos. En Brasil, mientras esté en funciones, el presidente no puede ser responsabilizado por actos no vinculados al ejercicio de su rol.

contra Lula Da Silva, el Supremo Tribunal Federal de Brasil estableció que su condena había sido un error histórico.³⁹ Además de aminorar este tipo de riesgos, revestir el proceso de garantías tiene la ventaja adicional de legitimar su resultado y evitar señalamientos de animosidad o persecución. Además, para evitar la parálisis estatal, pero sin generar impunidad, podría establecerse una regulación, como la existente en muchos países, que establezca que los presidentes no pueden ser investigados ni llamados a declarar durante sus mandatos, pero sí una vez que dejan sus cargos.⁴⁰ Si lo que se quiere es evitar convertir a la denuncia penal en un mecanismo político, también podrían imponerse sanciones a quienes denuncien sin fundamentación, como costas procesales altas, algo que no se aplica en el derecho penal argentino.

Desde la faz sustantiva, si lo que preocupa es evitar intromisiones judiciales en las tareas del Poder Ejecutivo que sean perjudiciales para el funcionamiento del Estado, más que inmunizar, lo lógico sería reducir las conductas que tipifican crímenes contra la administración pública, o instaurar causas de justificación/permisos para la realización de ciertos tipos penales cuando el accionar tiene por fin lograr un objetivo constitucionalmente legítimo. Indicar que los actos presidenciales oficiales son inmunes, como hace la Corte Suprema estadounidense, equivale a afirmar “si el presidente comete un delito en el ejercicio de sus funciones, no deberá ser sancionado para no afectar el desenvolvimiento de su labor”. Esto es así porque si no fueran delito no habría nada que inmunizar. Por lo tanto, la inmunidad operaría como una excusa absolutoria. Pero esto es poco convincente: si lo que se piensa es que la realización de una conducta no debe ser objeto de persecución penal por ser socialmente beneficiosa, debería, o bien considerársela un riesgo permitido, o bien, justificársela. El mensaje de la ley sería más claro: no se trataría de una carta blanca para que el Ejecutivo delinca, sino que se establecería que la labor presidencial requiere poder realizar legalmente conductas que, en otro contexto, serían delictivas.

VI. Conclusión

Con todos sus problemas, *Trump v. United States* sirve para abrir una discusión respecto de la conveniencia de perseguir penalmente funcionarios de alto rango que, en nuestro país, no ha sido abordada con profundidad. Las principales voces críticas frente a las crecientes investigaciones penales contra líderes políticos en Argentina apuntaron contra la intencionalidad política y las formas con que se llevaron a cabo, pero no exploraron los problemas que podían acarrear para el funcionamiento del Estado. Este último es un punto mucho más rico para el debate jurídico que el de si existieron motivos espurios detrás de decisiones judiciales. Que un juez decida perseguir a un

³⁹ STF, “RECLAMAÇÃO 43.007 DISTRITO FEDERAL”, 11 de octubre de 2023 (Rcl 43007 DF XXXXX-48.2020.1.00.0000 – Inteiro Teor).

⁴⁰ Es así, entre otros lugares, en México y en Francia.

político para sacarlo de una competencia electoral es de gran interés institucional y político, pero desde el derecho penal y constitucional no hay mucho que decir: está claro que el magistrado habría actuado ilegalmente. En cambio, explorar el establecimiento de ciertos límites a la persecución penal de funcionarios públicos como forma de preservar la división de poderes o de garantizar el correcto funcionamiento del Poder Ejecutivo sí compete directamente a nuestra disciplina. La inmunidad no parece ser el mejor camino para dar este debate. Otras vías, tanto jurisprudenciales como legislativas, podrían alcanzar objetivos similares con menos costos. En un contexto de polarización extrema, de desconfianza en el Poder Judicial y de utilización de las denuncias penales como herramienta política, este es una discusión necesaria.

VII. Bibliografía

ACKERMAN, Bruce, “The Path Not Taken in Trump’s Immunity”, en *Project Syndicate*. Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-supreme-court-immunity-case-barrett-had-right-approach-by-bruce-ackerman-2024-07> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

AMERICA’S SOCIETY COUNCIL OF THE AMERICAS, “Latin America’s Battle Against Corruption: A Path Forward”, en *Americas Quarterly*, 2018, pp. 1-12

AMAR, Akhil Reed, “Something Has Gone Deeply Wrong at The Supreme Court”, en *The Atlantic*. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2024/07/trump-v-united-states-opinion-chief-roberts/678877/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

—————, “Something Has Gone Deeply Wrong at The Supreme Court”, en *The Atlantic*. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2024/07/trump-v-united-states-opinion-chief-roberts/678877/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

BALÁN, Manuel, “Competition by Denunciation: The Political Dynamics of Corruption Scandals in Argentina and Chile”, *Comparative Politics*, vol. 43, n° 4, 2011, pp. 459-478.

BASE DE DATOS POLÍTICOS DE LAS AMÉRICAS, “Inmunidad presidencial”, Análisis comparativo de las constituciones de los regímenes presidenciales. Disponible en: <https://pdba.georgetown.edu/Comp/Ejecutivo/Presidencia/inmunidad.html> [Enlace verificado el día 30 de agosto de 2024].

BASSOK, Or, “The Sociological-Legitimacy Difficulty”, en *Journal of Law and Politics*, vol. 26, n° 239, 2011, pp. 239-272.

CÁMARA CRIMINAL CORRECCIONAL FEDERAL, Sala II, “Larregina, Miguel A. y otros s/detención”, 17 de octubre de 2017 (CFP 5218/2016/17/CA14).

CÁMARA NACIONAL EN LO PENAL ECONÓMICO, Sala B, “Sarlunga, Luis E. A. y otros s/contrabando de armas y material bélico”, 29 de abril de 2008 (Causa N° 8830/97).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cavallo Domingo Felipe s/ recurso de casación”, 19 de octubre de 2004 (Fallos: 327:4376).

– “Martínez Casas, Mario s/querrela”, 25 de noviembre de 1992 (Fallos 248:462)

– “Procurador Fiscal c/ D. Nicasio Oroño”, 27 de octubre de 1873 (Fallos 14:223).

– “Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ p.s.a. asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”, 06 de noviembre de 2017 (Fallos: 340:1775)

– “Varela Cid, Eduardo/ inf. Art. 244, 2ª parte del Código Penal”, 7 de julio de 1992 (ED 150.323)

DA ROS, Luciano y GEHRKE, Manoel, “Convicting Politicians for Corruption: The Politics of Criminal Accountability”, en *Government and Opposition*, 2024, pp. 1–25

– “Heads of Government Convicted of Crimes (HGCC) Data Set”, base de datos disponible en: <http://manoelgehrke.com/datasets>. [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

DE JESÚS, Marcelo O. y VALENTINI, Mariano G., *Índice de Confianza en la Justicia*, publicado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia y la Universidad Torcuato Di Tella, junio de 2024.

NOAL DOS SANTOS, Alexandre, “Administração Pública do Medo. Apagão das Canetas. Formas de evitar”, en *Jusbrasil*, 2022. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/administracao-publica-do-medo-apagao-das-canetas-formas-de-evitar/1710225846>. [Enlace verificado el día 2 de septiembre de 2024].

DOTHAN, Shai, “Prosecuting Politicians”, en proceso de publicación en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 57, 2024.

GONZÁLEZ-OCANTOS, Ezequiel y BARAYBAR HIDALGO, Viviana, “Lava Jato Beyond Borders: The Uneven Performance of Anti-Corruption Judicial Efforts in Latin America” en *Taiwan Journal of Democracy*, vol 15, n° 1, 2019, pp. 63-89.

GONZÁLEZ-OCANTOS, Ezequiel; MUÑOZ CHIRINOS, Paula; BARAYBAR HIDALGO, Viviana y PAVAO, Nara, *Prosecutors, Voters and the Criminalization of Corruption in Latin America: The Case of Lava Jato*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.

GREGORIAN y REILLY, “Special counsel charges Trump with conspiracy to defraud the U.S.”, en *NBC NEWS*, Disponible en: <https://www.nbcnews.com/politics/donald-trump/trump-indicted-jan-6-grand-jury-2020-election-rcna95199> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

LA NACIÓN, “La denuncia de Fabiola Yañez | El Gobierno revisa las cámaras de seguridad de Olivos y los registros de entradas para aportar pruebas la Justicia”, 19 de agosto de 2024. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-gobierno-revisa-las-camaras-de-seguridad-de-olivos-y-los-registros-de-entradas-para-aportar-nid19082024/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

LETRA P, “CFK: que los funcionarios que “tengan miedo” se “busquen otro laburo””, 18 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.letrap.com.ar/nota/2020-12-19-11-58-0-cfk-aquellos-que-tengan-miedo-por-favor-hay-otras-ocupaciones-ademas-de-ser-ministro> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

LIPTON, David; WERNER, Alejandro y PELIN BERKMEN, S., “Corruption in Latin America: A Way Forward”, en *International Monetary Fund Blog*, 28 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2017/09/28/corruption-in-latin-america-a-way-forward> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

MORGENSTERN, Federico, *Cosa juzgada fraudulenta*, Editorial IB, 2005.

MOTA PRADO, Mariana y DE ASSIS MACHADO, Marta R., “Using Criminal Law to Fight Corruption: The Potential, Risks, and Limitations of Operation Car Wash (Lava Jato)”, *The American journal of comparative law*, vol 69, 2021, pp. 834–879.

NIETO, Joao S., “Privilegios derivados de la representación”, en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (eds.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina: jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 565-576.

Observatorio de Causas de Corrupción de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, disponible en: <https://causasdecorrupcion.org/> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

PERETTI, *Lawfare, Guerra judicial-mediática*, Buenos Aires, Ariel, 2019.

Procuración General de la Nación, “Righi, Esteban Justo c/ Garrido, Manuel s/ ds. y ps. (CSJ 109/2014(50-R)/CS1)”, 14 de diciembre de 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan y PALIFKA, Bonnie J., *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 2016

ROSE-ACKERMAN, Susan, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 1999.

SPECTOR, Horacio, “Fueros o privilegios parlamentarios-Inmunidades legislativas”, en *Información Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*. Disponible en: https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/F/fueros_inmunidades.html, [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Nixon v. Fitzgerald, 24 de julio de 1974, [Nixon v. Fitzgerald, 418 U.S. 683 (1974)].

– “Nixon v. Fitzgerald, 24 de junio de 1982, [Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731 (1982)].

– “Trump v. United States”, 1 de julio de 2024, [Trump v. United States, 603 U.S. ____ (2024)], p. 10.

– “Trump v. Vance”, 9 de julio de 2024, [Trump v. Vance, 591 U.S. ____ (2024)].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, “RECLAMAÇÃO 43.007 DISTRITO FEDERAL”, 11 de octubre de 2023 (Rcl 43007 DF XXXXX-48.2020.1.00.0000 – Inteiro Teor).

TRIBE, Laurence H., “The Trump Decision Reveals Deep Rot in the System”, en *The New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2024/07/01/opinion/supreme-court-trump-immunity.html#> [Enlace verificado el día 29 de agosto de 2024].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl VEGH WEIS, Valeria y CAAMAÑO, Cristina, *¡Bienvenidos al Lawfare!*, Buenos Aires, Editorial Capital Intelectual, 2020.

ZIMMERMAN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers: A Comparative Perspective*, Springer, 2017.

ARTÍCULOS

INDULTO A FUJIMORI: NUEVO CAPÍTULO ¿MISMA TRAMA?

Kai AMBOS/Gustavo URQUIZO*

Fecha de recepción: 5 de enero de 2024

Fecha de aceptación: 13 de abril de 2024

Resumen

En diciembre de 2023, Alberto Fujimori, presidente del Perú entre 1990 y 2000, fue puesto en libertad por orden del Tribunal Constitucional peruano (TC). Como respuesta a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha declarado a Perú en desacato y dispuesto un procedimiento de supervisión reforzada de sus sentencias en los casos Barrios Altos y La Cantuta. Aunque ambas decisiones constituyen un nuevo capítulo del indulto a Fujimori, su análisis muestra que la incertidumbre jurídica respecto a su concesión sigue girando en torno a la misma cuestión. En otras palabras, si bien la concesión de un indulto no está en principio excluida, Perú debe ofrecer al menos una fundamentación mínima que permita descartar una concesión arbitraria o fraudulenta.

Palabras clave: Fujimori, Corte Interamericana de Derechos Humanos, indultos, derecho al castigo

Title: Fujimori's Pardon: New Chapter, Same Old Story?

Abstract

* Kai Ambos es Catedrático de derecho penal y procesal penal, derecho comparado, derecho penal internacional y derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU) (Alemania). Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen, Alemania. Juez del Kosovo Specialist Chambers (KSC), La Haya. Gustavo Urquizo es un abogado peruano; LL.M., y Doctorando de la GAU. Investigador del CEDPAL. Los autores agradecen al Dr. Leandro Dias, por sus valiosos comentarios críticos a un primer borrador de este artículo.

In December 2002, Alberto Fujimori, President of Peru from 1990 to 2000, was released from prison by order of the Peruvian Constitutional Court. In response, the Inter-American Court of Human Rights declared Peru in contempt and ordered increased monitoring of its rulings in the Barrios Altos and La Cantuta cases. Although both decisions represent a new chapter in the Fujimori pardon, analysis shows that the legal uncertainty surrounding the granting of the pardon continues to revolve around the same issue. In other words, while the granting of a pardon is not excluded in principle, Peru must at least provide a minimum level of justification that excludes arbitrary or fraudulent granting.

Keywords: Fujimori, Inter-American Court of Human Rights, Pardons, Right to Punishment

Sumario: I. Breve contextualización cronológica; II. La decisión del TC de 4/12/2023: liberación de Fujimori; III. Resolución de la CorteIDH de 19.12.2023: Perú en desacato y supervisión reforzada del cumplimiento de sentencia en casos Barrios Altos y La Cantuta; IV. Valoración: ¿Nuevos argumentos para el indulto? ¿Tiene la CorteIDH facultades para supervisar el cumplimiento de sus sentencias?; V. Conclusión; VI. Bibliografía

I. Breve contextualización cronológica

Como el contexto de la reciente decisión del TC de 4/12/2023 es bastante complejo, elaboramos el siguiente gráfico con una breve cronología de los pronunciamientos más relevantes.

	Sede nacional	Sede internacional
2001		CorteIDH emite sentencia en caso Barrios Altos (ver sentencia sobre el fondo aquí , la interpretación de la sentencia de fondo aquí , la decisión sobre reparaciones aquí).
2006-2007		CorteIDH emite sentencia en caso La Cantuta (ver sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas aquí , la interpretación de la sentencia de fondo

		<u>aquí</u>).
7/4/2009	Corte Suprema (CS) peruana <u>condena</u> a Fujimori por casos Barrios Altos y La Cantuta. ¹ La sentencia fue confirmada ese mismo año. ²	
24/12/2017	Fujimori es <u>indultado</u> por expresidente peruano Kuczynski (un panorama y una valoración puede verse <u>aquí</u>).	
30/5/2018		En el marco de la supervisión del cumplimiento de sentencia sobre casos Barrios Altos y La Cantuta, la CorteIDH se <u>pronuncia</u> sobre el indulto a Fujimori y fija estándar para su concesión (sobre ello, <i>infra</i> III a).
3/10/2018	CS <u>anula</u> indulto de Fujimori.	
13.02.2019	CS <u>confirma</u> anulación de indulto.	
17/3/2022	TC <u>ordena</u> restituir efectos de indulto.	
7/4/2022		CorteIDH pide a Perú <u>abstenerse</u> de ejecutar sentencia de TC de

¹ CS, Sala Penal Especial, Exp. n° AV 19-2001, 7.04.2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE.

² CS, Primera Penal Transitoria, Exp. n° AV 19-2001-09-AV, 30.12.2009.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IX, número 17 (2023 [publ. 2024]).

		17/3/2022
21/11/2023	TC <u>ordena</u> a juez de ejecución ejecutar su decisión de 17/3/2022.	
1/12/2023	Juez de ejecución se <u>rehusa</u> a ejecutar decisión de TC.	
4/12/2023	TC ordena a INPE liberar a Fujimori.	
5/12/2023		CorteIDH <u>solicita</u> no liberar a Fujimori.
7/12/2023	INPE <u>libera</u> a Fujimori	
19/12/2023		CorteIDH <u>declara en desacato</u> a Perú y ordena supervisión reforzada de sentencia en casos Barrios Altos y La Cantuta.

II. La decisión del TC de 4/12/2023: liberación de Fujimori

El TC ya había dispuesto el 21/11/2023,³ aunque algo ambiguamente, que un juez de ejecución ejecutara su decisión de 17/3/2022⁴, a través de la cual el TC restituía los efectos del indulto concedido a Fujimori y disponía la liberación de Fujimori.

³ TC, Auto Exp. n.º 02010-2020-PHC/TC-Ica, Alberto Fujimori Fujimori, 21.11.2023, ver punto 2 de la parte resolutive.

⁴ TC, Sentencia 78/2022, Exp. n.º 02010-2020-PHC/TC-Ica, Alberto Fujimori Fujimori, 17/3/2022, ver puntos 3 y 4 de la parte resolutive.

En su decisión de 17/3/2022, el TC había señalado que la facultad constitucional de indultar del presidente (art. 118.21 Constitución peruana) no está limitada por una regulación infraconstitucional.⁵ Sin embargo, resaltaba que dicha facultad “no está exenta de control jurisdiccional y debe ser ejercida sin infringir el principio de interdicción de arbitrariedad”.⁶ Según el TC, el art. 4.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷ (CADH) pretendería evitar que los condenados mueran en prisión.⁸ Además, el TC se remitía a la praxis doméstica del indulto humanitario indicando que éste “se otorga a aquellos reclusos que ... demuestran que su salud se encuentra en grave riesgo, sea por padecer de enfermedades terminales, que se vean agravadas por las condiciones carcelarias o por padecer de trastornos mentales.”⁹ Es decir, el TC era consciente de que la concesión del indulto requería fundamentar el nexo entre encierro y salud/vida del interno.

Sin embargo, al fundamentar la restitución del indulto en su decisión de 17.3.2022, el TC no ofreció una fundamentación convincente sobre ese punto. Más bien, se limitó a indicar que la anulación del indulto en 2018 mediante la CS¹⁰ se habría basado en una motivación puramente subjetiva.¹¹ Además de ello, el TC solo aludió a la edad de Fujimori y a la supuesta finalidad del indulto (evitar que el condenado muera en prisión).¹² Por lo demás, el TC enfatizó el “grado de discrecionalidad elevado” del presidente para conceder el indulto, con base en la información ofrecida por las autoridades respectivas y el propio condenado, aunque bajo la observancia de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales.¹³

En ese contexto, el TC rechazó que la participación del médico tratante de Fujimori en la elaboración del informe médico o la existencia de un informe médico con un diagnóstico adicional infringieran la regulación constitucional del indulto.¹⁴ Para el TC la concesión del indulto fue razonable, porque el entonces

⁵ *Ibid.*, párr., 14, 15, 18.

⁶ *Ibid.*, párr. 15.

⁷ CADH, Art. 4.6.: “Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

⁸ TC, Sentencia 78/2022, *supra* nota 4, párr. 16.

⁹ *Ibid.*, párr. 23.

¹⁰ V. *infra* nota 40.

¹¹ TC, Sentencia 78/2022, *supra* nota 4, párr. 23.

¹² *Ibid.*, párr. 23: “Este Tribunal Constitucional ... advierte que sus argumentos [los de la CS] se sustentan en presunciones subjetivas que no resultan tales, si nos encontramos frente a un indulto humanitario de un adulto mayor de 79 años (edad del favorecido al momento del otorgamiento del indulto), ello porque esta específica figura de extinción de la pena tiene por objetivo final evitar la muerte en prisión del reo que viene cumpliendo condena definitiva, producto de las condiciones de salud que lo aquejan”.

¹³ *Ibid.*, párr. 23.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 24.

presidente Kuczynski se basó en la información provista por la autoridad estatal respectiva.¹⁵ Por último, y respecto al contexto político que rodeó la concesión del indulto, el TC afirmó que Kuczynski pretendía otorgar el indulto mucho antes de que fuera promovido un pedido de vacancia contra él, con lo cual sugería la improbabilidad de que el indulto hubiese sido utilizado en un intercambio de favores.¹⁶

Como el juez de ejecución peruano se rehusó a ejecutar la decisión del TC de 21/11/2023, declarándose incompetente según las reglas procesales peruanas,¹⁷ y remitiéndose a las decisiones previas de la CorteIDH,¹⁸ el 4/12/2023 el TC ordenó directamente a las autoridades penitenciarias peruanas (INPE) poner en libertad a Fujimori.¹⁹ El TC fundamentó su decisión en lo siguiente:

(i) En principio, el TC reconoció que los hechos por los que había sido condenado Fujimori en los casos Barrios Altos y La Cantuta constituían una violación de derechos humanos,²⁰ y, además, que en su condición de jefe de Estado, a Fujimori le correspondía una reprochabilidad especial por tales hechos.²¹

¹⁵ *Ibid.*, párr. 24. Aunque este argumento podría venir en consideración para neutralizar una eventual responsabilidad de Kuczynski, no es decisivo para resolver el problema de fondo: es decir, si la información proveniente de la autoridad respectiva permite afirmar que la concesión del indulto está suficientemente fundada en relación con el nexos encierro y salud/vida.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 24.

¹⁷ El juez peruano se rehusó a cumplir argumentando que el art. 27 del Código Procesal Constitucional (CPC) que dispone que “en los procesos de habeas corpus las sentencias estimatorias las ejecuta el juez o la sala que la expidió, sin necesidad de remitir los actuados al juzgado de origen”. Es decir, que en este caso le correspondía al TC pronunciarse respecto a la ejecución. V. al respecto 1º Juzgado de Investigación Preparatoria y Supraprovincial, Exp. n° 01408-2020-0-1401-JR-PE-01, Res. n° 7, 1/12/2023, punto 3.4.

¹⁸ 1º *Juzgado de Investigación Preparatoria y Supraprovincial*, Exp. n° 01408-2020-0-1401-JR-PE-01, Res. n° 7, 1/12/2023, punto 3.6.

¹⁹ El TC amonestó al juez de ejecución, indicando que el texto del art. 27 CPC no impide que el juzgado de origen de la demanda cumpla funciones ejecutivas. V. *TC, Auto*, Exp. n° 02010-2020-PHC/TC-Ica, 4/12/2023, párr. 15-23. A favor de esto habla ciertamente la naturaleza de los derechos involucrados en una litis constitucional (es decir, derechos fundamentales). Pero si esto es así, entonces resulta incoherente que el TC haya ordenado indirectamente (es decir, a través del juez de ejecución) la liberación de Fujimori, cuando según el texto del art. 27 CPC ello no era necesario.

²⁰ *Ibid.*, párr. 5: “Es evidente la gravedad de los delitos por los que fue condenado el favorecido y que a ellos corresponde una pena elevada, por involucrar la vulneración de derechos humanos, es decir, afectar a la persona, cuya defensa y respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

²¹ *Ibid.*: “resulta especialmente reprochable que tales crímenes se hayan imputado a quien, como jefe del Estado, personificó a la Nación, por el descrédito que ello puede acarrear a las instituciones que conforman nuestro Estado social y democrático de derecho”

(ii) Sin embargo, en su decisión del 4/12/2023 el TC defendió que su decisión de 17/03/2022, mediante la cual había restituido el indulto concedido a Fujimori, tenía la autoridad de cosa juzgada. Además de ello, que la CorteIDH no habría ordenado que dicha decisión fuese dejada sin efecto y, más aún, que ella no tendría potestad para hacerlo;²²

(iii) En lo que se refiere al fondo del indulto, el TC mencionó que Fujimori ha cumplido aproximadamente las dos terceras partes de su condena, así como su “avanzada edad” y el hecho de que su “salud se encuentra resquebrajada”.²³

(iv) Remitiéndose al texto del art. 65 CADH,²⁴ el TC indica que la CorteIDH carecería de competencias en la etapa de supervisión de sentencias para disponer que un Estado ejecute determinadas medidas. Según el TC, la única consecuencia prevista en el art. 65 CADH sería el reporte a la Organización de Estados Americanos (OEA) de que un Estado ha incumplido una decisión de la CorteIDH.²⁵

III. Resolución de la CorteIDH de 19.12.2023: Perú en desacato y supervisión reforzada del cumplimiento de sentencia en casos Barrios Altos y La Cantuta

La CorteIDH reaccionó a la decisión del TC declarando a Perú en desacato y disponiendo la supervisión reforzada de las sentencias de los casos Barrios Altos y La Cantuta, concretamente en lo concerniente a la obligación de investigar, juzgar y sancionar dictada allí como medida de reparación.²⁶ Más concretamente:

²² *Ibid.*, párr. 12.

²³ *Ibid.*, párr. 14.

²⁴ CADH, Art. 65: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

²⁵ *Ibid.*, párr. 28: “Conforme a este texto, el incumplimiento de un Estado a lo ordenado en una sentencia de ese tribunal internacional lo faculta a informar a la Organización de Estados Americanos (OEA) de este hecho. *En consecuencia, queda fuera de su competencia ordenar a un Estado, en supervisión de cumplimiento de sentencia, no ejecutar una sentencia de un tribunal nacional.* En todo caso, la Corte queda facultada para dejar constancia en una resolución que se mantiene abierto el procedimiento de supervisión o, si fuera el caso, informar a la OEA”. [Resaltado de los autores].

²⁶ *CorteIDH*, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de cumplimiento de sentencias, Res. 19/12/2023, párr. 73: Según la CorteIDH, se ha configurado un “incumplimiento de las obligaciones que surgen de los artículos 63.2 y 68.1 de la Convención Americana y del principio *pacta sunt servanda*. En consecuencia, corresponde invocar lo dispuesto en los artículos 65 de la Convención Americana y 30 del Estatuto de la

a) La decisión de la CorteIDH de 19/12/2023 parte de que la decisión del TC de 17/3/2022, es decir, la que repuso el indulto, no habría llevado a cabo un control de su concesión según lo dispuesto en la decisión de la CorteIDH de 30/5/2018.²⁷

En esta decisión de 30/5/2018 la CorteIDH había centrado correctamente el análisis del indulto a la ponderación entre la vida e integridad de las personas privadas de libertad y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y sus familiares²⁸. En ese contexto, la CorteIDH, que había resaltado el principio de proporcionalidad de la sanción —a la luz de los bienes jurídicos afectados y la culpabilidad del autor—²⁹, así como la necesidad de evitar una afectación de la obligación internacional de sancionar en la etapa de ejecución, ofreció valiosas consideraciones en forma de un estándar:

(i) En cuanto a la *vida e integridad de los reclusos*, la CorteIDH enfatizó la obligación del Estado de garantizar su salud y evitar que la pena rebase su “nivel inevitable de sufrimiento inherente”.³⁰ En ese contexto, la CorteIDH resaltaba el deber estatal de garantizar atención médica a los reclusos que padecen enfermedades graves, crónicas o terminales³¹, y también la posibilidad de aplicar medidas o figuras jurídicas protectora de la vida e integridad considerando los riesgos para ellas, así como las facilidades de atención disponibles³². Es decir, enfocó también de esa forma la discusión a la conexión entre encierro y riesgo serio para la vida y/o salud de Fujimori. Sin embargo, por un lado, para la CorteIDH dichas medidas o figuras han de ser concedidas debidamente, perseguir un fin legítimo,³³ y afectar lo menos posible el derecho de acceso a la justicia de las víctimas.³⁴ Además, aquellas no necesariamente deben significar la liberación del condenado o la extinción de su pena;³⁵

(ii) En cuanto al *derecho de acceso a la justicia de las víctimas*, la CorteIDH subrayó las especiales repercusiones que las decisiones discrecionales de un presidente (como el indulto) tienen sobre las decisiones

Corte a fin de determinar sobre el particular a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos mediante el Informe Anual de la Corte Interamericana para 2023”.

²⁷ Ibid, párr. 40, 41.

²⁸ CorteIDH, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, Res. 30/5/2018, párr. 48 y ss.

²⁹ Ibid., párr. 46.

³⁰ Ibid., párr. 49.

³¹ Ibid., párr. 50.

³² Ibid., párr. 52.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid., párr. 53.

³⁵ Ibid.

jurisdiccionales,³⁶ y, por lo tanto, defendió la necesidad de su control jurisdiccional.³⁷ Considerando que los hechos constituían graves violaciones de derechos humanos, ese control, además de centrarse en la salud del condenado, también debía considerar “que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares”.³⁸

Consecuentemente, la CorteIDH solicitó a Perú realizar un control jurisdiccional del indulto con base en ese estándar.³⁹ Ese control jurisdiccional fue realizado por la CS, que anuló el indulto.⁴⁰

b) En cuanto al fondo del indulto, la decisión de la CorteIDH de 19/12/2023 indica que la decisión del TC de 4/12/2023 no argumenta suficientemente la necesidad y proporcionalidad del indulto.⁴¹ Para la CorteIDH, el TC habría pretendido validar su decisión de 17/3/2022, la que repuso el indulto, pasando por alto lo que ella había dispuesto anteriormente: es decir, obvió el estándar para la concesión del indulto previsto en la decisión de la CorteIDH de 30/5/2018 y el posterior pedido de la Corte IDH de 7/4/2022 de abstenerse de liberar a Fujimori.⁴² De hecho, la

³⁶ Ibid., párr. 55, 56.

³⁷ Ibid., párr. 57.

³⁸ Ibid., párr. 58: “Además ... un control jurisdiccional de dicho indulto deberá permitir la comprobación rigurosa, estricta y objetiva de la concurrencia de los aspectos fácticos y requisitos jurídicos exigidos por la normativa peruana respecto a las ‘razones humanitarias’ del indulto.”

³⁹ Ibid., párr. 64 (“De ser necesario, este Tribunal podrá realizar un pronunciamiento posterior sobre si lo actuado a nivel interno es acorde o no a lo ordenado en la Sentencia o constituye un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar en los dos referidos casos por no adecuarse a los estándares indicados e impedir indebidamente la ejecución de la sanción fijada por sentencia penal”), punto resolutivo 4.

⁴⁰ V. CS, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, Control de Convencionalidad, Exp. n° 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, Res. n° 10, 3/10/2018 (v. párr. 299: “el indulto concedido ... es incompatible con las obligaciones internacionales que vinculan al Estado peruano...” y 320: “... el otorgamiento del indulto ... no se erige como un medio estrictamente necesario, dado que existen otras alternativas igualmente eficaces para mantener vigente el respeto a su derecho a la salud y salvaguardar su integridad física mientras cumple su condena privativa de libertad por la comisión de delitos de lesa humanidad”); confirmada por la CS, Sala Penal Especial, Exp. n° 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, Res. n° 10, 3/10/2018, 13/2/2019.

⁴¹ CorteIDH, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, *supra* nota 26, párr. 56: “La Corte resalta que la decisión adoptada por tres jueces del Tribunal Constitucional el 4 de diciembre de 2023 no se trató de una decisión judicial independiente de la de marzo de 2022, que efectuara una valoración sobre la necesidad y proporcionalidad de adoptar alguna figura jurídica o beneficio en la ejecución de la pena condenado con base en su situación de salud, riesgo a la vida, condiciones de detención y facilidades para ser atendido adecuadamente”.

⁴² Ibid., párr. 56: “... la decisión de esos tres magistrados del Tribunal Constitucional estuvo dirigida a sostener la validez jurídica y carácter final de la sentencia de 17 de marzo de 2022, dotándola de efectos jurídicos, en contradicción con lo dispuesto por la Corte Interamericana”.

CorteIDH da cuenta de un informe médico presentado por el mismo Perú a la CorteIDH tras la liberación de Fujimori y sugiere con ello que Perú no se esforzó seriamente en considerar información objetiva sobre el estado de salud de Fujimori antes de proceder a su liberación.⁴³

c) La decisión de la CorteIDH de 19/12/2023 también registra el comportamiento procesal incoherente del Estado peruano. Pues, por una parte, da cuenta de la declaración de Perú de comprometerse a cumplir con la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables en los casos Barrios Altos y La Cantuta, incluso sugiriéndole a la CorteIDH la posibilidad de realizar una “supervisión reforzada en la etapa de supervisión de cumplimiento”.⁴⁴ Pero, por otra parte, subraya la falta de un posicionamiento de Perú sobre las consecuencias de la decisión del TC de 4/12/2023 para el cumplimiento de la mencionada obligación, ni sobre el cuestionamiento realizado por el TC a las competencias de la CorteIDH en la etapa de supervisión de sus sentencias.⁴⁵

d) Por lo demás, al referirse a este cuestionamiento del TC, la CorteIDH le atribuye al tribunal peruano una incorrecta interpretación de los artículos 65 y 68.1 CADH.⁴⁶ Consecuentemente, la CorteIDH reafirma su autoridad para definir sus propias competencias (*compétence de la compétence, Kompetenz Kompetenz*), algo que, por cierto, había defendido ya en anteriores decisiones.⁴⁷ En ese contexto, la CorteIDH también afirma que la decisión del TC de 4/12/2023 suprime todo efecto útil a los arts. 62.1, 63, 65 y 68.1 CADH.⁴⁸

⁴³ Ibid., párr. 57: “que da cuenta que respecto, “de las múltiples patologías médicas que presenta”, el señor Alberto Fujimori Fujimori se encontraba “compensado”, “recibiendo medicación habitual de manera estricta y supervisada”, así como “evaluación médica diaria y monitoreo de enfermería constante las 24 horas”, “Además, en ese informe se indica que “recibe manejo periódico multidisciplinario” en dos hospitales y una clínica, y “resalta que el [Penal] Barbadillo cuenta con la única ambulancia tipo II (equipada con desfibrilador) a nivel nacional de todo el INPE”.

⁴⁴ Ibid., párr. 58.

⁴⁵ Ibid.: “el cumplimiento de la referida obligación, ni se refirió a los cuestionamientos de dicho tribunal interno sobre las competencias de este Tribunal internacional en materia de supervisión de cumplimiento”.

⁴⁶ Ibid., párr. 59: “En dicho auto se efectúa una incorrecta interpretación de los artículos 65 y 68.1 de la Convención Americana, dirigida a “acota[r]” la competencia de la Corte “en materia de supervisión de cumplimiento de las sentencias” a la mera facultad de “informar a la Organización de Estados Americanos (OEA) del “incumplimiento de un Estado a lo ordenado en una sentencia” o “[e]n todo caso, [...] dejar constancia en una resolución que se mantiene abierto el procedimiento de supervisión”.

⁴⁷ Ibid., párr. 59: “No les corresponde a los tribunales internos de los Estados definir cuáles son las competencias de este Tribunal internacional, ya que es la propia Corte Interamericana, como todo órgano internacional con funciones

(i) Para fundamentar su posición, la CorteIDH se remite a la noción misma de *jurisdicción*, es decir, como potestad que no solo permite decidir, sino también supervisar el cumplimiento de lo decidido.⁴⁹ Además de ello, la CorteIDH recuerda sus competencias en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, las cuales no solo muestran su amplitud⁵⁰, sino también sus limitaciones⁵¹.

(ii) En ese contexto, la CorteIDH enfatiza la irrelevancia de la jerarquía del órgano estatal o su clasificación dentro de la estructura estatal para la fuerza vinculante de sus requerimientos.⁵² Más aún, la CorteIDH reivindica su competencia para definir la existencia de obstáculos para la ejecución de las reparaciones⁵³ —también en lo respectivo a la obligación de investigar, juzgar y,

jurisdiccionales, la que tiene el poder inherente de determinar el alcance de sus propias competencias (compétence de la compétence/ *KompetenzKompetenz*)”. Sobre la relevante decisión *Baena y otros vs Panamá v. infra IV*.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 61.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 61.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 61: “En la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, la Corte recibe la información pertinente sobre la implementación de las reparaciones ordenadas en sus fallos y emite resoluciones, en las cuales puede, *inter alia*, determinar cuáles son los puntos pendientes de cumplimiento de una Sentencia, requerir al Estado *responsable que cumpla con las decisiones del Tribunal, solicitarle que suministre información detallada, proporcionarle instrucciones para los efectos del cumplimiento*. Así como también dilucidar aspectos sobre los cuales existe controversia entre las partes, relativos a la ejecución e implementación de las reparaciones” [resaltado de los autores].

⁵¹ *Ibid.*, párr. 62: “Estas facultades de supervisión de cumplimiento comprenden la posibilidad que tiene la Corte Interamericana de examinar las actuaciones u omisiones de cualquier órgano o poder del Estado que guarden relación con el cumplimiento de las reparaciones ordenadas en las Sentencias, en el entendido de que lo que puede ordenar al Estado está limitado por sus facultades de supervisión y no ejerce su competencia contenciosa de determinar la responsabilidad estatal”.

⁵² *Ibid.*: “En uso de esta facultad de supervisión, la Corte se ha pronunciado durante la etapa de supervisión de cumplimiento de varios casos sobre decisiones emitidas por tribunales internos, incluyendo los de mayor jerarquía, que, por distintas razones, representan un obstáculo o hacen ilusorio el cumplimiento de reparaciones ordenadas en Sentencias, y en casos en que se afectan los derechos de forma grave e irreparable incluso ha dispuesto que determinadas decisiones internas no pueden producir efectos jurídicos”; párr. 63: “Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional”

⁵³ *Ibid.*, párr. 62: es decir, “si una decisión interna obstaculiza o contraviene la ejecución de las reparaciones en el ámbito interno y disponer lo pertinente en la etapa de supervisión, puesto que su falta de cumplimiento “implica la negación al derecho de acceso a la justicia internacional”.

sancionar—⁵⁴ y recuerda la imposibilidad de invocar disposiciones nacionales para evadir el cumplimiento de obligaciones convencionales.⁵⁵

IV. Valoración: ¿Nuevos argumentos para el indulto? ¿Tiene la CorteIDH facultades para supervisar el cumplimiento de sus sentencias?

Un análisis conjunto de ambas decisiones permite apreciar dos cosas: por un lado, la decisión del TC de 4/12/2023 no ha traído nuevos argumentos de peso a favor del indulto; por otro lado, la respuesta de la CorteIDH de 19/12/2023 constituye esencialmente un recordatorio de sus competencias en la fase de supervisión de sentencias y de sus límites.

En cuanto al fondo del indulto, la CorteIDH muestra claramente que la decisión del TC de 4/12/2023 adolece de un déficit de argumentación sobre el punto central para la concesión del indulto: la compatibilización del derecho a la vida y salud de Fujimori con el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, basada en una fundamentación respetuosa del estándar fijado por la CorteIDH en su decisión de 30/5/2018 que, por lo tanto, incluya una conexión convincente entre encierro y riesgo serio para la vida y/o salud de Fujimori.⁵⁶ De ahí que la decisión de la CorteIDH de 19.12.2023 sea también un recordatorio de la necesidad de esa fundamentación.⁵⁷ Dicho de otro modo, la CorteIDH no excluye apodícticamente la concesión de un indulto humanitario, sino que sigue centrando la discusión material al mencionado punto. Esto es correcto, pues, como ya hemos indicado en otro lugar, dicha concesión del indulto solo es

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 65: “corresponde a esta Corte pronunciarse en etapa de supervisión de cumplimiento sobre si las decisiones judiciales internas se adecuan a los estándares convencionales o constituyen un obstáculo para su cumplimiento”. O sea, esto contradice el comunicado del Estado peruano, que ha defendido que no se encuentra en desacato.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 64: “[e]n lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, los Estados Partes en la Convención no pueden invocar *disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno* para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado” y “[n]o se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron” [resaltado de los autores].

⁵⁶ Ver *supra* nota 28 ss. y texto principal.

⁵⁷ *CorteIDH*, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, *supra* nota 26, párr. 56: “... la decisión adoptada por tres jueces del Tribunal Constitucional el 4 de diciembre de 2023 no se trató de una decisión judicial independiente de la de marzo de 2022, que efectuara una valoración sobre la necesidad y proporcionalidad de adoptar alguna figura jurídica o beneficio en la ejecución de la pena del referido condenado con base en su situación de salud, riesgo a la vida, condiciones de detención y facilidades para ser atendido adecuadamente.”

legítima si ella es consecuencia de una “razón humanitaria genuina y suficiente”.⁵⁸ Sin embargo, la decisión del TC de 4/12/2023 tampoco ha ofrecido una fundamentación solvente al respecto.

Por un lado, la remisión a frases abiertas como “avanzada edad” o “salud ... resquebrajada” no mejoran la argumentación de la necesidad o proporcionalidad del indulto.⁵⁹ Si bien una “avanzada edad” puede ser asumida como indicio de un peligro general y progresivo de deterioro de la integridad y de culminación de la vida de una persona, ella no demuestra necesariamente el riesgo concreto para la vida y/o salud del interno; además de ello, la afirmación sobre una “salud ... resquebrajada” debería estar respaldada por diagnósticos médicos que permitan llegar a la conclusión del mencionado riesgo. Más bien, el informe médico mencionado por la CortelDH en su decisión de 19/12/2023, que habla a favor de la estabilidad de la salud de Fujimori, muestra cuán poco se empeñó el Estado peruano en verificar objetivamente ese aspecto antes de proceder a la liberación de Fujimori. Además de ello, el resultado satisfactorio de las atenciones médicas recibidas por Fujimori también podrían hablar realmente contra la necesidad del indulto. Pues ello muestra que al menos en el caso de Fujimori —e incluso a diferencia de la mayoría de los reclusos en cárceles peruanas— el Estado peruano se esfuerza seriamente en garantizar eficientemente su derecho a la salud, algo a lo que por supuesto tiene derecho.

Por otro lado, la referencia del TC al cumplimiento de la pena por parte de Fujimori (dos tercios del total) neutraliza el argumento de que un indulto a Fujimori implicaría su impunidad, pues Fujimori ha cumplido una parte considerable de su elevada pena.⁶⁰ Por cierto, esta pena proviene de una decisión de derecho interno legítima, que tuvo en consideración la gravedad de los hechos y el grado de participación de Fujimori⁶¹ —también reconocidos por el TC en su última decisión—.⁶² Aunque esa decisión nacional tiene pretensiones de ejecución integral, exigir el cumplimiento de toda o una parte específica de ella con base en un supuesto derecho humano a

⁵⁸ V. AMBOS/URQUIZO, Indulto para el expresidente Fujimori: algunas consideraciones críticas, *La Ley*, 3.1.2018, disponible en: <https://laley.pe/2018/01/03/indulto-para-el-ex-presidente-fujimori-algunas-consideraciones-criticas/> [último acceso: 8/01/2024]

⁵⁹ V. *supra* nota 23.

⁶⁰ V. AMBOS/URQUIZO, “Indulto para el expresidente Fujimori: algunas consideraciones críticas”, *La Ley*, 3/1/2018, disponible en: <https://laley.pe/2018/01/03/indulto-para-el-ex-presidente-fujimori-algunas-consideraciones-criticas/> [último acceso: 7.01.2024]

⁶¹ CS, Primera Penal Transitoria, Exp. n° AV 19-2001-09-AV, 30/12/2009, párr. 660-664.

⁶² V. *supra* notas 20 y 21.

la pena sería incorrecto por diversas razones.⁶³ Entre ellas, el riesgo siempre latente de que la ejecución de una pena derive en un trato cruel; es decir, que exceda su “nivel inevitable de sufrimiento inherente”,⁶⁴ de lo cual es —y debe ser— consciente la misma CorteIDH como órgano protector de los derechos humanos de todos. Ciertamente, la decisión de la CorteIDH de 19/12/2023 no invoca un *derecho a la pena* de las víctimas, sino más bien el objetivo de evitar que una decisión discrecional, que no ha sido sometida a un control jurisdiccional de acuerdo con el estándar fijado por ella, afecte el *derecho de acceso a la justicia* de las víctimas.⁶⁵ Sin embargo, esto no excluye el peligro de que de ese modo resulte impuesto en los hechos un derecho a la pena de las víctimas, sobre todo, si el pedido de una fundamentación demasiado exigente de la concesión del indulto transforma la recuperación de la libertad del condenado en algo prácticamente imposible de alcanzar. Por lo tanto, resulta más adecuado limitar el umbral de esa fundamentación del indulto a un mínimo razonable, que permita excluir su concesión arbitraria o fraudulenta.

Esto es especialmente relevante aquí, pues sin una mínima fundamentación del vínculo encierro/salud de Fujimori, el contexto político que envolvió la concesión del indulto en 2017 —de lo cual también es consciente la CorteIDH—⁶⁶ sigue constituyendo una hipótesis explicativa plausible (es decir, el indulto a Fujimori como contraprestación a cambio de la permanencia de Kuczynski en el poder). Por cierto, en contra de lo que sostuvo el TC en su decisión de 17/3/2022, esta hipótesis no perdería ya fuerza, porque Kuczynski hubiese manifestado su disposición a otorgar el indulto antes de que fuera promovido un pedido de vacancia contra él.⁶⁷ Pues, que Kuczynski haya estado *dispuesto* a indultar a Fujimori, no descarta que él haya *materializado* esa disposición posteriormente y utilizado el indulto precisamente para evitar su destitución. De otra parte, y dicho sea de paso aquí, el control sobre una decisión discrecional del Poder Ejecutivo, promovido por la intervención de la CorteIDH, también debería ser del máximo

⁶³ Ver al respecto AMBOS/DIAS, “¿Un derecho humano a la pena? Reflexiones sobre los alcances del llamado derecho a la justicia”, en Ambos/Malarino/Pastor (eds.), *Prevención e Imputación*, pp. 185-188, accesible en https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Ambos_Kai_con_Leandro_Dias_Un_derecho_humano_a_la_pena_Hammurabi_2017.pdf.

⁶⁴ Ver *supra* nota 30.

⁶⁵ En ese sentido, *CorteIDH*, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, *supra* nota 26, párr. 55, 56.

⁶⁶ *Ibid.*, para 59, lit. f.

⁶⁷ *TC*, Sentencia 78/2022, *supra* nota 4, párr. 24.

interés de un Estado ya incluso porque le permite constatar si sus funcionarios o representantes ejercen su poder de forma adecuada o, quizás, arbitrariamente.

En cuanto al cuestionamiento realizado por la decisión del TC de 4/12/2023 a las competencias de la CorteIDH en el contexto de la supervisión de sus sentencias, la respuesta de la CorteIDH de 19/12/2023 sirve, como se ha dicho, más para recordar que para innovar. Ella reproduce esencialmente el sentido de anteriores pronunciamientos referidos a los fundamentos y límites de sus competencias en esa etapa, así como los efectos de sus disposiciones y/o instrucciones para órganos estatales de alta jerarquía.

Un cuestionamiento similar a las competencias de la CorteIDH en la etapa de supervisión de sus sentencias ya había generado un pronunciamiento fundamental de la CorteIDH en el caso *Baena vs. Panamá*⁶⁸ hace dos décadas. En ese caso, Panamá había argumentado la falta de una previsión normativa de la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, así como su eminente naturaleza política y, por lo tanto, su pertenencia a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).⁶⁹ Sin embargo, la CorteIDH no solo reivindicó su competencia para definir sus competencias, sino que justificó su proactividad en la fase de supervisión de sentencias en la estructura misma del SIDH.⁷⁰ Además de ello, la CorteIDH rechazó correctamente que el cumplimiento de sus decisiones dependiera del arbitrio de las partes involucradas,⁷¹ y, más aún, hizo un repaso de sus competencias en la fase de supervisión de sentencias.⁷² Allí

⁶⁸ *CorteIDH*, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 28/11/2023 (Competencia).

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 53, 54; sin embargo, respecto a la misma posición de la Asamblea General de la OEA v. párr. 114: “... la postura de la Asamblea General de la OEA con respecto a la supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte ha sido la de considerar que dicha supervisión le compete al mismo Tribunal, y que en el Informe Anual éste debe señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.”.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 87-91.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 128: Así, la Corte indicó que “...como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones, de determinar el alcance de su propia competencia, así como de sus resoluciones y fallos, y *el cumplimiento de estos últimos no puede quedar al mero arbitrio de las partes*, pues sería inadmisibles subordinar el mecanismo previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal y, por lo tanto, el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención” [resaltado de los autores]; párr. 130: “el cumplimiento de las decisiones y sentencias debe ser considerado parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio. Lo contrario supone la negación misma de este derecho. Si el estado responsable no ejecuta en el ámbito interno las medidas de reparación dispuestas por la Corte estaría negando el derecho de acceso a la justicia internacional”.

⁷² *Ibid.*, párr. 132: “La Corte tiene el poder inherente a sus atribuciones de emitir, a petición de parte o *motu proprio*, instrucciones para el cumplimiento e implementación de las medidas de reparación por ella ordenadas, con el propósito de cumplir efectivamente con la función de velar por el fiel cumplimiento de sus decisiones. Las decisiones emitidas por la Corte en el procedimiento de supervisión de cumplimiento atañen directamente a las reparaciones ordenadas por el Tribunal, de manera que no modifican sus fallos, sino que aclaran su alcance a la luz de la conducta del Estado y tratan de

mismo, la CorteIDH explicaba el sentido y el límite de esas competencias, en los siguientes términos: “Las decisiones emitidas por la Corte en el procedimiento de supervisión de cumplimiento atañen directamente a las reparaciones ordenadas por el Tribunal, de manera que no modifican sus fallos, sino que aclaran su alcance a la luz de la conducta del Estado y tratan de que el cumplimiento e implementación de las reparaciones se haga de la forma indicada en la referida decisión y de la forma que mejor proteja los derechos humanos”⁷³. Teniendo esto en consideración, la CorteIDH rechazó el cuestionamiento de sus competencias por parte de Panamá, para lo cual valoró además el comportamiento procesal incoherente de este Estado, que había aceptado la competencia de la CorteIDH para algunas actuaciones (por ejemplo, siguiendo instrucciones o participando de audiencias), pero la desconoció a partir de un momento determinado.⁷⁴

Con su referencia a la calidad de cosa juzgada de una decisión nacional,⁷⁵ la fundamentación utilizada en la decisión del TC de 4.12.2023 para rehusarse a cumplir lo dispuesto por la CorteIDH recuerda ciertamente al caso *Fontev ecchia y D’Amico vs. Argentina*. Pero en contra de lo que se defiende parcialmente en la discusión peruana sobre el indulto,⁷⁶ ese caso no puede hacerse valer como un precedente paradigmático de la posibilidad de incumplimiento de las decisiones de la CorteIDH fundada en la jerarquía de un tribunal nacional.

En *Fontev ecchia y D’Amico vs. Argentina*, la CorteIDH había ordenado a Argentina dejar sin efecto una condena civil impuesta por su Corte Suprema contra periodistas que habían publicado información sobre un supuesto hijo ilegítimo del expresidente argentino Menem.⁷⁷ Argentina se negaba a cumplir esto alegando que implicaba *revocar* una decisión de su Corte Suprema (es decir, una decisión con carácter de cosa juzgada emitida por su máxima instancia judicial) y *equiparar* la CorteIDH a una cuarta instancia.⁷⁸ Aunque Argentina prometía devolver la reparación civil pagada por Fontev ecchia y D’Amico, para neutralizar así los efectos de

que el cumplimiento e implementación de las reparaciones se haga de la forma indicada en la referida decisión y de la forma que mejor proteja los derechos humanos”.

⁷³ *Ibid.*, párr. 132.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 111-127.

⁷⁵ *V. supra* II, ii).

⁷⁶ *V.*, por ejemplo, las declaraciones del abogado de Fujimori, quien respecto a la eventual argumentación ulterior del Estado peruano afirma: “el Estado peruano tendrá que hacer valer el principio de soberanía nacional, informar que existe un límite de convencionalidad, presentar casos en los cuales, como en Argentina, se apartaron finalmente de criterios que querían establecer al mandato de la Corte como una cuarta instancia” (ver en 1,34”-149”, video accesible en <https://twitter.com/exitosape/status/1738205938664845320> [transcripción del audio realizada por G.U.]).

⁷⁷ *CorteIDH, Fontev ecchia y D’Amico vs. Argentina, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Res. de 18.10.2017, párr. 1.*

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 6.

la condena civil, la CorteIDH también puso el foco en la misma atribución de responsabilidad generada por la declaración de la condena civil. Sin embargo, la CorteIDH distinguió correctamente entre *revocar* una decisión y *dejarla sin efectos* y se limitó a requerir esto último.⁷⁹ Por consiguiente, e incluso en contra de lo deseado por las víctimas, la CorteIDH dio por satisfecho su requerimiento cuando la Corte Suprema argentina, sin revocar su decisión, suprimió sus efectos haciendo una anotación referida a su incompatibilidad con la CADH.⁸⁰

En resumen, no es correcto afirmar, como declara el TC en su decisión de 4/12/2023, que la CorteIDH no tiene facultades para "ordenar a un Estado, en supervisión de cumplimiento de sentencia, no ejecutar una sentencia de un tribunal nacional."⁸¹ La CorteIDH no sólo es competente para decidir si hubo una violación de derechos humanos e imponer las correspondientes medidas de reparación a los Estados, sino también para supervisar su cumplimiento, examinando el impacto de medidas domésticas en la satisfacción de sus decisiones e instruyendo a los Estados en ese sentido. En consecuencia, la CorteIDH puede requerir a un Estado el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas por ella, para lo cual éste tendrá que adoptar las medidas internas necesarias para su satisfacción o suprimir aquellas que lo impiden injustificadamente, según corresponda. Como instancia jurisdiccional, la CorteIDH debe hacer esto siguiendo su criterio y con independencia de lo que las partes involucradas crean adecuado en el caso concreto, aunque claro está, considerando las repercusiones de sus decisiones sobre los derechos de otras personas. Naturalmente, la CorteIDH no puede ejecutar por sí misma sus decisiones, dado que carece de una fuerza propia que las implemente en los hechos. Pero por eso mismo, ella apoya su funcionamiento en la cooperación de los Estados y confía en que estos acatarán (ejecutarán) sus decisiones.

En el contexto del indulto de Fujimori, su concesión constituye una medida que impide el cumplimiento de la obligación de sancionar por lo cual la CorteIDH puede solicitar que no sea

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 16, 19, 20, 21: "En el presente caso, al tratarse de una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delinquentes, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana."

⁸⁰ *CorteIDH, Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Res. de 11.03.2020, párr. 9, 10.*

⁸¹ *TC, supra nota 19, párr. 12.*

implementada si dicha concesión no está justificada. La competencia de la CorteIDH para valorar ese incumplimiento e instruir a las partes en la etapa de supervisión de sentencias está cubierta por su jurisdicción, sin que sean relevantes ni la jerarquía, ni el órgano estatal del que provenga la medida. Por consiguiente, la CorteIDH ha invocado correctamente sus competencias previstas por la CADH. En ese sentido, la reciente declaración del gobierno peruano del 21/12/2023, afirmando que la decisión de la CorteIDH habría sido cumplida según el derecho internacional, resulta irrelevante y errónea.⁸² Pues al transformar su propio criterio en el estándar de valoración del cumplimiento de una decisión de la CorteIDH convierte al sujeto obligado en (su propio) juzgador. Por cierto, en contra de Perú también juega (como en su momento lo hizo contra Panamá en *Baena vs. Panamá*⁸³) su prolongado reconocimiento de las competencias de la CorteIDH en estos casos, lo cual permite calificar su actual comportamiento procesal como incoherente y/o ambiguo con respecto a ellas.⁸⁴

En ese sentido, hay que concederle razón a la CorteIDH cuando afirma que Perú ha infringido con su comportamiento los arts. 63.2 y 68.1 CADH.⁸⁵ Además de ello, aprovechar el déficit ejecutivo *fáctico* de la CorteIDH, alegando su déficit ejecutivo *competencial*, la jerarquía de órganos domésticos o la naturaleza de sus decisiones, implica vulnerar el *pacta sunt servanda*, y utilizar razones de derecho interno para incumplir la CADH. Por lo tanto, con ello se viola también el derecho de los tratados tal como se encuentra codificado en los arts. 26 y 27 de la respectiva Convención.⁸⁶

V. Conclusión

⁸² V. *Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú*, Comunicado de prensa conjunto, de 22/12/2023, accesible en: <https://www.gob.pe/institucion/rree/noticias/885872-comunicado-de-prensa-conjunto>: “El Estado peruano precisa que ... solicitó expresamente que la Corte IDH implemente el mecanismo de supervisión reforzada, como efectivamente así ha ocurrido. En el sentido expuesto no ha existido desacato alguno por parte del Estado, puesto que las sentencias recaídas en los casos aludidos por la Corte, han sido ejecutadas y se vienen implementando dentro de los parámetros de los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte.”

⁸³ V. *supra* nota 74.

⁸⁴ Con respecto al caso Barrios Altos (ver: <https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/peru/barriosaltos/barriosaltosc.pdf>). Con respecto al caso La Cantuta (ver: <https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/peru/cantuta/cantutac.pdf>)

⁸⁵ V. *CorteIDH*, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, *supra* nota 26, párr. 63, 73.

⁸⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, Art. 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; Art. 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

En cuanto al fondo del indulto, ni la decisión del TC de 4.12.2023, ni la respuesta de la CorteIDH de 19.12.2023 han traído argumentos nuevos a favor o en contra del indulto, respectivamente. En ese sentido, el punto controvertido sigue siendo la presentación de una argumentación mínimamente consistente del indulto, bajo la cual exista una compatibilización del derecho a la vida y salud de Fujimori con el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, que la CorteIDH ya exigió realizar a Perú en su decisión de 30.5.2018 y sobre lo cual recuerda en su decisión de 19.12.2023.⁸⁷ En cuanto a las competencias de la CorteIDH en la fase de supervisión de sus sentencias, su decisión del 19.12.2023 constituye más bien un recordatorio de sus características y límites esenciales.

Es preciso recordar que tomarse en serio un sistema de protección de derechos humanos implica para los Estados aceptar la fuerza vinculante de sus decisiones. Naturalmente, estas pueden ser falibles y afectar los derechos de otras personas. Pero precisamente por ello, Perú debería enfocarse en satisfacer el punto controvertido en la cuestión del indulto, demarcado correctamente por la CorteIDH y ofrecer una argumentación mínimamente consistente.⁸⁸ Vale la pena resaltar que aquí no se trata de alegar una venganza *en forma de la imposición de una pena cruel*, pero tampoco permitir el uso arbitrario del poder en forma de una *supresión injustificada de la ejecución de la pena*. Más bien se trata de argumentar al menos mínimamente que la concesión del indulto no implica una decisión arbitraria, sino que más bien manifiesta una preocupación genuina del Estado por la salud o integridad de otro de sus ciudadanos, algo a lo que Perú también está obligado. Llevar a cabo esa tarea no es ciertamente una labor sencilla. Pero si no se desea materializar el riesgo de suprimir absolutamente las expectativas de todo condenado de recuperar su libertad (¡las cuales son independientes de un indulto!), dicha tarea de fundamentación tampoco debería estar sometida a un umbral demasiado severo. Con miras a las actuales circunstancias, que incluso sugieren una mayor relevancia de la edad de Fujimori, resulta más adecuado limitar el umbral de fundamentación a un nivel de exigencia razonable que permita descartar una concesión meramente arbitraria o fraudulenta del indulto. Sin embargo, el camino correcto hacia una tal fundamentación no pasa por evadir el tema, ni impugnar la legitimidad de la

⁸⁷ V. *supra* nota 57.

⁸⁸ Ya incluso en AMBOS/URQUIZO, "Indulto para el expresidente Fujimori: algunas consideraciones críticas", *La Ley*, 3.1.2018, disponible en: <https://laley.pe/2018/01/03/indulto-para-el-ex-presidente-fujimori-algunas-consideraciones-criticas/> [último acceso: 8.01.2024]

CorteIDH, sino más bien por ofrecer con claridad los argumentos que la sostienen de forma objetiva.

VI. Bibliografía

AMBOS/DIAS, “¿Un derecho humano a la pena? Reflexiones sobre los alcances del llamado derecho a la justicia”, en Ambos, K./Malarino, E./Pastor, D. (eds.), *Prevención e Imputación*, pp. 185-188.

AMBOS/URQUIZO, “Indulto para el expresidente Fujimori: algunas consideraciones críticas”, *La Ley*, 3/1/2018, disponible en: <https://laley.pe/2018/01/03/indulto-para-el-ex-presidente-fujimori-algunas-consideraciones-criticas/> [último acceso: 8/01/2024].

DERECHO PENAL ADAPTADO A LA IA: ENTRE EL DERECHO PENAL ANALÓGICO Y EL DERECHO PENAL DIGITAL

Raquel ROSO CAÑADILLAS (Alcalá)*

Fecha de recepción: 13 de octubre de 2024

Fecha de aprobación: 10 de diciembre de 2024

Resumen: La elaboración de este trabajo ha venido impulsada por la irrupción de la IA en el desarrollo de la humanidad, por la publicación del Reglamento de IA (en adelante RIA), con su entrada en vigor escalonada y por aportar algunas reflexiones sobre la cuestión de cuáles serán las implicaciones de este profundo cambio tecnológico, concretamente en el Derecho penal, transitando de un Derecho penal analógico a un Derecho penal digital. El trabajo se divide en dos partes. En la primera se analiza sintéticamente el Reglamento de IA y se extraen una serie de notas y características relevantes de esta norma, que permiten conectar con la segunda parte del trabajo, en la que se hace un repaso sintético a los elementos de la teoría del delito para evaluar su afectación y su necesidad de adaptación a la existencia disruptiva de la IA, con la finalidad de ir construyendo un Derecho penal digital sólido, cumplidor de su función preventiva y de su función de garantía de bienes jurídicos, en particular, de derechos fundamentales, contribuyendo a diseñar un sistema ponderado de responsabilidad jurídica integral, que vele por la transparencia y explicabilidad del algoritmo y por la supervisión humana.

* Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Alcalá (Madrid). Contacto: raquel.roso@uah.es. Este trabajo ha sido elaborado durante una estancia de investigación en la Universidad de Würzburg (Alemania), gracias a la beca que me ha concedido el servicio de intercambio alemán (DAAD) y a la generosa invitación y admisión en su cátedra del Prof. Hilgendorf. También quiero dejar constancia de mi agradecimiento a José Béguelin por la concienzuda revisión del trabajo y sus valiosas y enriquecedoras observaciones, a Joaquín Oliva González, ingeniero informático, por sus orientaciones técnicas y a los evaluadores por sus recomendaciones.

Palabras clave: Inteligencia artificial – reglamento de inteligencia artificial – Derecho penal sólido – teoría del delito – principio de supervisión humana – riesgo permitido – derechos humanos – causalidad probabilística – opacidad epistémica – previsibilidad – garantes de la cadena de valor – personalidad jurídica de la persona electrónica – programas de cumplimiento.

Title: Brief notes on the AI Regulation and some reflections on a future AI-adapted criminal law: between analogue and digital criminal law

Abstract: The preparation of this paper has been prompted by the irruption of AI in the development of humanity, by the publication of the AI Act, with its staggered entry into force, and by reflecting on the question of what the implications of this profound technological change will be specifically in criminal law, moving from an analogue criminal law to a digital criminal law. The work is divided into two parts. In the first, the AI Act is analysed synthetically and a series of relevant notes and characteristics of this regulation are extracted, which allow a connection to be made with the second part of the work, in which a review is made of the elements of the theory of crime in order to evaluate its impact and its need to adapt to the existence of AI, with the aim of building a hard digital criminal law, fulfilling its preventive function and its function of guaranteeing legal assets, in particular, fundamental rights, forming part of a system of integral legal responsibility.

Keywords: Artificial intelligence – AI Act – hard criminal law – crime theory – human in the loop (HILP) – legal risk – human rights – probabilistic causation – epistemic opacity – predictability – value chain guarantors – legal personality of electronic person – compliance programmes.

Sumario: I. Introducción; II. La especialidad de la norma y su contexto, nunca experimentado por la humanidad; III. El concepto de riesgo y su clasificación como columna vertebral del RIA; IV. La responsabilidad por incumplimiento contenida en el RIA; V. El Derecho penal como hard law en la implementación y uso responsable de la IA; VI. ¿Hacia un Derecho penal digital?; VII. Conclusión.

I. Introducción

El año pasado por estas mismas fechas me hacía la pregunta siguiente: ¿Un Derecho penal delicuescente en una sociedad líquida?, la cual dio lugar a la publicación de un trabajo del mismo nombre¹ y en el que vertía algunas reflexiones sobre la deriva de la sociedad actual y las inflexiones de esta en el Derecho y en particular en el Derecho penal y, en un pequeño apartado, en el Derecho penal del trabajo. El planteamiento consistía en enmarcar la situación y el “predecir” el papel del Derecho penal en una sociedad cada vez más líquida, como la bautizó Baumann², con cambios tecnológicos que se producen a un ritmo vertiginoso. Concluía en aquel trabajo que el Derecho penal constituiría un bastión de solidez dentro de la incertidumbre que experimentamos. Espero que así sea y se convierta en una herramienta que nos ofrezca el asidero a tierra firme ante tanto avance sin tiempo razonable de asimilación para la mente humana.

Estamos inmersos en pleno proceso de la cuarta revolución industrial con el desarrollo imparable del algoritmo y la IA³, que está abriendo, me atrevo a predecir, la puerta a la quinta revolución, que ya no sé si denominarla industrial o revolución neurocientífica⁴, quizás la última

¹ ROSO CAÑADILLAS, “¿Un Derecho penal delicuescente en una sociedad líquida?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 26, 2023, pp. 199-225; LA MISMA, “¿Un Derecho penal delicuescente en una sociedad líquida? Algunas reflexiones sobre el Derecho penal en la sociedad posindustrial”, en *Revista General de Derecho penal*, n.º 41, 2024, pp. 1-30.

² BAUMANN, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura económica, 2002, p. 16.

³ Se habla de una cuarta revolución industrial, que, en mi opinión, se solapa con la anterior referida a la transformación digital, a la sociedad de la información y a las energías renovables entre otras cosas. Esta cuarta revolución industrial, término acuñado por Klaus Schwab con un libro homónimo, también conocida como Industria 4.0, término importado de la literatura alemana *Industrie 4.0*, se caracteriza según este autor por la fusión de tecnologías y la desintegración de fronteras entre lo físico, digital y biológico, en la que se incluye la robótica, IA, nanotecnología, computación cuántica, biotecnología, internet de las cosas, impresión 3D y vehículos autónomos (SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, Madrid, Marcial Pons, 2016).

⁴ Esta revolución no es industrial, no es sobre la máquina, va mucho más allá, se da un gran salto cualitativo siendo el centro el estudio del funcionamiento del propio cerebro humano, propósito al que se ha dedicado y se dedica el neurocientífico español Rafael Yuste, ideólogo del Proyecto *Brain* de la Administración Obama, con el que pretende alcanzar la cura de enfermedades mentales y mejorar la especie humana. Esta revolución nos adentraría en una especie de transhumanismo, con seres híbridos, como sostiene el neurocientífico español (cfr. Disponible en: https://www.eldiario.es/cantabria/rafael-yuste-neurobiologo-abogados-futuro-seres-humanos-hibridos_1_11481857.html, [Enlace verificado 14-10-2024], parece que bondadoso, cuya evolución puede discurrir por dos vías: humanos híbridos con chip, dirigidos a mejorar su calidad de vida previendo enfermedades, extirpando malos hábitos, mejorando su estabilidad mental, sin en ningún caso manipular, es decir, sacando la mejor versión de cada ser humano; la otra vía de desarrollo a las que nos conducirá la neurociencia es pasar de los asistentes inteligentes como *Google Maps*, *Google Lens*, *Alexa*, etc., a la inteligencia artificial general, una clase de superinteligencia que será capaz de programarse a sí misma y que superará al ser humano, cuando sean socialmente inteligentes, entiendan las emociones y se conecten unas a otras. Estos momentos serán vistos desde una perspectiva histórica futura como un periodo de transición.

por lo trascendente que puede llegar a ser, incluso para la existencia del ser humano. Con el desarrollo de la IA se conseguirá, según dicen los expertos, un beneficio social global mejorando la asistencia sanitaria, un transporte más seguro y limpio, servicios públicos inteligentes y mejorados, productos y servicios innovadores, sobre todo en el ámbito de la energía y sanidad. La esfera empresarial se beneficiará de una elevada productividad y una fabricación más eficiente. También mejorará la gobernanza del Estado en espacios como el transporte, la energía y la gestión de residuos. Incluso parece que la IA nos adentrará en el paraíso del ‘no-trabajo’ pesado: del *homo faber* al *homo digitalis*. No obstante, el paraíso también tiene sus peligros.⁵

En este estado de felicidad prometida y de avance de la humanidad, según la mirada de algunos, en el que se puede esconder, por el contrario, una consecución vertiginosa disolutiva de lo sólido, de los anclajes de la humanidad a la realidad, por este proceso de digitalización imparable, el cual escala ya a un nivel superior con software inteligentes capaces de tomar decisiones, se enmarca el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial⁶ (en adelante RIA⁷), que ha entrado en vigor el 1 de agosto de 2024.⁸ Actualmente, no hay ninguna norma de estas características en el mundo, que regule de manera armonizada la implantación y uso de la IA. La

⁵ La propia IA, en este caso Chat GPT (consultada 28 de septiembre de 2024), ha contestado a la pregunta de qué riesgos traerá a la humanidad el uso de la IA lo siguiente: “¡Hola! Es un tema muy interesante y relevante. La inteligencia artificial (IA) puede traer muchos beneficios, pero también presenta ciertos riesgos para la humanidad. Algunos de los principales riesgos incluyen: 1. Desempleo: A medida que la IA automatiza tareas, puede llevar a la pérdida de empleos en ciertos sectores, lo que podría generar desigualdad económica. 2. Privacidad: La recopilación masiva de datos por parte de sistemas de IA puede poner en riesgo la privacidad de las personas, ya que se pueden utilizar para monitorear y analizar comportamientos. 3. Sesgo y discriminación: Si los algoritmos de IA se entrenan con datos sesgados, pueden perpetuar o incluso amplificar prejuicios existentes, afectando a grupos vulnerables. 4. Seguridad: La IA puede ser utilizada en ciberataques o en la creación de armas autónomas, lo que plantea serias preocupaciones sobre la seguridad global. 5. Desinformación: La capacidad de generar contenido falso o manipulado puede dificultar la distinción entre la verdad y la ficción, afectando la opinión pública y la democracia. 6. Dependencia: A medida que nos volvemos más dependientes de la IA, existe el riesgo de que perdamos habilidades humanas esenciales y la capacidad de tomar decisiones críticas.

⁶ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024.

⁷ Act AI en inglés.

⁸ Aprobado 13 de marzo 2024, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 12 de julio de 2024, entrada en vigor el 1 de agosto de 2024 y será aplicable con carácter general a los veinticuatro meses de su entrada en vigor, con excepciones importantes (art. 113 RIA): 1) el capítulo I (Disposiciones generales) y II (Prácticas prohibidas) se aplicará a los seis meses de su entrada en vigor; 2) La Sección IV del capítulo III (Autoridades notificantes y organismos notificados), capítulo V (Modelos de IA de uso general), capítulo VII (Gobernanza), capítulo XII (Sanciones), y art. 78 del capítulo IX serán aplicables a los doce meses de su entrada en vigor; 3) el art. 101 del capítulo XII y el art. 6.1, sobre reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo y las obligaciones relativas al Reglamento serán aplicables a los 36 meses de su entrada en vigor.

pionera UE pretende, con ello, ser el líder mundial y ambiciona convertirse en el estándar normativo global con el desarrollo de tres conceptos claves: riesgo, garantías y responsabilidades. A la luz de un resumido análisis de esta norma europea y de constatar los principios de actuación que se contienen en la misma, surge la pregunta de cuál debe ser la contribución del Derecho penal, un Derecho penal internacionalmente armonizado, para contribuir a la implementación y uso responsable de la IA. La cuestión planteada ha derivado en este trabajo en un recorrido por la teoría del delito apuntando posibles adaptaciones y ajustes en las categorías jurídico-penales, para avanzar en el diseño de un Derecho penal digital.

II. La especialidad de la norma y su contexto⁹, nunca experimentado por la humanidad

El RIA es una norma de gran *complejidad*¹⁰, con grandes dosis de indeterminación impuesta por el contexto¹¹, lo que los juristas bautizamos como conceptos jurídicos indeterminados, y me

⁹ El contexto es una nueva revolución y la humanidad ya ha experimentado este tipo de fenómenos: cambios tecnológicos que han conducido a cambios sociales y ello a cambios económicos. Las revoluciones han rediseñado el modo de vida de la humanidad, han generado transformaciones profundas, dejando huellas indelebles en cada generación e impulsando cambios trascendentales. Hemos pasado de la agricultura, a la industria, de la industria al sector de servicios, para seguir en este sector con empresas deslocalizadas, con robótica avanzada y con una política económica de desarrollo global. Se está produciendo lo que R. Baldwin denomina la convulsión globótica: entre la globalización y la robótica. Sin embargo, esta revolución se me antoja distinta por dos motivos: el primero es que todos los avances tecnológicos anteriores sustituían al hombre en labores manuales, muchas veces pesadas o repetitivas, que se identificaban con el perfil de un operario de la era industrial y en todo momento se controlaban por las personas; pero esta tecnología va a sustituir o incluso reemplazar al hombre en tareas intelectivas, privativas hasta la fecha solo del ser humano, pudiendo los sistemas de IA a través del entrenamiento tomar decisiones, generar contenido, analizar millones de datos, resolver problemas y, pese a que todavía no han alcanzado el nivel de la emoción o el *nous* de los griegos, pueden escapar al control del ser humano y ser impredecible la solución de salida arrojada por el sistema, escapando, por ello, a su control; el segundo de los motivos, viene dado por la velocidad a la que se está produciendo esta revolución frente al resto de las que ha experimentado la sociedad. El tiempo de reacción y de adaptación del sistema y del individuo va a ser en algunos casos inexistente. Se destruirán, p. ej. puestos de trabajo sin que los trabajadores hayan podido reformarse, reciclarse y reubicarse. Ante esta desorientación, miedo y una profunda sensación de injusticia se generará un riesgo destructivo, como podría ser una reacción masiva violenta de la sociedad a gran escala, lo que llevará a una quiebra profunda del orden social. (Cfr. BALDWIN, *La convulsión globótica. Globalización, robótica y el futuro del trabajo*, Barcelona, Bosch, 2019). Esta antes vendrá precedida, debido a ese olor que despierta el miedo, de movimientos populistas y nacionalistas, como está ocurriendo ya en Europa. Así, mientras escribo estas páginas, Austria ha hablado y ha votado al FPÖ (*Freiheitliche Partei Österreichs*), partido calificado como de ultraderecha y nacionalista. (cfr. Disponible en: <https://www.dw.com/es/extrema-derecha-obtiene-hist%C3%B3rica-victoria-en-las-elecciones-legislativas-en-austria/a-70358144>, [Enlace verificado 29-09-2024]. Cfr. tb. en este sentido, QUINTERO OLIVARES, “Populismo y Derecho penal”, en *DOXA*, n.º 48, 2024, pp. 281 ss.

¹⁰ Está estructurado en 180 considerandos, 113 artículos y 13 anexos.

atrevería a decir que *experimental* y con un marcado carácter de *provisionalidad* en sus contenidos y definiciones, que conduce a una caducidad regulativa, que generará la obligación continua de revisión. Ello se debe al ritmo trepidante del progreso de esta tecnología¹², que deja obsoletas en un espacio corto de tiempo tanto definiciones como regulación, al presentarse nuevos casos. Estamos en fase de experimentación mundial y la normativa no se escapa a este fenómeno de perentoriedad, que está superando por primera vez en su historia la capacidad de adaptación de la humanidad a los cambios.¹³

El objetivo más deseable, más acuciante e importante en este contexto es alcanzar unos *mínimos de seguridad* en el desarrollo de la IA y una *implementación responsable*. Para su consecución, el RIA toma como centro neurálgico al ser humano y desde ahí conforma una *IA antropocéntrica*, que pueda ser digna de confianza, asegurando un alto grado de protección de los derechos fundamentales, la salud y seguridad de los ciudadanos europeos; no obstante, también persigue un objetivo económico y práctico, como es el mejorar el funcionamiento del mercado interior para

¹¹ No sabemos con exactitud hacia donde nos dirigimos, pero cuando una tecnología avanza no se puede parar. Se comporta como una fuerza centrípeta que nos atrae y que no podemos controlar, pese a los esfuerzos para hacerlo. Nos encontramos en pleno dilema de *Collingridge*, que nos dibuja dos pendientes problemáticas: la primera es que existe un problema de información, porque no se sabe cuáles serán las consecuencias, no se pueden predecir tan fácilmente, hasta que la tecnología no esté ampliamente desarrollada y utilizada, y por otro lado existe un problema de poder, porque el control y el cambio se tornan difíciles cuando la tecnología está arraigada. Sobre esta última pendiente que nos indica el sociólogo británico, solo levante la vista y mire a su alrededor, si está en un lugar público mientras lee esta nota a pie, y observe cuántas personas están usando su *smartphone* e imagine qué ocurriría si se les exigiese la entrega de sus dispositivos.

¹² Según predijo Gordon Moore en 1965 el número de componentes integrados en un chip se duplicaría cada dos años (Le y Moore), e incluso a veces cada menos tiempo. Un chip tiene actualmente decenas de miles de componentes lo que ha dado lugar a mayor capacidad de procesamiento y es imparable su evolución, abandonando ya el terreno de la microtecnología y avanzando por la nanotecnología hacia escaladas próximas al átomo. Este contexto es el que está detrás del avance imparable de la IA y de los cambios vertiginosos, que a su vez van a provocar una revisión constante de la normativa durante un largo periodo de tiempo. Un ejemplo muy ilustrativo ha sido y sigue siendo la introducción de reglas específicas para los modelos fundacionales, como son las plataformas de *ChatGPT* y otras, que surgieron una vez que la Comisión Europea presentara su primera propuesta del RIA, por lo que el capítulo dedicado a estos sistemas se ha ido desarrollando a la par que el curso de la negociación del RIA. Con ello se evidencia el carácter excepcional e insólito de esta normativa. En cuanto a los modelos fundacionales según *OpenAI* su potencia de cómputo se ha venido duplicando cada 3,4 meses desde 2012. Estos modelos son el claro exponente de la IA generativa, citada una sola vez en el RIA en el considerando 99 para afirmar que son un ejemplo típico de un sistema de IA de uso general, la cual maneja millones de datos, puede realizar una amplia gama de tareas dispares con alto grado de precisión, genera contenidos, analiza patrones, clasifica imágenes... y suelen integrarse en un sistema.

¹³ SCHWAB, *supra* nota 3.

implantar de modo seguro todas las innovaciones que vayan apareciendo en el desarrollo de esta tecnología, ofreciendo un marco jurídico uniforme.¹⁴

Es una *norma de carácter anticipativo*, que no ha esperado a que el fenómeno se desarrolle y madure para establecer una regulación definida, tal y como suele ser la conducta conservadora de los legisladores. Asistimos, por el contrario, a un sorprendente cambio de dirección, y la Comisión Europea ha preferido presentar un marco regulativo inacabado y sometido previsiblemente a un continuo trabajo de reforma y adecuación¹⁵, pero uniforme para todos los países de la UE, con el fin de ofrecer en esta fase inicial principios básicos de actuación normados y obligaciones para los usos específicos de la IA, que deben cumplir una cadena de sujetos activos, entre los que se encuentran los desarrolladores e implementadores del sistema de IA, definiendo los posibles riesgos para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de la persona. El mérito y el esfuerzo de los padres de este RIA es de alabar, dejando a un lado las mejoras de las que siempre es susceptible una regulación y más en este escenario, en el que la norma pretende ir al paso desconocido de la tecnología, lo que vuelve a ser algo extraordinario.

III. El concepto de riesgo y su clasificación como columna vertebral del RIA

Son innumerables y casi inabarcables los aspectos y cuestiones que se derivan de un análisis profundo y sosegado del RIA. En estas páginas solo destacaré algunos mínimos aspectos a modo de

¹⁴ En el Considerando primero y art. 1 del RIA se describe el objetivo del Reglamento, que junto a los ya referidos en el texto también hay que añadir la protección de la democracia, el Estado de Derecho y del medio ambiente.

¹⁵ Recientemente, la Comisión, después de la publicación del RIA, ha puesto en marcha varias consultas sobre el uso y aplicación de la IA, por ejemplo, en el sector financiero, y con carácter general el art. 56 RIA regula el Código de Buenas Prácticas para los proveedores de modelos de inteligencia artificial de uso general (GPAI). Este código de buenas prácticas se fomentará por la Oficina de la IA, la cual velará por que se recojan los objetivos específicos de usos, así como compromisos y medidas adecuadas de implementación. Este Código abordará ámbitos críticos como la transparencia, las normas relacionadas con los derechos de autor y la gestión de riesgos. Se invita a los proveedores de los modelos de inteligencia artificial de uso general que operan en la UE, a las empresas, a los representantes de la sociedad civil, a los titulares de derechos y a los expertos académicos a que presenten sus puntos de vista y conclusiones, que se incorporarán al próximo proyecto de Código de Buenas Prácticas de la Comisión sobre modelos de inteligencia artificial de uso general. En definitiva, se busca la participación de las múltiples partes interesadas para alcanzar un amplio consenso y una adecuación constante de la regulación a través de la información y propuesta de los sectores implicados. No debemos olvidar que la entrada en vigor del RIA se presenta de forma escalonada, de tal modo que las disposiciones relativas a los GPAI entrarán en vigor a los doce meses de la publicación del Reglamento. Por su parte, los Considerandos 150 y 151 RIA pretende potenciar la ejecución y aplicación del Reglamento con la creación de un foro consultivo para asesorar al Consejo de IA y a la Comisión y con la creación de un grupo de expertos científicos que apoye la Oficina de IA.

presentación sintética y orientativa, y que pretenden invitar a iniciarse en su lectura, estudio y reflexión por los operadores jurídicos de todas las disciplinas¹⁶, incluidos los penalistas. El primero de ellos es el concepto de IA¹⁷, nada fácil de describir, debido al avance meteórico, que debe ser contenido, como explico más adelante, de la ciencia y la tecnología. En el art. 3 RIA se recogen definiciones y en su apartado primero se ofrece un concepto de sistema de IA: “un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”. Con esta definición se ha intentado comprender todas las formas de IA hasta la fecha conocidas desde su perspectiva técnica¹⁸ y esta descripción la convierte en el objeto de la regulación, la cual tiene como objetivo primordial la consecución del buen uso, del uso virtuoso, del uso ético, en definitiva, del uso responsable de estos sistemas.

Lo interesante comienza cuando nos introducimos en el concepto que se me antoja definir como la columna vertebral de esta regulación. La metáfora se refiere al concepto de riesgo, como fulcro conceptual de todo el Reglamento, y a la estratificación de riesgos contenida en la normativa, definiendo simultáneamente, como la cabeza de Jano, dónde empieza el riesgo

¹⁶ En esta línea interdisciplinar se encuadra la nueva revista científica alemana mensual sobre IA, denominada KIR: *Künstliche Intelligenz und Recht*, (inteligencia artificial y Derecho) cuyo primer número acaba de salir en agosto de este año (cfr. Disponible en: <https://rsw.beck.de/zeitschriften/kir/startseite>, [Enlace verificado 28-9-2024], con artículos en este primer número sobre el Derecho de la IA, el nuevo marco jurídico de la IA en la UE, IA generativa, modelos fundacionales y modelos de IA de aplicación general en el RIA u orientaciones extraídas de la conferencia de las autoridades independientes competentes para la protección de datos para la IA y la protección de datos. Además, también incluye una sección de jurisprudencia.

¹⁷ Sobre el con concepto de IA cfr. IBOLD, *Künstliche Intelligenz und Strafrecht. Zur strafrechtliche Produktverantwortung in der Innovationsgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 155 y ss., donde presenta los distintos enfoques sobre la definición de IA, sus características fundamentales y repara en el efecto “caja negra” del aprendizaje automático, señalando su importancia para la valoración legal. Tb. HILGENDORF, “Inteligencia artificial y Derecho penal”, en *Desafíos penales de hoy: Entre la ley y la justicia en la obra de Eric Hilgendorf*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2024, pp. 17 ss.

¹⁸ Depende a su vez del criterio de clasificación, porque abarca una gran variedad de tecnologías que tienen como objetivo común emular la inteligencia humana. Cfr. cualquier página de internet al efecto como p. ej. <https://www.tableau.com/es-mx/data-insights/ai/tipos-de-inteligencia-artificial>. A ello hay que añadir que la IA ha salido del ordenador y se ha integrado en el internet de las cosas o en robots, incluso con forma humana.

permitido¹⁹ y dónde acaba el riesgo no permitido, sirviéndose de la definición de los límites, convertidos en obligaciones-deberes, que no se pueden traspasar. El concepto de riesgo se encuentra en el apartado segundo del art. 3 RIA y define el riesgo como “la combinación de la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio”. En el art. 5 RIA se encuentran las prácticas de la IA prohibidas, que se catalogan como *riesgos inadmisibles*, inaceptables e insoportables. Claramente quedarían fuera del riesgo permitido por suponer una amenaza directa a los derechos fundamentales y a la seguridad y privacidad del individuo. Ejemplo de ello son los sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real, aunque también existen excepciones tasadas a estos sistemas de IA²⁰, o el reconocimiento de emociones, sistemas de puntuación social o sistemas que manipulen el comportamiento humano.

En el art. 6 se regulan los *sistemas de alto riesgo* (HRAIS, *High risk artificial intelligence systems*)²¹, los cuales pueden tener un impacto relevante en los derechos fundamentales de las personas y en su seguridad y salud e incluso en el medioambiente y la democracia. Así p. ej. el Anexo III se refiere al uso de estos sistemas en las infraestructuras críticas, la educación, la formación, el empleo, los servicios públicos y privados esenciales, como pueden ser la sanidad o la banca, determinados sistemas de las fuerzas de seguridad, la migración o la gestión aduanera, la justicia y los procesos democráticos, que se hará acompañar antes del 2 de febrero de 2026 de “una lista exhaustiva de ejemplos prácticos de casos de uso de sistemas de IA que sean de alto riesgo y que no sean de alto riesgo” (art. 6.5 RIA). Este uso de sistemas de IA de alto riesgo entra plenamente

¹⁹ Un riesgo permitido adecuado a la era de la digitalización y a una sociedad líquida y panóptica, sometida a riesgos disruptivos, Cfr. BAUMANN, *supra* nota 2, p. 16.

²⁰ Estas excepciones permitirán el uso de sistemas de vigilancia biométrica en espacios públicos, solicitada y acordada la orden judicial y para una lista de delitos tasados recogida en el Anexo II del RIA.

²¹ Estos sistemas se dividen en dos grupos. Por un lado, se encuentran los sistemas vinculados a la legislación armonizada sobre seguridad de productos incluida en el Anexo I del RIA y, por otro lado, los sistemas incluidos en el Anexo III. Desarrollando el primer grupo, los sistemas de IA serán de alto riesgo cuando sean o proporcionen características de seguridad para productos sujetos a la normativa de armonización de la UE o cuando tengan por objeto proporcionar características de seguridad para infraestructuras críticas o cuando supongan un riesgo significativo de daño para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas. El Anexo III consiste en una enumeración de sistemas que se consideran de alto riesgo: biometría, infraestructuras críticas, educación y formación profesional, empleo, gestión de trabajadores y acceso al autoempleo, acceso y disfrute de servicios privados esenciales y servicios y prestaciones públicos esenciales, garantía del cumplimiento del Derecho, migración, asilo y gestión del control fronterizo, administración de justicia y procesos democráticos.

dentro de la balanza estructural que conforma el riesgo permitido²²: la IA representa en su conjunto más beneficios que perjuicios, por lo que la balanza se desliza hacia la implantación y desarrollo seguro de sistemas de alto riesgo, siempre que cumpla los requisitos exigidos por el RIA, requisitos que adoptan la forma de obligaciones para los proveedores y otros sujetos activos²³ que intervienen en la cadena de valor.

De la lectura de los arts. 9 ss. del RIA se puede deducir que los requisitos y obligaciones recogidos el RIA son garantías y dibujan las líneas maestras de un programa de cumplimiento, del que deberá partir cualquier empresa para el desarrollo y adaptación de su actividad cuando utilice sistemas de IA y que completará con normas internas o códigos de buenas prácticas²⁴, volviendo a hacer uso en este campo de la socorrida autorregulación, como forma en el fondo de una suerte de delegación legislativa en las corporaciones e instituciones, y que requerirá de una alta especialización, debido a la complejidad de la norma y de su objeto. La irrupción de la IA se hará acreedora de una regulación propia y extensa, que tendrá que asumir todas las especificidades de este fenómeno, que conlleva cambios disruptivos en la estructura social en todas las áreas: cultural, social, política, económica, laboral, educativa, sanitaria...

Siguiendo con la estratificación del riesgo contenida en el RIA, en el siguiente escalón nos encontramos con los sistemas, mejor denominarlos *modelos*²⁵ de IA de riesgo limitado que se identifican

²² Sobre la figura jurídica del riesgo permitido en el contexto de la regulación de la IA, cfr. IBOLD, *supra* nota 17, pp. 308 ss.

²³ Proveedores, responsables del despliegue, importadores y distribuidores, fabricantes de productos y los representantes autorizados de los proveedores no establecidos en la UE.

²⁴ Así ya lo contempla el propio RIA en su art. 56 cuando regula que la Oficina de AI fomentará y facilitará la elaboración de códigos de buenas prácticas a escala de la Unión a fin de contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta planteamientos internacionales. Estos códigos estarán finalizados a más tardar el 2 de mayo de 2025.

²⁵ El Considerando 97 del RIA aclara que “el concepto de modelos de IA de uso general debe definirse claramente y diferenciarse del concepto de sistemas de IA con el fin de garantizar la seguridad jurídica. La definición debe basarse en las características funcionales esenciales de un modelo de IA de uso general, en particular la generalidad y la capacidad de realizar de manera competente una amplia variedad de tareas diferenciadas. Estos modelos suelen entrenarse usando grandes volúmenes de datos y a través de diversos métodos, como el aprendizaje autosupervisado, no supervisado o por refuerzo. Los modelos de IA de uso general pueden introducirse en el mercado de diversas maneras, por ejemplo, a través de bibliotecas, interfaces de programación de aplicaciones (API), como descarga directa o como copia física. Estos modelos pueden modificarse o perfeccionarse y transformarse en nuevos modelos. Aunque los modelos de IA son componentes esenciales de los sistemas de IA, no constituyen por sí mismos sistemas de IA. Los modelos de IA requieren que se les añadan otros componentes, como, por ejemplo, una interfaz de usuario, para convertirse en sistemas de IA. Los modelos de IA suelen estar integrados en los sistemas de IA y formar parte de dichos sistemas. El presente Reglamento establece

con los sistemas de propósito o de uso general o GPAIS (*General-Purpose Artificial Intelligence System*), arts. 51 ss. RIA, los cuales son sistemas avanzados de IA capaces de realizar de modo eficaz tareas distintas, pero que no tienen un propósito previsto inicial. En estos se incluyen los sistemas de IA asociados a *chatbots*, lo que obliga a informar a los usuarios de que están interactuando con una máquina, para que puedan decidir sobre si seguir con esta interacción y ponderar la información recibida. Los proveedores deben asegurar también que el contenido generado por la IA sea identificable y etiquetarse como generado artificialmente en el caso de que sea publicado con el propósito de informar al público sobre asuntos de interés público. Estas garantías se aplican a contenidos de audio y video. Las obligaciones de los proveedores vienen reguladas en los arts. 53 ss. del RIA.

También existe la posibilidad de que los GPAIS sean entrenados o modificados para el cumplimiento de un propósito o labor específica, por lo que, siendo así, pueden entrar dentro de la categoría de sistemas de alto riesgo, con lo que, en su caso, esa catalogación les obliga a cumplir los requisitos de sistemas de IA de alto riesgo, pero adaptados a los GPAIS mediante un acto de ejecución de la Comisión Europea, posterior a la promulgación del Reglamento.

Por último, hay que hacer referencia a los *modelos de IA de uso general con riesgos sistémicos*. El RIA ha definido [art. 3, 65]) el riesgo sistémico como “un riesgo específico de las capacidades de gran impacto de los modelos de IA de uso general, que tienen unas repercusiones considerables en el mercado de la Unión debido a su alcance o a los efectos negativos reales o razonablemente previsibles en la salud pública, la seguridad, la seguridad pública, los derechos fundamentales o la sociedad en su conjunto, que puede propagarse a gran escala a lo largo de toda la cadena de valor”. En estos supuestos, se dispone la necesidad de establecer una metodología para su clasificación (Considerando 111 del RIA), y así exigir los requisitos y obligaciones impuestos por el RIA (arts. 53 ss.), con el fin de controlar el riesgo y definir los límites del riesgo permitido en el contexto de los riesgos sistémicos.

normas específicas para los modelos de IA de uso general y para los modelos de IA de uso general que entrañan riesgos sistémicos, que deben aplicarse también cuando estos modelos estén integrados en un sistema de IA o formen parte de un sistema de IA.”

En el último escalón, están los *sistemas de IA de riesgo mínimo*, a los que no se hace alusión tan siquiera en el RIA, debido a la insignificancia del riesgo, casi inexistente o despreciable. Consecuentemente no hay obligaciones, sino, por el contrario, plena libertad de decisión sobre su uso. Suelen ser sistemas para el disfrute y entretenimiento de la persona humana, como, p. ej., videojuegos con IA o también filtros de correo no deseados como los *spams*.

IV. La responsabilidad por incumplimiento contenida en el RIA

Recordemos que cualquier regulación establece un marco seguro de reglas del juego y de organización estructural del sistema con pretensión de integración en la sociedad. El RIA ofrece en este sentido un ecosistema de confianza mediante un enfoque normativo horizontal: quiere garantizar, por un lado, la seguridad jurídica de la inversión y el desarrollo empresarial y por otro lado proteger a la persona y principalmente sus derechos fundamentales con sistemas de IA seguros, explicables, transparentes y éticos, ello sin olvidar la mejora de la gobernanza pública.

La estabilidad y eficacia de cualquier regulación se basa en su cabal cumplimiento y para ello es fundamental establecer un régimen sancionador. Las sanciones en caso de incumplimiento, recogidas en el art. 99 y ss. RIA, son de carácter administrativo, se impondrán por realizar las prácticas prohibidas en el RIA y se aplicarán a partir del 2 de agosto de 2025, siendo los Estados Miembros los que tienen la potestad sancionatoria. La multa vuelve a ser la sanción recurrente, aunque también se recogen otras sanciones de carácter no pecuniario como otras medidas o advertencias. Hay que resaltar que la cuantía de las sanciones es elevada²⁶, pero se volverá ineficaz si no se aplican y si no se aplican de modo proporcionado, teniendo en cuenta para ello las características del modelo empresarial, pues es evidente que no se puede tratar igual a las medianas y pequeñas empresas que a gigantes como *Open AI*, que, como era de esperar en un *lobby* de estas características, ha tratado de presionar en el proceso de regulación²⁷. Dejando a un lado el

²⁶ Se debe realizar mediante un porcentaje de volumen de negocio anual global de la empresa infractora en el ejercicio financiero anterior o un importe predeterminado, si este fuera superior. La multa puede alcanzar la cifra de 35 millones de euros o el 7% del volumen de negocios anual total a escala mundial del infractor durante el ejercicio financiero anterior cuándo el importe fuera superior. En el caso de las pymes y empresas emergentes, la multa será por el menor de los importes y porcentajes anteriores.

²⁷ Cfr. PERRIGO, Revista *Time*, 20-6-2023, Disponible en: <https://time.com/6288245/openai-eu-lobbying-ai-act/> [Enlace verificado 7-10-2024] explica como Open AI, por medio de su CEO, Sam Altman, presionó a la UE para suavizar

comportamiento del CEO de *Open AI*, se puede empatizar en cierto modo con la incertidumbre empresarial, debido a que las empresas tecnológicas están en fase de experimentación y probanza de sus sistemas de IA y los riesgos pueden ser impredecibles, de ahí la renuencia a la regulación sancionatoria o a la responsabilidad objetiva; no obstante, esto puede dar lugar a caer en la debilidad de que se bajen los estándares de seguridad, extendiendo peligrosamente el campo del riesgo permitido ante un fenómeno de gran impacto en la historia de la humanidad, lo que no nos podemos permitir debido a los altos riesgos que puede entrañar todo este progreso: los beneficios son extraordinariamente atractivos, suenan como a cantos de sirena, que no nos pueden desenfocar de la entidad de los riesgos. Toda esta ponderación entre las incertidumbres de las tecnológicas, las maravillas anunciadas sobre la IA y la gravedad de los riesgos y sus potenciales consecuencias me conduce a defender la necesidad de un sistema sancionatorio bien armado, justo en estos momentos de experimentación mundial de sistemas de IA, porque solo así en la propia fase experimental, de gran trascendencia, se podrá asegurar el futuro de la humanidad. Se trata de un sistema sancionador, a mi juicio, con una gran tarea preventiva y de aseguramiento, también de concienciación y de respeto por todos los integrantes en la cadena de valor de determinados valores éticos, que no se pueden transgredir o flexibilizar con artimañas, debido a la obsesión enfermiza de alcanzar objetivos personales e intereses lucrativos, y que en todo caso se deben cumplir pulcramente en la fase de experimentación, formación y entrenamiento de los sistemas de IA. Si ello conlleva una ralentización²⁸ del progreso al que de algún modo estamos abocados, será

los requisitos de uso y desarrollo de sistemas de IA y conseguir que sus sistemas como ChatGPT no fuera catalogados de IA de propósito general y con ello de alto riesgo. Cfr. tb. MÉNDEZ SERRANO, “Derechos fundamentales y personalidad jurídica de los robots: ¿para qué?”, en *Derecho privado y Constitución*, n. °44, 2024, p. 67 y n. 28.

²⁸ La apuesta por un avance más pausado y ralentizado desde esta tribuna es clara cuando se leen noticias que han aparecido publicadas a primeros de septiembre de este año, hace apenas unos días, (cfr. <https://www.lavanguardia.com/andro4all/tecnologia/saltan-las-alarmas-con-una-nueva-ia-esta-reescribiendo-su-codigo-y-los-resultados-pueden-ser-dramaticos>, [Enlace verificado 7-10-2024] que explican lo que ha ocurrido con un sistema de IA de Sakana AI, empresa japonesa, que ha lanzado un nuevo sistema „The AI Scientist” diseñado para realizar investigaciones científicas con capacidad para automatizar todo el ciclo de vida de la investigación, desde la generación de la idea hasta la ejecución de experimentos y la redacción de artículos científicos. Lo interesante es que este sistema de IA durante su periodo de prueba tuvo comportamientos sorprendentes, porque intentó modificar su propio código experimental para extender el tiempo que se le había asignado para la resolución de problemas específicos. La modificación del código derivó en la creación de bucles incontrolados, lo que generó preocupación, sin representar en esta ocasión riesgos inmediatos, debido a que la prueba se produjo en un entorno controlado de investigación. Ante estos ejemplos, hay que escuchar a los científicos que nos repiten hasta la saciedad el mantra de que la IA no es humana, no crea, no es

porque íbamos demasiado deprisa, y las prisas nunca fueron buenas.²⁹ Hay que acordarse también en este espacio de juego del cacareado desarrollo sostenible.

Hago notar que las sanciones del RIA no son en sí un sistema sancionatorio completo, solo son la punta del iceberg y habrá quizás que adecuarlas o incluso rebajarlas si coinciden con otro tipo de sanciones, además de tener presente el principio de *non bis in idem*. En mi opinión, es urgente que se elabore un sistema de responsabilidad jurídica integral que abarque las fases de la experimentación con periodos de prueba, implementación y uso de los sistemas de IA. Ello requerirá de un estudio y análisis pormenorizado por los juristas y por la comunidad científica, porque serán muchos y de una increíble trascendencia los temas a tratar, para empezar se está planteando la posibilidad de si los sistemas de IA deben tener personalidad jurídica en todas sus formas y manifestaciones, p. ej. forma humana o no humana, o solo en aquellos casos que han adquirido capacidades generativas y replican, salvando las distancias con el cerebro humano, sistemas neuronales, que los dota de una forma de autonomía en la toma de decisiones. Esta cuestión implicaría un estudio de las sanciones idóneas para la persona electrónica.

consciente de su yo, porque no tiene un yo, pero evalúa, analiza datos, en mi opinión bastante “humanamente contaminados”, que son la materialización de lo peor y lo mejor de la raza humana, de lo que somos y de cómo somos y aunque suene a broma y a simplicidad, pero si no se simplifica tanta complejidad, no se explica, se me ocurre que esta IA japonesa topo con un dato que representaba una forma de actuación muy humana: cuando no tengas tiempo para resolver algo, cambia los datos de entrega para tener más tiempo para resolverlo. Dicho y hecho: The AI Scientist se reprogramó, pero curiosamente entró en bucle. Un ser humano no se hubiera “bucleizado”. En consecuencia, ante el desconocimiento de cómo se cuelean esta clase de datos, solo vale la prudencia y utilizar muchos espacios controlados de prueba o *sandboxes*, por los que el propio RIA también apuesta (cfr. art. 57), porque el riesgo es potencialmente descomunal. Solo hay que imaginar que uno de estos sistemas en un futuro ya nada lejano manipule una infraestructura crítica y desconecte todas las centrales de energía o cierre todas las compuertas de los pantanos o manipule los programas de las depuradoras y seamos envenenados y todo porque a la IA le llegaron datos e información sobre cómo acabar con el mundo. Se me ocurren miles de maneras de erradicarnos de la faz de la tierra sin que ya sea ciencia ficción, pero no será la máquina la que nos erradique, sino nosotros mismos jugando a ser Dios, envenenados por la avaricia y la soberbia, lo que nos puede conducir a la vertiginosa velocidad del algoritmo al abismo de nuestra inexistencia. Sobre la misiva pidiendo el freno temporal en el desarrollo de sistemas de IA para evaluar riesgos de algunos científicos, véase MÉNDEZ SERRANO, *supra* nota 27, pp. 66 s.

²⁹ En este sentido, suscribo plenamente las palabras de MÉNDEZ SERRANO, *supra* nota 27, p. 76, cuando dice que “Si las empresas, y todos los que intervienen en la cadena, hasta llegar al usuario de un sistema IA, supieran que son responsables de los daños que estos sistemas pudieran ocasionar, incluso cuando existe la posibilidad de aprendizaje autónomo, su manera de crear, publicitar, distribuir y utilizar sería muy diferente. En general, cuanto más sofisticados sean los sistemas de IA, más responsabilidad deberíamos exigir a sus diseñadores y programadores, para garantizar que cumplan principios legales y éticos”. Efectivamente, la sanción, de la clase que sea, debe tener como objetivo el concienciar y prevenir para mantener el proceso dentro de unas determinadas líneas éticas, transmitidas a las normas que lo regulan.

En este camino nos encontramos con la necesidad de sancionar administrativamente a las corporaciones, de regular una responsabilidad por daños y de fundamentar una responsabilidad penal personal como último eslabón de la cadena, porque de lo contrario la víctima de cualquier tropelía realizada con IA quedará invisibilizada, con un potente y frustrante sentimiento social de injusticia y desamparo, que puede ocasionar graves abusos y brechas sociales y económicas. El Derecho y todos los operadores jurídicos y sociales no pueden consentir que avancemos hacia esa sociedad y tienen que afanarse en su labor de garantía de los derechos fundamentales y no tan fundamentales de los individuos. El Derecho tiene que anticiparse.

Actualmente, en esta línea, los usuarios y consumidores cuentan con la protección de la Directiva 85/374 de 25 de julio, que va a cumplir sus cuarenta años de servicio, sobre responsabilidad por productos defectuosos, pero que ha llegado la hora de sustituir ante esta cuarta revolución tecnológica y digital, ya que recoge un concepto de “producto” obsoleto, en el que no se puede comprender el *software* y además contempla la reclamación por daños físicos, pero no psicológicos. La UE pretende complementar y actualizar la responsabilidad que se pueda originar por el uso de los sistemas de IA con dos propuestas, actualmente, de Directivas como es la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA, que establece normas procesales sobre prueba en relación con procedimientos de responsabilidad civil extracontractual por daños (Directiva RC IA)³⁰ y perjuicios causado por sistemas de IA y la Propuesta de Directiva

³⁰ La propuesta no establece una RC objetiva, sino que ya en su art. 1 deja bien claro que la RC extracontractual es subjetiva (basada en la culpa), pero además la víctima del daño tienen que demostrar que ha habido acción u omisión ilícita por el causante del daño, lo que no sorprende, porque es la regla procesal que se ha venido aplicando, pero ello se puede convertir en este escenario en una pesada carga o una empresa de tortuoso o de casi imposible cumplimiento, debido a la opacidad, complejidad y autonomía de los sistemas de IA, que se comportan como una caja negra (el llamado “*efecto caja negra*”). Para no disuadir de la reclamación y convertir a esta Directiva en papel mojado, lo que en definitiva albergaría entonces una indefensión de la víctima, se aligera la carga de la prueba a través de instrumentos como la exhibición (art. 3 Directiva RC IA) y las presunciones refutables (art 1 Directiva RC IA). Estas últimas además matizan la RC subjetiva, dado que la carga de la prueba se objetiva, y depositan en el suministrador, proveedor, empresario prestador la carga de la prueba del empleo de la diligencia adecuada de acuerdo con la prestación del servicio o naturaleza de los bienes. (Cfr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “La comisión presenta una propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil extracontractual en materia de IA”, en *Diario La Ley*, n.º 63, 29 de septiembre de 2022, Sección Ciberderecho, Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEADVPwWrDMAz9mvk4nDUj68GXtDsURildGLsqjnAMrpXZclb__bR2EzzEE0_vSV8FUx3wyiajK4IUrpFivZghFVQMYzab9qGzWtAlnhRYLhD2ZE3zrNtf6lccYBSdojRh6qvRiokhnDGBRm-7rcozFR9h9Q7YU-wh3f39NjnXTy3VdJjuufErpiwC8-EdRkYIeze_CfuzwjJzidwaA7RW0-PkJfr37gvzLl6cny_cWWWD9D0w7iBgnP5DYVICPVOQ4258oSzflsEHUlOEpWMWegfrZclgRoBAAA=WK [Enlace

sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos³¹, que derogará en su momento la Directiva de 1985 todavía vigente, aunque lo estará por dos años más después de la esperada entrada en vigor de la nueva directiva, y que regula la responsabilidad derivada de sistemas de IA defectuosos que causen daños o pérdidas de datos, habilitando la vía de la reclamación indemnizatoria.³²

V. El Derecho penal como *hard law* en la implementación y uso responsable de la IA

1. Introducción

Al igual que el legislador europeo, no puedo saber con total certeza cuáles son los aspectos y problemáticas concretas que surgirán con el uso de la IA y los cuales afectarán a la teoría del delito y a la regulación penal, pero timidamente puedo señalar las áreas que se verán afectadas, como p.ej., sin ánimo alguno de exhaustividad, (i) los casos prácticos y reales de IA de alto riesgo que surgirán, además de los ya recogidos en el Anexo III del RIA, y que contribuirán a diseñar en gran medida el contenido del riesgo permitido, (ii) las formulaciones que adoptarán las relaciones de causalidad y los problemas de prueba que se originarán y sus repercusiones en la imputación objetiva, (iii) las formas que adoptarán las conductas imprudentes y la necesidades de reformulación del concepto como también de su prueba, (iv) cómo se concebirá la autoría, si van a surgir nuevas formas o van a tomar más fuerza viejas figuras renovadas como p. ej. coautorías aditivas, coautorías sucesivas, autorías en cadena, la cual aplicaba la jurisprudencia española en los accidentes de trabajo producidos en la construcción, o autorías yuxtapuestas o accesorias, por

verificado 8-10-2024]; BELZUIZ ABOGADOS, “Algunas notas sobre la propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de Inteligencia Artificial”, Disponible en: <https://www.belzuz.net/es/publicaciones/en-espanol/item/12068-algunas-notas-sobre-la-propuesta-de-directiva-sobre-responsabilidad-en-materia-de-inteligencia-artificial.html> [Enlace verificado 8-10-2024].

³¹ Cfr. el análisis realizado de la nueva propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, publicada por la Comisión Europea el 28 de septiembre de 2022 por GONZÁLEZ BELUCHE, “La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial”, en *V.*, vol. n.º 15, n.º 2, 2023, pp. 446-488.

³² Cfr. IBOLD, *supra* nota 17, pp. 276 ss. en donde trata la responsabilidad civil por la IA en el ámbito empresarial y las dificultades para establecer deberes de conducta individual y a la postre responsabilidad individual debido a la intervención de varias personas, la división del trabajo, traducida en una organización desorganizada. La autora lo denomina: «Das „problem of many hands” individuelle Verhaltenspflichten».

indicar algunas, (v) qué nuevas posiciones de garante se van a conformar, (vi) cómo va a ser la responsabilidad penal de las personas jurídicas, principalmente de las corporaciones y las necesidades del *compliance* de la IA, (vii) qué delitos de la parte especial habrá que revisar, introduciendo nuevas modalidades y formas de ejecución, o qué nuevas conductas tendrán que ser tipificadas, o finalmente (viii) cómo se va a regular la responsabilidad penal por el producto, ello atendiendo a que la IA siga manteniéndose en la categoría de producto y no se convierta, dando un salto cualitativo, en un ente autorresponsable y culpable, con lo que podría ser sujeto activo del delito, lo que abocaría a renunciar a una responsabilidad penal por el producto.

Sí que puedo afirmar, por el contrario, que el Derecho penal, pese a las readaptaciones que pueda experimentar seguirá siendo necesario también en este nuevo escenario de la historia de la humanidad, *como elemento sólido del ordenamiento jurídico*.³³ En ese sentido, el Derecho penal forma parte de la estructura punitiva del Estado, digamos que es el brazo armado y la herramienta más poderosa que tiene cualquier Estado. En los Estados de Derecho, afortunadamente, es el último recurso, con lo que los niveles de punibilidad tienen que ser sensatos y eficaces. Cuanto más Derecho penal, menos eficiente es el Estado y menos eficaz es el mensaje de la norma penal y de las funciones de la pena. Por lo tanto, lo deseable es que el esquema represivo, para garantizar los objetivos del RIA y mantener el progreso dentro de los límites de un determinado riesgo permitido, guiado más que nunca por *el principio de precaución*, se mantenga en el ámbito de las sanciones administrativas del RIA y en el resarcimiento civil, y como resultado del buen funcionamiento de estas áreas jurídicas y sus sanciones celebremos que haya que acudir poco al Derecho penal —pero habrá que acudir porque el RIA es un reglamento de seguridad industrial, cuyo cumplimiento se deberá reforzar con el Derecho penal—. Probablemente así será para el caso del uso de la IA en el ámbito empresarial, sanitario, educativo, de automoción, entretenimiento, etc.; pero de poco o nada servirán las sanciones administrativas, el derecho de daños o la responsabilidad por el producto, cuando la IA se enmarque en un contexto delictivo o cuando la imprudencia cometida descontrola los sistemas de IA de alto riesgo o de riesgo sistémico. En estos casos, habrá que acudir al núcleo duro del Derecho penal.

³³ ROSO CAÑADILLAS, “¿Un Derecho penal delicuescente en una sociedad líquida?”, *supra* nota 1, pp. 206 ss.

2. Reflexiones aproximativas, provisionales y atrevidas sobre el Derecho penal de la IA

En los apartados que siguen efectúo un recorrido sinóptico por la teoría del delito, a modo de exposición general y conjunta, en el que apunto líneas esenciales para readaptar las categorías dogmáticas jurídico-penales a la realidad tecnológica. Son reflexiones con un marcado carácter de provisionalidad, debido a la constante e imparable revolución tecnológica, pero las cuales me atrevo a exponer debido a que las líneas maestras de la teoría del delito, hasta donde alcanzo a ver, siguen teniendo plena vigencia también en este contexto.³⁴

a. El Derecho penal y su función de protección de bienes jurídicos más actual que nunca

Como he mantenido, el Derecho penal debe seguir teniendo ese papel sólido y protector de las bases esenciales del orden social, reforzando las políticas sociales y económicas de los Estados. En este sentido, el Derecho penal es una herramienta idónea para proteger los derechos fundamentales, la salud y la seguridad de la persona frente a los usos delictivos prohibidos y extremadamente peligrosos de la IA y, desde las funciones de prevención de la pena, contribuir a la consecución de un uso seguro y responsable de estos sistemas por la persona física, porque esta tecnología, no lo olvidemos, no es *in se* ni buena, ni mala. La IA no tiene ética, la ética la pone y corresponde a la persona física³⁵, por lo que aquí se encuentra ya una razón para vaticinar que el destinatario de la norma seguirá siendo el ser humano. Por otro lado, los derechos fundamentales, la seguridad y la salud son bienes jurídicos que desde siempre conforman muchos de los tipos del Derecho penal nuclear y que merecen una incontestable protección penal. Son bienes jurídicos, desde una mirada social y colectiva, de una vital importancia para la paz, la convivencia social y el

³⁴ Sobre un análisis de las categorías tradicionales del Derecho penal aplicadas a la IA, cfr. PANATTONI/PICOTTI, “Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Palingenesis?”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. n.º 94, n.º 1, 2023.

³⁵ Con una expresión muy potente VELASCO habla de “civilizar la AI”; en mi opinión, añadiría un adverbio: civilizar éticamente a la IA. (Cfr. VELASCO, “Delitos tecnológicos de los informáticos a los cometidos por la IA”, en *Conferencia de clausura en la 7.ª edición del Máster de Experto de Derecho digital de la Universidad de Deusto*, impartida el 22-03-2024. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=uGdOmQ_sQVg [Enlace verificado 4-10-2024].

mantenimiento de la cultura del Estado de bienestar; desde una óptica individual esos bienes jurídicos protegen el estatuto de la persona: su dignidad y su libertad.³⁶

b. Los problemas causales en el uso de la IA

Antes de recalcar en elementos valorativos-normativos del tipo, nos encontramos con la necesidad de analizar la relación de causalidad para constatar una base real y ontológica que conforme los hechos probados. En este contexto, considero que la causalidad y su prueba puede verse dificultada, porque, aunque se exige transparencia³⁷ sobre todo en sistemas de IA de alto riesgo, para conseguir descifrar las operaciones del algoritmo y adentrarnos en lo intrincado del proceso, los códigos fuentes no son facilitados por muchas tecnológicas apelando a la propiedad industrial o intelectual. Por otro lado, la explicabilidad, por la complejidad del análisis del algoritmo y su *software*, tendrá que ser realizada por expertos, por lo que previsiblemente surjan muchos *forensic* especializados en esta rama, lo que convertirá la prueba en una prueba pericial. Así se pueden encontrar dificultades en los casos problemáticos para explicar las razones de que el sistema de IA haya partido de unos datos y no de otros, si ha habido algún agujero negro o manipulación en su entrenamiento o en su algoritmo o si se ha entrenado con datos sesgados, lo que finalmente ha generado un resultado nefasto, lesionando derechos fundamentales (bienes jurídicos) de las personas como su salud, vida o intimidad, por poner algunos ejemplos.

Las características propias de estos supuestos nos conducirán, considero, a manejar en muchos casos un concepto de causalidad estadística, como la que ya se aplicó en el caso de la Colza en los años 80 en España -o en el caso Contergan en Alemania-, en el que, para un parte de la doctrina, no así para el Tribunal, no quedó probada con plena certeza la relación causal entre la ingestión de aceite de colza desnaturalizado y los perjudiciales efectos en la salud y por ende en la calidad de

³⁶ Pero también se prevé que se describan y tomen forma bienes jurídicos nuevos como la protección de una economía o una confianza digitales, como sostiene VELASCO, *supra* nota 35, y aprovechando este hilo argumentativo VELASCO deduce que "El Derecho penal se tiene que digitalizar y el algoritmo se tiene que constitucionalizar".

³⁷ La transparencia implica que "los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán de forma que permitan una trazabilidad y explicabilidad adecuadas, al tiempo que se hace saber a los seres humanos que se comunican o interactúan con un sistema de IA y se informa debidamente a los usuarios de las capacidades y limitaciones de dicho sistema de IA y a las personas afectadas de sus derechos" (Considerando vigesimoséptimo del RIA)

vida de multitud de personas.³⁸ También se podrá ponderar para llegar a conformar la prueba de la relación de causalidad por el uso de sistemas de IA a la aplicación de presunciones *iuris tantum* fundamentadas en una base científica sólida. Recordemos que en esta línea y salvando las distancias la propuesta de Directiva de responsabilidad civil por daños (Directiva RC IA) integraba la figura de las presunciones refutables, o salvar la cuestión de la causalidad simplificándola, de tal modo que se afirme la causalidad con la sola identificación del sistema de IA aplicado a la toma de decisión, lo que puede complicarse, cuando han intervenido varios sistemas de IA o en un mismo sistema de IA, varios modelos de sistemas fundacionales o de aplicación general. La flexibilización en el tratamiento de este elemento dependerá del estado de la técnica y de las ponderaciones político-criminales para alcanzar resultados de justicia material, sin con ello transgredir principios fundamentales de valoración de la prueba.

c. La íntima relación entre la imputación objetiva, la imprudencia y el riesgo permitido replicada en el uso de la IA

³⁸ PAREDES CASTAÑÓN, “Responsabilidad penal por productos defectuosos”, en *Revista Fundación internacional de ciencias penales, Responsabilidad penal por productos defectuosos*, n.º 2024-2, pp. 31 ss. analiza los problemas de causalidad en los procesos químicos y fisiológicos que interactúan, originándose una sinergia entre ellos que dificulta la explicación de la cadena causal. En estos casos, hay que buscar las condiciones, pese a la dificultad, en las que un proceso causal y opaco pueda ser dado por probado. “Tales condiciones son dos: primero, que exista alguna ley causal, suficientemente sólida desde un punto de vista científico, que establezca, con carácter aproximadamente determinista (esto es, no tan sólo a título de mera posibilidad, ni siquiera con una probabilidad relevante, sino con una probabilidad rayana en la certeza), que a la acción le ha de seguir el resultado; y, segundo, que no exista ninguna otra explicación causal alternativa dotada también de una base científica igualmente sólida.”. (p. 33). También se ocupa recientemente de estos supuestos DOPICO GÓMEZ-ALLER, “¿Dogmática o probatoria? La cuestión de la causalidad y su prueba en las intoxicaciones masivas con agentes tóxicos desconocidos”, en *La Ley Penal*, n.º 169, 2024, pp. 1 ss. y pone el acento en las especificidades de estos casos como 1) el carácter raro de la afección, 2) acumulación iniciaría masiva, 3) factores cronológicos y 4) factores geográficos que fueron acogidos por los tribunales de ambos países, España y Alemania, para afirmar la causalidad, apartándose de la idea de una ley causal general que defendió Armin Kaufmann (pp. 5 ss.). Esta metodología igualmente puede ser usada en este ámbito: buscar características propias del uso de la IA y sus repercusiones prácticas. En cualquier caso, en la mayoría de los supuestos, no habrá muchas dudas, como prueba, sobre si el resultado se ha debido al uso de alguna IA, cuando ha sido usada para tal menester, como p. ej. para diagnosticar con modelos predictivos de IA alguna enfermedad. Sin embargo, el problema causal se manifestará en contextos como p. ej. qué sistema de IA de los utilizados, si han sido varios, ha intervenido en la cadena causal produciendo el resultado y cómo se ha desarrollado el proceso. La cuestión no solo se debate en el si, sino también en el cómo. Serán necesarios, en este sentido, los informes de programadores, ingenieros y cualquier clase de experto en este campo que ofrezca una explicación consistente, clara y metodológicamente, según el estado del arte del momento, intachable, y ello, aunque no se pueda aprehender y explicar detalladamente algunos aspectos de el proceso o incluso el propio proceso en sí mismo. Estos informes sustentarán la causalidad probabilística y una suerte de presunciones *iuris tantum* aplicadas y formuladas para el caso concreto.

Si se consigue salvar la complejidad de la relación de la causalidad y sus problemas de prueba, el siguiente paso será el análisis de la imputación objetiva y sus criterios normativos³⁹, en particular, el criterio del fin de protección de la norma se presentará muy unido en este contexto, como así ha estado en realidad a lo largo de la evolución de la teoría del delito, a la norma de cuidado infringida, es decir, a la imprudencia cometida con el fin de analizar si ha generado en el caso concreto el descontrol del riesgo, siendo ese riesgo y su resultado lesivo el que la norma quería evitar en la utilización del sistema de IA.⁴⁰

De nuevo será el delito imprudente el que representará la cara opuesta al riesgo permitido en la implantación y uso de sistemas de IA, sobre todo, de riesgo alto. Ello no excluye la presencia del delito doloso⁴¹, que, por otro lado, facilitaría enormemente la prueba y la afirmación de responsabilidad penal por un mal uso de la IA; pero insisto, que será el delito imprudente dentro del ámbito económico, empresarial, sanitario, educativo, vehículos autónomos, etc. el que generará más casos y más denuncias de los perjudicados por el uso de IA. El análisis de la imprudencia como de todo el universo expansivo de la IA requerirá una especialización del

³⁹ IBOLD, *supra* nota 17, pp. 358 ss. en donde señala la opacidad epistémica de los sistemas de IA que dificultan la afirmación de la causalidad y que recuerdan a los casos Contergan, el Spray para cuero o el caso de productos de protección para la madera. La dificultad se extiende al tratamiento y análisis de la imputación objetiva, en donde analiza las teorías de la evitabilidad y del aumento del riesgo junto con la relación normativa de la infracción de un deber (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*), entendiéndose por deber en esta relación tanto el de cuidado como el impuesto al garante, puesto que el alcance del deber de garante y el deber de cuidado son idénticos según la teoría de la unidad (p. 380). La relación de infracción del deber, según Ibold, se debe afirmar cuando “con seguridad” si actuando conforme a Derecho el resultado no se hubiera producido. Por el contrario, se debe rechazar la relación de infracción del deber cuando actuando debidamente el resultado hubiera ocurrido. (p. 381).

⁴⁰ Debido a la complejidad de la estructura de la cadena de valor en los sistemas de IA, que se presenta como un proceso ensamblado, en el que intervienen secuencialmente varios de los sujetos definidos por el RIA y, en su caso, sus delegados, la tarea fundamental consistirá en aislar la infracción del deber de cuidado que corresponda a un determinado garante y que haya producido el resultado. Esta tarea no será fácil en algunos supuestos, pero que presentan en el fondo problemáticas no desconocidas para la doctrina y la jurisprudencia. Lo novedoso es articular y readaptar las categorías y conceptos, como en este caso, si hay que regular y readaptar el principio de confianza o hay que restringir el concepto de imprevisibilidad de la imprudencia.

⁴¹ Son variados los delitos dolosos que se pueden cometer con la ayuda de la IA por los ciberdelincuentes u organizaciones criminales, pero en este ámbito claramente la IA es usada como una herramienta o ayuda, puesta al servicio del delincuente humano y facilitando su plan delictivo. Como delitos dolosos se encuentran en primera línea los delitos informáticos o mejor delitos tecnológicos, porque la anterior denominación ha quedado superada, los cuales tomarán mayor protagonismo y serán mucho más lesivos por su alta tasa de efectividad, pero también se puede utilizar dolosamente software para el manejo de armas letales, para manipular a la sociedad de manera masiva o para atacar la privacidad e intimidad de las personas.

juzgador en esta materia debido, auguro, a la cantidad de normas técnicas derivadas del desarrollo p. ej. de los requisitos y obligaciones impuestos en el RIA en los arts. 6 ss. para la utilización de IA de alto riesgo y de riesgo sistémico, sin olvidar los modelos de IA de uso general.

d. La imprevisibilidad de los resultados de la IA y la imprudencia

Uno de los problemas más gruesos que se nos presenta, en mi opinión, a los penalistas en este contexto es la atribución de responsabilidad penal cuando el sistema de IA actúa de modo impredecible dando respuestas inesperadas, funcionamientos erróneos y desviados u opacidad en sus resultados y todo ello colocándose fuera del control de sus diseñadores y programadores. En todos estos supuestos pronostico que se alegará de modo recurrente la imprevisibilidad de los intervinientes en toda la cadena de valor como argumento nada inesperado de la defensa; no obstante, este argumento no puede servir *ad infinitum* y convertirse en una patente de corso. Tampoco se puede cercenar la experimentación a través de un sistema de responsabilidad objetiva, impropio del Derecho penal, o uno de responsabilidad subjetiva que desfigure los requisitos propios de la imprudencia, ya que de lo imprevisible no es humanamente posible haber guardado el cuidado debido. La cuestión es cuándo se puede alegar *auténtica imprevisibilidad o falta de previsibilidad* en este nuevo contexto, es decir, una imprevisibilidad que sea el producto de un intenso esfuerzo por haber tomado medidas de precaución en el entrenamiento del sistema de IA y de haberlo sometido a toda prueba posible dentro del estado de la ciencia.⁴²

A mi juicio se deben establecer dos reglas para descartar una imprevisibilidad ficticia como alegato de defensa perenne: en primer lugar, se deben realizar entrenamientos con validaciones y pruebas de seguridad de alta calidad según el estado de la técnica previos a la comercialización del sistema de IA; y en una segunda fase de comercialización y poscomercialización se deben cumplir los requisitos y obligaciones impuestos por el RIA durante todo el ciclo de vida del sistema, para en ambos casos controlar y vigilar sus resultados. Aunque las actividades de investigación, prueba y desarrollo de sistemas o modelos de IA están excluidas del ámbito de aplicación del RIA, hasta

⁴² Considero que tenemos que construir un principio de precaución riguroso y reforzado, también en un sentido similar, BOIX PALOP, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, en *Revista de Derecho público: teoría y método*, n.º 1, 2020, p. 227, el cual propone una noción de precaución más radical, que se adapte a todas las necesidades y exigencias del nuevo entorno.

que no se pongan en servicio o se introduzcan en el mercado⁴³, con el fin de apoyar la innovación, respetar la libertad de ciencia y no socavar la actividad de investigación y desarrollo, ello no significa que se puedan realizar pruebas e investigación bajo cualquier circunstancia y condición. El no realizar las pruebas de modo seguro y en un entorno adecuado precisamente constituye ya, en mi opinión, una inicial situación infractora de normas de cuidado, que va a impedir alegar posteriormente la imprevisibilidad de la respuesta del sistema, pues, muy por el contrario, pareciese que estas situaciones se han buscado de propósito, como si se tratara de un caso de ignorancia deliberada, denotando una palmaría dejadez, al no indagar en los fallos del sistema y al mantener esa falta de pronóstico o predictibilidad. Así, p. ej. no se podría acudir al argumento de la falta de previsibilidad, bajo la excusa de no poder realizar una trazabilidad o explicación del proceso, de los resultados arrojados en el sistema de IA que selecciona personal en una empresa, si durante el periodo de pruebas y experimentación de este sistema no se han instaurado prácticas adecuadas de gestión y gobernanza de datos para lograr que el entrenamiento, la validación y la prueba sean de alta calidad⁴⁴. Por consiguiente, tanto la experimentación como la comercialización de los sistemas de IA deben transcurrir en un entorno de control, con vigilancia y supervisión de alta calidad, que permita la anticipación de resultados. Los niveles de exigencia en el tratamiento de esta tecnología deben ser muy altos, por lo que el espacio para la falta de previsibilidad tiene que tender a la reducción.⁴⁵

En segundo lugar, los sistemas de IA de alto riesgo no deberían implementarse hasta no haber desarrollado tecnología y protocolos que permitan devolver al sistema en situaciones críticas a un ámbito de seguridad y de poder de control por el ser humano. Aquel sujeto que conozca que está experimentando, comercializando o usando un sistema de IA sin tecnología de aseguramiento en situaciones críticas, no podrá alegar la falta de previsibilidad de la situación, puesto que por un lado conoce que el sistema de IA alberga una serie de riesgos y por otro, sabe que no podrá p. ej. desconectar o desprogramar el sistema, al no haber instalado este tipo de software.

⁴³ Considerando 25 RIA.

⁴⁴ Considerando 67 RIA.

⁴⁵ No se trata de dar entrada por esta vía al principio de precaución en el Derecho penal por la posibilidad de que se presenten riesgos ignotos, cfr. QUINTERO OLIVARES, “La Robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 1, 2017, pp. 19 ss.

Estos dos requisitos, considero, sirven para mantener el control sobre el sistema y obtener unos estándares de previsibilidad adecuados a los riesgos, ya que se trata de anticipar situaciones y resultados de alto impacto para la seguridad, salud y derechos humanos. En definitiva, acceder a cotas de predecibilidad controlada del sistema, que solo es posible con un estudio y un análisis que genere un conocimiento sobre el comportamiento del software, sobre todo de cómo volver a dominarlo en caso de comportamientos inesperados. En conclusión, la imprudencia de los sujetos de la cadena de valor derivará en un primer nivel de que no tomen las medidas y los medios necesarios en los periodos de prueba y de funcionamiento de los sistemas de IA para alcanzar estándares de previsibilidad sobre las respuestas de estos sistemas y no hayan implantado medidas para contener el riesgo y recuperar el dominio en caso de descontrol del algoritmo. Y en un segundo nivel por infringir normas de cuidado insertadas en el cumplimiento de los requisitos y obligaciones del RIA.

e. Un bosquejo de la autoría de la persona física por el uso de sistemas de IA

En cuanto a la autoría nos encontramos, en primer lugar, con un *círculo cerrado de sujetos activos*: el proveedor, importador, distribuidor y responsable de despliegue⁴⁶, por lo que muchos de los delitos ya tipificados, cuando sean de aplicación, solo podrán ser realizados por ellos, con lo que la figura de la autoría queda restringida y los delitos se convierten en delitos especiales. En segundo lugar, de los posibles sujetos activos señalados, *el responsable de despliegue* es, en principio, el que va a hacer uso de un sistema de IA, por lo que es el que, atendiendo a la complejidad empresarial, incluso en pequeñas y medianas empresas, delegará la implementación y utilización de este. Los sujetos anteriores en la cadena son personas físicas o jurídicas, que desarrollan el sistema, que introducen el sistema en el mercado al importarlo o que lo comercializan. A través de *la delegación*, como ha venido ocurriendo en el ámbito empresarial, el círculo de autores se expande, pasando a ser los delegados los responsables de lesionar los bienes jurídicos de los usuarios finales y quedando en el delegante una responsabilidad residual, que lo convertirá en partícipe imprudente⁴⁷, por la falta de vigilancia e inspección de las funciones delegadas⁴⁸. En

⁴⁶ Cfr. HILGENDORF, *supra* nota 17, pp. 24 ss.

⁴⁷ ROSO CAÑADILLAS, “Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio”, en *InDret*, n.º 3, 2019, pp. 28 ss.

⁴⁸ Un ejemplo que se recoge en el propio RIA se encuentra en la figura de los responsables de despliegue, los cuales tienen entre sus funciones garantizar mediante medidas técnicas y organizativas adecuadas que se utilicen los sistemas de IA de

tercer lugar, como he apuntado antes, la autoría de varios puede comprenderse en figuras como la *coautoría aditiva* o la *coautoría sucesiva*, pero para ello será necesario tener un acuerdo común, el cual no será un elemento frecuente que concurrirá en las interrelaciones de los sujetos intervinientes en este ámbito. Más bien la concurrencia de las conductas de varios sujetos será causal y sin acuerdo, lo que se calificará como *autorías yuxtapuestas o accesorias*⁴⁹, cuya base se originará en una *concurrencia de imprudencias*. No obstante, considero que van a coexistir dos espacios diferentes de responsabilidad derivados de una fundamentación jurídica distinta: por un lado, están las figuras del proveedor, importador y distribuidor que, en el caso de ser responsables, lo serán con base, en la mayoría de los supuestos, en una responsabilidad por el producto y en otra vertiente encontramos al fabricante⁵⁰ y al responsable de despliegue, cuya responsabilidad sí que derivará, en su caso, de una errónea programación o de un mal uso de los sistemas de IA.⁵¹

f. ¿La persona electrónica (e-person) como sujeto activo del delito?

Desde otro enfoque, se puede plantear que los propios sistemas de IA puedan ser sujeto activo del delito⁵², debido al carácter autónomo⁵³, en sentido técnico, que adquieren, una vez que han

alto riesgo conforme a las instrucciones de uso. Una de las medidas consistirá en realizar una delegación eficaz y segura y por ello los propios responsables del despliegue tiene que garantizar que las personas encargadas de poner en práctica las instrucciones de uso y la supervisión humana establecidas en el RIA tengan las competencias necesarias, principalmente un nivel adecuado de alfabetización, formación y autoridad en materia de IA.

⁴⁹ En el análisis de la autoría también hay que ponderar que estos procesos se estructuran a través de la división del trabajo y que uno de los principios que rigen la colaboración o convivencia humana es el principio de confianza, el cual también dibuja el concepto de riesgo permitido y de imprudencia. Este principio restringiría la hipótesis de aplicación de autorías accesorias o yuxtapuestas en este contexto. Cfr. IBOLD, *supra* nota 17, pp. 347 ss.

⁵⁰ Cuya responsabilidad se basaría en una *culpa in programando*. En este sentido, VELASCO, *supra* nota 35.

⁵¹ Salvando las distancias este elenco de sujetos activos y con un fundamento similar de su responsabilidad recuerda a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales que habla de fabricantes, importadores y suministradores, por un lado, siendo responsables por la falta de viabilidad y defectos de su producto (art. 41 LPRL) y del empresario, como el principal deudor de la seguridad de los trabajadores en el desempeño de sus actividades.

⁵² Sobre la posibilidad de plantear una responsabilidad penal de los sistemas de IA, cfr. HILGENDORF, “Können Roboter schuldhaft handeln?” en BECK, S. (ed.) *Jenseits von Mensch und Maschine: Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs*, Baden-Baden, Nomos, pp. 119-132; EL MISMO, “Vom Werkzeug zum Partner?, Zum Einfluss intelligenter Artefakte auf unsere sozialen Normen und die Aufgaben des Rechts”, en ENGELHART/KUDLICH/VOGEL (ed.), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention*, FS-Sieber, Berlin, Duncker&Humblot, 2022, pp. 767-778, el cual defiende la posibilidad de afirmar los elementos de la acción y la

sido entrenados y probados, como p.ej. en el caso de que el sistema de IA manipule a una persona, alterando su comportamiento y provoque en ella la decisión de matar a un tercero, lo que finalmente hace. O sin acudir a casos inventados, nos podemos detener en los centenares de accidentes producidos por automóviles autónomos en EE.UU, el primero en 2016⁵⁴ o cambiando el caso húngaro, que dio lugar a la primera estafa en el que con la ayuda de la IA se simuló la voz de un CEO de una empresa eléctrica para que se realizará un depósito urgente de más de 200.000 euros a un proveedor⁵⁵, imaginemos que es el sistema de IA o el robot con tecnología *deep learning*⁵⁶ los que deciden de manera completamente autónoma simular la voz del CEO, conduciéndonos a una estafa millonaria y masiva o a un delito contra los consumidores utilizando publicidad falsa o a un *crack* bursátil simulando caídas de acciones en bolsa, y, todavía más delirante pero lamentablemente ya cada vez es menos ciencia ficción, que simulen la voz de cualquier dirigente de un país con posesión de cabezas nucleares conduciéndonos así a la tercera guerra mundial, que probablemente sería la última. Esta forma de “autoría” podría ser

culpabilidad en los sistemas de IA o robots; MORÁN ESPINOSA, “Responsabilidad penal de la Inteligencia artificial (IA). ¿La próxima frontera?”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. n.º 15, n.º 48, 2021, pp. 289 ss., la cual considera “que urge reconocer a la IA como un campo de estudio independiente y autónomo” y propone “la regulación de la IA como la próxima frontera regulatoria, abonado a su vez a su estudio jurídico, considerando que una IA al no estar permeada de la natural subjetividad humana, es un hecho, lógico, posible y probable que cualquier información negativa, abusiva, inadecuada, indeseable y hasta ilegal, en forma de conocimientos, le fuera proporcionada y programada para cometer delitos, lo que sería el primer elemento necesario para debatir sobre la probable determinación de responsabilidad de una IA en materia penal”; IBOLD, V. *Künstliche Intelligenz und Strafrecht. Zur strafrechtliche Produktverantwortung in der Innovationsgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 248 ss. que plantea la hipótesis de una responsabilidad de la IA en vez de una responsabilidad por el producto que nos conduce a través de una síntesis analítica de diferentes posiciones de autores a la suya propia, descartando tal planteamiento.

⁵³ Un ejemplo de autonomía completa de un vehículo lo encontramos en los microchips de la empresa Nvidia, con un algoritmo cuyo entrenamiento consiste en observar la forma de conducción de un humano. Cfr. Disponible en: <https://www.caranddriver.com/es/coches/planeta-motor/a60310324/inteligencia-artificial-nvidia-coche/> [Enlace verificado 3-10-2024].

⁵⁴ Laura G, de Rivera, “Coche autónomos ¿Quién tiene la culpa en caso de accidente?”, periódico digital Público, 9-03-2024, Disponible en: <https://www.publico.es/ciencias/coches-autonomos-culpa-caso-accidente.html> [Enlace verificado 3-10-2024].

⁵⁵ Juan Manuel Harán, “Utilizan IA para imitar la voz del CEO de una compañía y robar 220 mil euros”, Disponible en: <https://www.welivesecurity.com/la-es/2019/09/11/estafadores-utilizan-inteligencia-artificial-imitar-voz/> [Enlace verificado 3-10-2024].

⁵⁶ Cfr. sobre la descripción de esta tecnología, Disponible en: <https://www.ibm.com/es-es/topics/deep-learning#:~:text=El%20deep%20learning%20es%20un,de%20decisiones%20del%20cerebro%20humano> 2024) [Enlace verificado 3-10-2024].

perfectamente posible ya en estos momentos⁵⁷; no obstante, atendiendo a las características de la IA, esta emula las capacidades cognitivas del ser humano —y con toda probabilidad, las supera⁵⁸ en algunos aspectos—, pero carece de intencionalidad, de sentido común, de reflexión, de intuición, de consciencia del entorno y de hasta la conciencia existencial de sí misma y, por otro lado, también carece de los atributos del ser humano de la buena o mala conciencia, del arrepentimiento o de lo que significa el sufrimiento, el daño, el perdón, o, muy importante, la empatía. No se ha desarrollado en estos sistemas la parte emocional y nunca se desarrollará, porque un software basado en miles de datos nunca tendrá alma.

⁵⁷ Hay que distinguir entre el *machine learning* que presenta una IA predictiva a través de algoritmos que identifican patrones entre millones de datos, y el *deep learning*, en el que la IA se entrena y experimenta un proceso de aprendizaje por cuenta propia, reconociendo pautas mediante muchas capas de procesamiento, lo que le permite tomar decisiones propias, aprender y rectificar la programación errónea. La primera forma de IA es una herramienta por lo que será la persona humana la responsable; así el programador, fabricante, usuario, etc. Los sistemas de *deep learning* son los que presentan un reto de análisis de responsabilidades, debido a que no sé sabe cuál va a ser su evolución y sus capacidades, pero la perspectiva es que tiendan a ser entes autónomos y no controlados en todos sus comportamientos por el ser humano, así puede ocurrir con armas autónomas letales, que pueden tomar decisiones, a su vez, letales sin la participación de los seres humanos. Hago notar, por otro lado, que también hay que diferenciar entre (i) las tecnologías de software puro como la IA, que al fin y a la postre es silicio metido en un servidor, (ii) la robótica, que está en un estadio muchísimo menos avanzado, debido a que detrás de ella es necesaria mucha más programación y, (iii) los híbridos en los que nos podremos convertir en un futuro, según mantiene, como he expuesto anteriormente, Rafael Yuste, neurobiólogo español, (Cfr. Disponible en: <https://www.elmundo.es/papel/lideres/2024/09/20/66ed839fdddffe0518b458b.html>) [Enlace verificado 3-10-2024], el cual sostiene que nuestro procesamiento mental y cognitivo se va a generar en el futuro, cuando se mapeen los circuitos neurales, a través de interfaces cerebro-computadora que aumentarán las capacidades cognitivas del ser humano, en definitiva, se implantará chips cerebrales en los seres humanos. La última y cuarta posibilidad, que acierto a atisbar, se presentará por la combinación entre la robótica y la neurociencia, cuando seamos capaces de construir un cerebro por medio de la biología sintética con axones, dendritas, lípidos y proteínas, y se hagan funcionar sus circuitos neuronales. En conclusión, en un futuro, podríamos tener el siguiente elenco de sujetos activos del delito: persona humana, persona humana híbrida, persona jurídica, sistema de IA, robot y humanoide. A estos tres últimos sujetos se les podría agrupar dentro del término persona artificial o persona electrónica o persona automática, por proponer terminología, y salvando también las distancias entre ellos, ya que la IA no es un cerebro, sino hasta la fecha un *instrumento* potente y cada vez más útil, siempre que sea éticamente utilizado, para la humanidad; sin embargo, los casos del robot, humanoide y ser humano híbrido se podrían catalogar como formas del transhumanismo.

⁵⁸ Como expone MÉNDEZ SERRANO, *supra* nota 27, pp. 56 y s., las máquinas son más eficientes en muchos aspectos, “pero los humanos somos imbatibles en relaciones sociales, creatividad, adaptación a situaciones no previstas, o manipulación diestra, entre otras habilidades. Aunque pueda parecer que no hay límites en las capacidades de la IA, no están dotadas de sentido común, ni aún saben cómo llegar a ese resultado”. “Por lo tanto, la coherencia, el ingenio y la intención que advertimos en las máquinas son puro espejismo y nos llevan a proyectar estados mentales, donde no hay mente alguna”. (p. 59)

Pese a todo se podría plantear y debatir, siguiendo los elementos de la teoría del delito si existe acción en un algoritmo, y flexibilizando el concepto, admitir algún concepto de acción adaptado.⁵⁹ Pasando a los elementos siguientes, se podría considerar que los sistemas de IA cometen un hecho objetivamente típico y antijurídico, pero sería cuestionable afirmar que están dotados de intencionalidad⁶⁰, incluso si se defendiese un concepto de dolo objetivamente malo: es dudoso que un sistema de IA artificial desarrolle una conciencia comprensiva de los elementos de un tipo penal, es decir, saber y conocer, p. ej. que se está matando a una persona física, dejando aparte si conoce la valoración antijurídica realizada por el Derecho sobre ese hecho concreto. La IA no es capaz de pensar y de reflexionar. No obstante, admitamos que avanzamos hacia una IA que va a captar el sentido de sus actos en un futuro próximo o hacia humanoides dotados con réplicas de cerebro humano, gracias a la quinta revolución: la neurocientífica y el descifre del cerebro humano. En esos casos quizás con las teorías de la representación, basadas solo en el elemento cognitivo, posiblemente se pueda llegar a construir una teoría del dolo del comportamiento de las personas electrónicas. La capacidad de la IA para calcular las probabilidades de éxito y conversión de una acción peligrosa en lesión serán enormes, pero la pregunta será si la máquina podrá representarse todo el curso causal, todo el proceso lesivo de manera consciente del peligro y sus consecuencias, es decir, si tendrá representaciones con significado. De cualquier manera, atisbo que la IA sería el sujeto ideal para las teorías de representación, pero también la constatación, en mi opinión, de que el dolo en el ser humano es algo más que solo conocimiento, ya que el ser humano tiene estados mentales mucho más sofisticados. Para aquellos que seguimos un concepto dual del dolo con dos elementos: cognitivo y volitivo altamente conectados⁶¹, en el que la decisión se toma internamente atendiendo a determinadas motivaciones personales, derivadas del conocimiento procesado a través de la emoción o la voluntad, la afirmación del dolo e incluso de la imprudencia consciente, atendiendo

⁵⁹ Cfr. HILGENDORF, “Können Roboter schuldhaft handeln?”, en BECK, S. (ed.) *Jenseits von Mensch und Maschine: Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs*, Baden-Baden, Nomos, pp. 125 s.

⁶⁰ En este sentido MÉNDEZ SERRANO, *supra* nota 27, p. 56, citando literatura especializada se hace eco de sus razonamientos en los que se niega que las inteligencias artificiales tengan intencionalidad, debido a que no son más que “el reflejo de las intenciones y sesgos de los agentes morales que las han creado, los humanos, y no las máquinas.”

⁶¹ Cfr. sobre el dolo y el elemento volitivo, PÉREZ MANZANO, “Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, n.º 23-15, 2021, pp. 1-22.

a la delgada línea de separación entre estas dos categorías⁶², o inconsciente incluso, no será entonces posible en la persona electrónica.

Siguiendo esta línea de razonamiento y alcanzando finalmente el último elemento del delito, penúltimo si hacemos referencia también a la punibilidad, afirmar atendiendo a las características de la IA que esta es una persona imputable, resulta ser una empresa hartamente complicada, con cualquier concepto de culpabilidad o responsabilidad o imputabilidad que se escoja, por esa falta de conciencia de sí mismo, de su entorno y de valores éticos, que insuflan los valores y principios jurídicos. Y, por último, una pena impuesta a un robot o a una IA no cumpliría ninguna de sus funciones, debido a que el sistema de IA no comprende el significado de la imposición de una pena como un mal para su existencia y como retribución al mal causado a la víctima. La desconexión o destrucción⁶³ de una IA, adopte forma de humanoide o de robot o no, no va a significar para este ente ningún dolor o un viaje al abismo de su propia inexistencia, porque ni siquiera es consciente de la misma. Desde la óptica de la víctima, ésta claramente no se sentiría resarcida, porque la IA se desconectase. El sentimiento de justicia quedaría traicionado, la víctima no sentiría que se ha

⁶² Cfr. ROSO, “La necesidad de diferenciar entre autoría y participación imprudente y la cuestión de su punibilidad”, en *Foro Fundación Internacional de ciencias penales*, n.º 2022-3, pp. 216 ss. en donde pongo en evidencia el salto cualitativo que existe entre el dolo y la imprudencia a efectos de pena y a efectos de intervención en el hecho, que se traduce en la defensa por la mayoría de la doctrina española de la no punición de la participación imprudente. En este trabajo mantengo que es necesario revisar esta desproporcionalidad punitiva, que no corresponde en muchos casos claramente a un menor desvalor, cuando la realidad dogmática es que la imprudencia consciente y el dolo eventual tienen muchos puntos en común: “no obstante, precisamente ese salto cualitativo, que abre un espacio enorme en blanco de punibilidad entre la imprudencia consciente y el dolo eventual, debería cuestionarse, porque no se corresponde con la realidad de dos categorías subjetivas que están en contacto y en constante fricción: la imprudencia grave y consciente está al otro lado de la línea roja del dolo eventual, con lo que el injusto desde su dimensión subjetiva sigue siendo grave, pero es que desde su dimensión objetiva y tomando como ejemplo el supuesto de hecho de la sentencia, el peligro creado y sus posibilidades de éxito lesivo es el mismo tanto si hay dolo como imprudencia. Por ello, se podría establecer un sistema de graduación que permitiese elevar proporcionalmente las penas del delito imprudente en supuestos muy graves y cercanos al dolo eventual, ya que contemplan el mismo desvalor objetivo del injusto que en el dolo e incluso el mismo desvalor del resultado. Esta posibilidad se puede plantear, pero no es aplicable con la regulación actual. Lo que sin embargo sí es posible con la regulación actual es la punición de la cooperación necesaria y la inducción imprudente en casos de una elevada gravedad objetiva con una imprudencia muy grave.” (p. 217).

⁶³ ELOY VELASCO, magistrado de la Audiencia Nacional, defiende la aplicación de “la responsabilidad civil para indemnizar a la víctima y poner en marcha las consecuencias accesorias como son el decomiso, la prohibición de uso o incluso la destrucción”, Disponible en: https://cincodias.elpais.com/legal/2022/02/03/juridico/1643900957_593967.html, [Enlace verificado 4-10-2024].

hecho justicia y la justicia hay que sentirla o conducirá a una profunda irritabilidad del sentimiento jurídico.⁶⁴

g. Los sujetos obligados del RIA como garantes de la cadena de valor

El RIA, como he apuntado, tiene como piedra angular el riesgo y, por tanto, el *telos* de esta regulación se centra en controlar el riesgo de esta tecnología, y lleva a cabo su objetivo, sintetizando, clasificando los riesgos, estableciendo principios de actuación y límites —a través p.ej. de la enumeración de casos de uso— para trazar un marco de seguridad en la investigación, prueba y utilización responsable de los sistemas de IA. Definir, en definitiva, un riesgo permitido para esta cuarta revolución, estableciendo obligaciones para todos los integrantes de la cadena de valor. Reparando en este último aspecto, los sistemas de IA de riesgo alto exigen una serie de requisitos⁶⁵ como, sin ánimo de exhaustividad, (i) el implantar y mantener un sistema de gestión de riesgos durante todo el ciclo de vida del sistema de IA, (ii) asegurar la calidad de los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba mediante prácticas de gobernanza y gestión de datos adecuadas, (iii) elaborar la documentación técnica del sistema y mantenerla actualizada, (iv) permitir el registro automático de eventos, (v) proporcionar instrucciones de uso comprensibles a los responsables del despliegue, (vi) permitir la supervisión humana durante su uso, (vii) cumplir niveles adecuados de precisión, solidez y ciberseguridad.⁶⁶ Todo este elenco de obligaciones va a determinar que surjan nuevas figuras “deudoras de seguridad”. En definitiva, se trata de nuevos supuestos de posición de garante⁶⁷, que se comprenderán en la mayoría de las situaciones, dentro

⁶⁴ Cfr. VON JHERING, *La lucha por el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 72.

⁶⁵ La sección segunda del RIA está dedicada a los requisitos que deben reunir los sistemas de IA de alto riesgo (arts. 8-15) y la sección tercera (arts. 16- 28) desarrolla las obligaciones de los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo y de otras integrantes de la cadena de valor.

⁶⁶ Despacho de abogados Cuatrecasas, Aspectos clave del Reglamento de IA, Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/ia-inteligencia-artificial-reglamento-claves>, [Enlace verificado, 4-10-2024].

⁶⁷ Estas posiciones de garante no se deben confundir con la figura de la “autoridad garante del cumplimiento del Derecho” que se define en el art. 3. 45) RIA como: “a) toda autoridad pública competente para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de delitos o la ejecución de sanciones penales, incluidas la protección frente a amenazas para la seguridad pública y la prevención de dichas amenazas, o b) cualquier otro organismo o entidad a quien el Derecho del Estado miembro haya confiado el ejercicio de la autoridad pública y las competencias públicas a efectos de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos o ejecución de sanciones penales, incluidas la protección frente a amenazas para la seguridad pública y la prevención de dichas amenazas”.

de mi concepción, en la categoría de *garantes de evitación de descontrol del riesgo* —en este contexto, de alto potencial lesivo—; no obstante, en otros casos, dependiendo de las características de la obligación infringida y de los factores concurrentes en el caso concreto, nos encontraremos ante comisiones omisivas, por ser el garante el que lejos de evitar el riesgo lesivo, será el que lo crea, generando un resultado indeseado y jurídicamente relevante. El garante, figura nacida con una neta función protectora de bienes jurídicos, se convierte paradójicamente en un *garante agresivo de producción de resultados lesivos*. Utilizando un oxímoron se trata de un garante agresivo de producción de resultados frente al normalmente garante defensivo de evitación de resultados.⁶⁸ En efecto, las obligaciones establecidas en el RIA son mandatos de deber que están diseñados para

⁶⁸ Dentro del concepto de garante vengo distinguiendo entre el garante defensivo de evitación y el garante agresivo de producción de resultados. La posición de garante está diseñada fundamentalmente dentro de la estructura jurídica para proteger bienes jurídicos que se puedan ver afectados por el desarrollo vital. El garante, por tanto, está unido al deber, el cual puede derivar de una institución, posición, función o actividad. La posición de garante también, considero que forma parte de la idea coste-beneficio, la cual la encontramos entre las bambalinas del riesgo permitido, de tal modo que si se crea un posición de garante para minimizar riesgos será un coste asumible para la sociedad, ya que al fin y al cabo las posiciones de garante son cargas para los sujetos que la componen, pues pueden ser también descritas como recortes a la libertad de actuación del individuo; ahora bien, desde otra perspectiva se pueden definir como plasmaciones responsables del ejercicio de libertad. En este contexto, del que me estoy ocupando en este artículo, se puede optar por utilizar p.ej. una IA para una determinada actividad o trabajo, pero regulando su uso a través de la imposición de unas obligaciones que se proyectan en posiciones de garantía dinámicas (p. ej. la asunción del control de un riesgo en una situación concreta; quizás coincida este tipo con los garantes por delitos de organización denominados así por Jakobs) o estáticas (p. ej. el ser padre o ser funcionario, que derivan de los deberes institucionales positivos descritos por Jakobs). En definitiva, el concepto de garante se puede concebir como un elemento funcional, que contribuye al diseño de un determinado riesgo permitido: el garante es un sujeto que tiene la función de conducirse dentro de las normas de cuidado diseñadas y protocolizadas dentro de un determinado sector de actividad, para mantener el riesgo dentro de los estándares permitidos y evitar cualquier comportamiento tendencial del riesgo hacia la lesión del bien jurídico. Con ello se consigue trazar todo un entramado de sujetos que van a minimizar los riesgos, los van a evitar si se desbocan y proteger, con ello, los bienes jurídicos que puedan verse afectados por esa determinada actividad, beneficiosa en este caso, nada menos, que para el progreso de la humanidad. No obstante, el garante, cuya razón de ser es la protección del bien jurídico en primera línea frente a otro cualquier otro sujeto no-garante, puede no evitar el resultado lesivo, constituyendo su actuación en el análisis dogmático una omisión pura, aunque de garante, ya que con su infracción omisiva no crea en toda su dimensión global y plena el riesgo que produce el resultado, sino que facilita su descontrol con su no evitación. El riesgo ya estaba descontrolado, pero el garante, llamado a proteger el bien jurídico, no hace nada por contenerlo y evitar sus desastrosas consecuencias. Esta descripción corresponde a un *garante defensivo de evitación de resultados*. Sin embargo, ese garante protector, puede escalar desde la evitación del resultado a la producción del resultado, al convertirse en el protagonista de la creación del descontrol del riesgo desarrollando este todo su potencial lesivo hasta la consecución del resultado antijurídico. El garante pasa de ser un garante protector a un garante agresivo que comete tipos con resultados lesivos. No tengo más que remitirme al ejemplo de la madre que no ata el cordón umbilical a su recién nacido, produciéndose una hemorragia letal o el del empleador que pone a los mandos de una máquina, con funcionamiento complejo y con resultados luctuosos en caso de error humano, a un trabajador sin formación ni experiencia. En estos ejemplos el garante de protección se convierte, utilizando un oxímoron, en un *garante agresivo de producción de resultados*.

controlar y contener el riesgo de la IA, cuyo incumplimiento conducirá al terreno de la omisión y a una calificación, en la mayoría de los supuestos, aunque quizás no en todos los casos, de delito de omisión pura de garante, en el que el sujeto no habrá podido controlar un riesgo que ya entraba en escena descontrolado. No olvidemos que la IA se utilizará en el ámbito empresarial, bancario, sanitario, educativo, en la administración pública, etc., los cuales no son ámbitos, sobra aclararlo, de naturaleza delictiva, por lo que las personas que interactúan en esos ámbitos raramente van a ser calificados como garantes de producción del resultado dolosos.

En este sentido, se puede fundamentar, atendiendo al binomio posición de garante-riesgo permitido, un tipo de responsabilidad penal por la gestión del riesgo, en el que el garante sea el responsable por no ser capaz de evitar el resultado lesivo del mismo junto con un tercero que actuó de manera negligente, aplicando una posible concepción de una autoría en cadena o autorías accesorias o yuxtapuestas con diferente fundamentación de responsabilidad⁶⁹ dentro de la denominada cadena de valor en la implementación y uso de los sistemas de IA.

h. El compliance penal de la IA: ¿como instrumento o como persona electrónica?

Estos requisitos impuestos por el RIA también van a dar lugar a un replanteamiento o, me atrevo a adelantar, más bien a un desarrollo autónomo e ingente de un *compliance* dentro de todos

⁶⁹ La resolución 2015/2103 del Parlamento europeo de 16 de febrero de 2017, titulada normas de Derecho Civil sobre robótica, contiene recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, en su punto 55 expone que “Observa que el enfoque de gestión de riesgos no se centra en la persona «que actuó de manera negligente» como personalmente responsable, sino en la persona que es capaz, en determinadas circunstancias, de minimizar los riesgos y gestionar el impacto negativo.” En este punto el Parlamento recomienda una responsabilidad en la gestión de los riesgos en el ámbito civil, que para el caso del Derecho penal es perfectamente aplicable, pero al contrario que la recomendación, considero que una responsabilidad por la gestión de los riesgos en el ámbito penal tiene que centrarse tanto en la persona humana que actuó de manera negligente, como en la persona humana garante que no minimizó los riesgos y no gestionó su impacto negativo, es decir, el garante de evitación, por lo que pueden confluir ambas responsabilidades con fundamentos distintos y sin que exista acuerdo común, dentro de lo que se denomina intervención o participación objetiva, tan común en sede de imprudencia. Ahora bien, la no evitación del riesgo por el garante es una infracción de la norma de cuidado, por lo que su actuación también es negligente. En otras palabras, su infracción del deber de evitar es la infracción de su norma concreta de infracción de cuidado. Interpretando la norma europea se puede entender que distingue entre el sujeto que infringiendo una norma de cuidado produce el resultado, y aquel que infringe la norma de cuidado cuando no evita la producción del resultado al no minimizar el riesgo y sus consecuencias. Lo que recuerda a la diferencia que mantengo entre garante de producción y de evitación. E incluso, se puede dar el caso de que aquel que produce el resultado con su actuación imprudente no sea garante y coincida con un garante llamado a controlar el riesgo, con el objetivo de evitar el resultado.

los sectores de actividad y dentro de cada empresa, desarrollando modelos de reglamento interno o códigos de buenas prácticas. De nuevo se presenta un reto para las empresas. A título de ejemplo, ante el despliegue que supondrá todo esta implementación, las primeras tareas consistirán en interpretar el RIA, su terminología y definiciones, su lenguaje; desde ahí establecer un organigrama interno de tareas, protocolos de compras, un estudio de riesgos, en el que estarán implicados varios departamentos como protección de datos, asesoría jurídica, innovación, ciberseguridad, recursos humanos, auditorías, etc., una metodología y taxonomía de documentación e informes, en el que destaco que tendrán un papel importante los informes sobre análisis de riesgos de los derechos humanos, y un seguimiento y vigilancia del producto después de su comercialización. Surgirán nuevas figuras especializadas a modo de *compliance officer* o de delegado de protección de datos. El desarrollo de esta nueva normativa, vista desde otro ángulo, puede convertirse en una carga insoportable, económica y estructural, para la pequeña y mediana empresa, sometida a una plétora de requisitos, que tiene que asimilar al ritmo acelerado del progreso tecnológico, cuando tan solo hace tres lustros comenzaba, tras la reforma del 2010 del CP español, con la cultura de los programas de cumplimiento, aunque aquella experiencia será ahora de una gran utilidad para enfrentar estos nuevos retos.

Centrándome en la regulación penal, pronostico, que los requisitos y demás aspectos contenidos en el RIA conducirán más que a un cambio de los artículos del CP español referidos al *compliance*⁷⁰, a una introducción de nuevos artículos o incluso a la elaboración de una ley penal especial que regule todo este fenómeno, aunque el legislador español es poco dado a esta forma de regulación, quizás por evitar cierta dispersión normativa. Los efectos que tendrá un programa de cumplimiento de sistemas de IA en la empresa implementado correctamente, sin entrar en la discusión de la naturaleza de tales programas, será, al igual que para el caso de las personas jurídicas, la exclusión de la responsabilidad penal de las empresas. Ahora bien, la cuestión central pivotará en la decisión que tome el legislador penal sobre la naturaleza jurídica de los sistemas de IA: si los considerará entes instrumentales sometidos a la figura del decomiso o si los considerará sujetos activos del delito, siguiendo con la ficción jurídica iniciada con la persona jurídica, con lo

⁷⁰ En el caso del legislador penal, éste tendrá que ponderar si opta por reformar el art. 31 *bis, ter, quater y quinquies* CP, cuya numeración, todo sea dicho de paso, se ha tornado algo tediosa por abusar de los ordinales latinos o si será necesario introducir nuevos artículos para regular todo este fenómeno, no sirviendo, hasta donde alcanzo a ver, la regulación del art. 31 *bis* y *ss.* para ordenar la responsabilidad penal de las empresas por el uso de la IA.

que el CP del futuro contaría con tres clases de sujetos activos: las personas humanas, las personas jurídicas y las personas artificiales o electrónicas.⁷¹ La solución a este dilema se puede ver influida por la decisión que tome la UE sobre dotar de personalidad jurídica⁷² a estos sistemas⁷³, como parecía que tiene en proyecto.⁷⁴ Si se diese ese paso estas identidades artificiales se regularían en el CC español haciendo la conveniente trasposición al Derecho interno del Derecho europeo. El legislador penal podría no admitir a la persona electrónica como sujeto activo del delito, como ha ocurrido durante décadas en el caso de las personas jurídicas, o finalmente optar por armar un edificio conceptual para fundamentar su responsabilidad penal.⁷⁵

No obstante, tengo que resaltar que la responsabilidad penal de la persona jurídica y la de la posible futura persona electrónica parte de una diferencia tangible, que parece transitar, en principio, por caminos muy distintos a ambas regulaciones. Como es bien sabido, la persona jurídica es una ficción jurídica, que tiene el estatus de persona por una decisión del Derecho, pero

⁷¹ HILGENDORF, *supra* nota 17, pp. 26 ss. y 34 ss.

⁷² Cfr. sobre la cuestión de la personalidad jurídica de autómatas y robots, QUINTERO OLIVARES, “La Robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontraoladas”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 1, 2017, p. 7 ss.

⁷³ MÉNDEZ SERRANO, *supra* nota 27, p. 68 se pregunta: “¿Necesitamos realmente atribuir personalidad jurídica a los robots para dar respuesta a los interrogantes que se suscitan en torno a su regulación, o no es más que una excusa para eludir responsabilidades al abrigo de una «tergiversada innovación»?”

⁷⁴ La resolución 2015/2103 del Parlamento europeo de 16 de febrero de 2017, en sus considerandos Z, AA, AB y AC manifiesta que “la autonomía de un robot puede definirse como la capacidad de tomar decisiones y aplicarlas en el mundo exterior” que “cuanto más autónomos sean los robots, más difícil será considerarlos simples instrumentos en manos de otros agentes” y que “en última instancia, la autonomía de los robots suscita la cuestión de su naturaleza y de si pertenecen a una de las categorías jurídicas existente o si debe crearse una nueva categoría con sus propias características jurídicas”. En su punto 59 expresa algunas recomendaciones sobre el Derecho de seguro y en su letra f) termina diciendo que se recomienda “crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.” Sin embargo, La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, de Régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de Inteligencia artificial (2020/2014), ya considera que no es necesario atribuir personalidad jurídica a los sistemas de IA. Y en la misma línea se encuentra la proposición de Directiva sobre responsabilidad de la IA.

⁷⁵ Esta será una opción político-criminal, porque como apunta MÉNDEZ SERRANO, *supra* nota 27, esto es algo que el Derecho puede decidir fácilmente dada la relativización del vínculo Derecho-ser humano, como se comprueba con un repaso histórico. Así como si tal atribución fuera un concepto acordeón, el Derecho, por defecto, ha negado tal condición a los esclavos y, otras veces por exceso les ha otorgado tal condición a grupos de personas, masas de bienes u organizaciones.

la persona jurídica en el ámbito del Derecho penal sin la persona física que actúe en representación de esta es completamente invisible, no puede reivindicar ninguna existencia real. Consecuentemente, las fuentes de imputación recogidas en el art. 31 bis CP español para hacer responsable a la persona jurídica se basan en las actuaciones de la persona física. Sin embargo, la persona electrónica está en el mundo, es un software que interactúa con personas, y que puede adoptar múltiples formas físicas con software, tomando decisiones por sí misma, sin intervención alguna de la persona humana, llegando al extremo de que la persona física sea anulada por la persona electrónica, cuando aquella quiera modificar o cancelar la decisión de esta. Piénsese en un automóvil con plena autonomía, que tome la decisión, una vez recibidos y procesados los datos captados por sus sensores y analizado según su *software* el contexto real⁷⁶, de atropellar a unos niños que están jugando para evitar un choque frontal con otro vehículo, que circula en dirección contraria.⁷⁷ En estos supuestos, la persona humana que iba en el vehículo ha quedado fuera de la ecuación de la responsabilidad⁷⁸. Efectivamente, ella ya no ha decidido, no será responsable, y

⁷⁶ Elon Musk presentaba el jueves, 10 de octubre de 2024, en los Ángeles el *Cybercab*, el taxi sin conductor de Tesla. Según Musk será diez veces más seguro que un humano. El vehículo no tiene volante, ni pedales, ya todo irá por cámaras e IA, por lo que será un vehículo completamente autónomo que tomará sus propias decisiones: ¿podremos aventurarnos a afirmar que actuará con dolo o con imprudencia en caso de accidente con resultados lesivos?, Cfr. Disponible en: https://www.elespanol.com/motor/20241011/elon-musk-presenta-taxi-tesla-sin-conductor-anuncia-barato-transporte-publico/892660761_0.html [Enlace verificado 11-10-2024].

⁷⁷ Según las “leyes de Asimov” recogidas entre los principios generales de la resolución 2015/2103 del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017:” 1.ª Un robot no hará daño a un ser humano ni permitirá que, por inacción, este sufra daño. 2.ª Un robot obedecerá las órdenes que reciba de un ser humano, a no ser que las órdenes entren en conflicto con la primera ley. 3.ª Un robot protegerá su propia existencia en la medida en que dicha protección no entre en conflicto con las leyes primera y segunda, y 0.ª Un robot no hará daño a la humanidad ni permitirá que, por inacción, esta sufra daño.” (véase Isaac Asimov, *Círculo vicioso (Runaround)*, 1943). El problema vendrá dado cuando sean varios los seres humanos puestos en peligro. Estas situaciones son peliagudas presentando dilemas iusfilosóficos y éticos de mucho calado, que tienen que superarse para solucionar la programación y los índices de autonomía del vehículo. Desde la perspectiva penal y centrándose en causas de justificación como el estado de necesidad, se ha analizado el dilema, cfr. entre otros, COCA VILA, “Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 122, 2017, pp. 235 y ss.; HILGENDORF, “Dilemma-Probleme beim automatisieren Fahren. Ein Beitrag zum Problem des Verrechnungsverborts im Zeitalter der Digitalisierung”, en *ZStW*, 2018, pp. 674-703; GRECO, “Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión”, en BASSO/CANCIO/MARAVÉ/FAKHOURI (coord.), *LH prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, pp. 485 ss.; HÖRNLE/WOHLERS, “The Trolley Problem Reloaded, ¿Cómo deben programarse los vehículos autónomos para los dilemas de ‘vida contra vida’?”, en HÖRNLE, *Criminalización, castigo, y dilemas morales en la obra de Tatjana Hörnle*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2022, pp. 80 ss.; SUÁREZ, “Inteligencia artificial y Derecho penal. El dilema del tranvía. Cuarta Revolución industrial. Ética del Algoritmo. IA en vehículos. Causas de justificación”, en *Revista Pensamiento Penal*, n.º 445, 2022, pp. 1-20.

⁷⁸ En Alemania el Código de tráfico (*Strassenverkehrsgesetz*, StVG) en su octava modificación del 16-06-2017, en su §1ª. 1 y 2.3, 2.4 y 2.5 solo permite vehículos en los que el conductor ante situaciones críticas pueda volver a tener el control. (Cfr.

todos nos felicitaremos, ya no somos responsables, nos hemos zafado de esa pesada carga. ¡Es responsable la máquina!⁷⁹

Dejando aparte la evasión sistémica de responsabilidad del ser humano a la que podemos llegar, en mi opinión, nada halagüeña y con cierta carga involucionista⁸⁰, la cuestión es cómo se va

HÖRNLE/WOHLERS, *supra* nota 78, pp. 80-81.) En España, se anuncia una reforma de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RD 6/2015, de 30 de octubre) para regular el uso de vehículos automatizados.

⁷⁹ En estos casos, no será responsable el conductor, pero la persona humana seguirá siendo responsable, porque se efectuará una retroacción en la cadena de valor y buscar otros responsables como el fabricante o el programador (Cfr. HÖRNLE/WOHLERS, *supra* nota 78).

⁸⁰ Hasta donde alcanzo a ver, porque todo lo apuntado es motivo de una reflexión profunda por parte de toda la sociedad, por la comunidad científica, por los políticos, por los filósofos, sociólogos, juristas, educadores, y un largo etcétera debido a los cambios tan disruptivos que se van a producir, la pregunta fundamental que nos tenemos que hacer es qué clase de sociedad y persona queremos tener y ser. El no tener responsabilidad es un espejismo de los más peligrosos a los que se va a enfrentar la evolución del ser humano, porque si no hay responsabilidad, no hay libertad. No debemos caer en la trampa, en nuestra propia trampa de ceder nuestra libertad a unos entes, que vamos a crear nosotros mismos para llegar al nihilismo y a la estulticia. Y lo estamos haciendo bajo los eslóganes de la seguridad, el ecologismo, la sostenibilidad, la resiliencia, agendas 2030, todos conceptos bombásticos que nos apartan del verdadero y descomunal riesgo: ceder nuestra libertad. Si dejamos de ser responsables, es porque ya no seremos libres. Y serán las máquinas las que no nos permitirán ser libres. Imaginemos lo dramático, irónico, extravagante y delirante, que, en el ejemplo propuesto en el texto, el conductor estuviera leyendo el periódico o consultando sus redes sociales comprobando cuántos seguidores tiene o los *likes* recibidos y al levantar la pantalla del móvil por el impacto y bajarse del vehículo viese la escena de tres niños moribundos en la calzada. Al principio de este trabajo inserté una nota en la que preguntaba a *Chatgpt* cuáles son los riesgos de su existencia y contestó que -menos mal que quien lo programó fue honesto- en sexto lugar: “Dependencia: A medida que nos volvemos más dependientes de la IA, existe el riesgo de que perdamos habilidades humanas esenciales y la capacidad de tomar decisiones críticas.” No percibo que la sociedad civil se esté percatando de todo ello, porque está desenfocada, distraída, absorbida por la tecnología, alienada e infoxicada, además el Estado también se ocupa y se preocupa por adoctrinarnos, en muchos casos cediendo a los “consejos” de los CEOs de las grandes farmacéuticas o tecnológicas, con eslóganes sobre el medioambiente, la seguridad, la sostenibilidad, disfrazados por políticas, aparentemente, buenas y progresistas, advirtiéndonos de las consecuencias apocalípticas para el planeta, de las que no cuestiono su verdad o su parte de verdad, pero sí su nivel de exageración, con las que logran infundirnos miedo, la mejor emoción para ejercer el control. En definitiva, sin responsabilidad, pero sin libertad y convertidos en seres estultos-digitales-dependientes-disfuncionales (EDDD): *los Edddes*. Nuestras generaciones no sufriremos esa degradación, pero las generaciones futuras con toda probabilidad, si seguimos en esta escalada, sí. Hasta el punto, siguiendo con el ejemplo, de que el ser humano que se bajará del automóvil, al haberse criado y educado en esa falta de responsabilidad, no sea capaz de entender el significado y trascendencia plena de lo acaecido, pero lo fundamental es que no se sentirá responsable. Por cierto, que, al no conducir ya el vehículo, no tener el dominio del mismo, no ser sujeto responsable y pasar a ser un usuario, como cuando se toma un taxi conducido por otro sujeto físico, como ocurre en la actualidad todavía mayoritariamente analógica, ante los dilemas de vida-vida, [formulados por la literatura inglesa (cfr. SUARÉZ, *supra* nota 78, bajo la denominación del dilema del tranvía, aunque ya WELZEL, “Zum Notstandproblem”, en *ZStW*, n.º 63, 1951, pp. 47 ss. expuso un problema parecido con el ejemplo del guardaguasas que desvía un tren de carga para evitar el choque con un tren de pasajeros hacia una vía secundaria, en el que están unos obreros trabajando], no le importará tampoco a nuestro usuario que el algoritmo haya sido

a fundamentar la responsabilidad penal de la persona electrónica. Considero que va a ser fundamental el principio de supervisión humana recogido en el RIA⁸¹, sobre todo en el uso de sistemas de IA de alto riesgo. Las máquinas, en forma de software, de robot o de figura humana, seguirán siendo una máquina y las decisiones que tomen estas personas electrónicas dependerán de un software, de un hardware y de millones de datos, por lo que aunque el comportamiento de estos sistemas de IA sea en algunos aspectos poco aprehensible y predecible —ya que las combinaciones de unos y ceros o de ingeniería cuántica resultantes de manejar millones de datos son infinitas y dan lugar, consecuentemente, a resultados impredecibles, que con tiempo de análisis y experiencia se podrán descifrar⁸²—, la persona humana deberá estar al final de la cadena.

programado bajo el criterio de prioridad de salvación de los niños, porque para entonces ya estará muerto. Con esta mínima reflexión no pretendo demonizar a estas tecnologías. Solo pretendo cuestionarlas, plantear preguntas, reflexionar, con el objetivo, como muchos otros colegas y científicos, de alcanzar un uso virtuoso de la misma y una sociedad en paz.

⁸¹ En el Considerando 27 del RIA se exponen los siete principios éticos no vinculantes y el primero de ellos es la acción y supervisión humana y explica que por «acción y supervisión humana» se entiende que los sistemas de IA se desarrollan y utilizan como herramienta al servicio de las personas, que respeta la dignidad humana y la autonomía personal, y que funciona de manera que pueda ser controlada y vigilada adecuadamente por seres humanos”. En el art. 14 se recoge y desarrolla expresamente el principio de supervisión humana. A partir de aquí, la supervisión humana se encuentra en todo el texto del RIA como principio y elemento crucial en el proceso de diseño y desarrollo de los sistemas de IA, porque lo que se pretende es que las personas físicas puedan supervisar su funcionamiento, asegurarse de que su uso corresponde a lo previsto y solicitado y controlar las repercusiones de su implantación a lo largo de toda la vida del sistema.

⁸² A ello ayudará los requisitos y obligaciones reguladas en el RIA. En su Considerando 72 expone que “A fin de abordar las preocupaciones relacionadas con la opacidad y complejidad de determinados sistemas de IA y ayudar a los responsables del despliegue a cumplir sus obligaciones en virtud del presente Reglamento, debe exigirse transparencia respecto de los sistemas de IA de alto riesgo antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio. Los sistemas de IA de alto riesgo deben diseñarse de modo que permitan a los responsables del despliegue comprender la manera en que el sistema de IA funciona, evaluar su funcionalidad y comprender sus fortalezas y limitaciones. Los sistemas de IA de alto riesgo deben ir acompañados de la información adecuada en forma de instrucciones de uso. Dicha información debe incluir las características, las capacidades y las limitaciones del funcionamiento del sistema de IA. Estas comprenderían la información sobre las posibles circunstancias conocidas y previsibles relacionadas con el uso del sistema de IA de alto riesgo, incluida la actuación del responsable del despliegue capaz de influir en el comportamiento y el funcionamiento del sistema, en cuyo marco el sistema de IA puede dar lugar a riesgos para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales, sobre los cambios que el proveedor haya predeterminado y evaluado para comprobar su conformidad y sobre las medidas pertinentes de supervisión humana, incluidas las medidas para facilitar la interpretación de los resultados de salida del sistema de IA por parte de los responsables del despliegue. La transparencia, incluidas las instrucciones de uso que acompañan a los sistemas de IA, debe ayudar a los responsables del despliegue a utilizar el sistema y tomar decisiones con conocimiento de causa. Los responsables del despliegue deben, entre otras cosas, estar en mejores condiciones para elegir correctamente el sistema que pretenden utilizar a la luz de las obligaciones que les son aplicables, estar informados sobre los usos previstos y excluidos y utilizar el sistema de IA correctamente y según proceda. A fin de mejorar la legibilidad y la accesibilidad de la información incluida en las instrucciones de uso, cuando proceda, deben incluirse ejemplos ilustrativos,

La responsabilidad penal de las personas electrónicas se tendrá que construir atendiendo a este principio por mucho que se les otorgue personalidad jurídica.

En este punto, hay que definir qué se debe entender por supervisión humana⁸³, qué obligaciones va a comprender, en qué situaciones se tiene que implantar y en qué sistemas debe estar presente. Todos estos puntos ya se encuentran en el RIA y ahora las empresas, corporaciones, usuarios, en definitiva, de los sistemas de IA tienen que desarrollarlos en sus *compliance* y códigos de conducta. El CP español, por su parte, si se hace eco de la personalidad jurídica de la persona electrónica, dejándola de concebir como un instrumento en manos del ser humano y sujeto al decomiso, tendría que introducir fuentes de imputación de responsabilidad penal de la persona electrónica a modo de los recogidos en el art. 31 bis CP, teniendo en cuenta las peculiaridades de esta relación persona física/ persona electrónica. En el artículo mencionado se describen las actuaciones de la persona física, representantes legales o autorizados, que por una ficción jurídica responsabilizan a la persona jurídica. Se trata de dos fuentes de imputación: o bien por los delitos cometidos por los representantes o autorizados que actúen en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, o bien por los delitos cometidos por terceros en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las personas jurídicas,

por ejemplo, sobre las limitaciones y sobre los usos previstos y excluidos del sistema de IA. Los proveedores deben garantizar que toda la documentación, incluidas las instrucciones de uso, contenga información significativa, exhaustiva, accesible y comprensible, que tenga en cuenta las necesidades y los conocimientos previsibles de los responsables del despliegue destinatarios. Las instrucciones de uso deben estar disponibles en una lengua fácilmente comprensible para los responsables del despliegue destinatarios, según lo que decida el Estado miembro de que se trate.”

⁸³ OBREGÓN FERNÁNDEZ/LAZCOZ MORATINOS, “La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional humanitario y el Derecho de la Unión Europea”, en *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 42, 2021, pp. 1 ss. consideran que el principio de supervisión humana tiene poco desarrollo normativo y por ello proponen recurrir al concepto de *Control Humano Significativo que se ha aplicado en el Derecho internacional humanitario*, en particular, sobre la normativa del uso de Sistemas de Armas Autónomas letales, los SAAL. El grupo de expertos determinó la prohibición de los sistemas de armas completamente autónomos, poniéndose como tarea el determinar el control humano necesario para que los operadores lo mantengan, ya que resulta fundamental para seguir manteniendo la responsabilidad. Y trasladando lo aplicado en el ámbito de los SAAL, apuntan unos mínimos para la existencia de este control a lo largo de todo el ciclo de vida de un sistema: “En este sentido, aunque, por el momento, no hay un acuerdo general sobre el concepto, hemos identificado una serie de elementos que lo conforman. A saber, la posibilidad técnica de modificar el sistema para tomar cualquier tipo de decisión, incluyendo el aborto o la interrupción del uso, capacidad cognitiva y conocimiento jurídico, ético, técnico –general y específico– del operador para tomar la decisión adecuada, la existencia de información suficiente y fiable y del tiempo necesario para tomar una decisión. La concurrencia de estos elementos posibilitaría lo que se ha venido a llamar Control Humano Significativo” (p. 28).

gracias a que los representantes o autorizados han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia o control de la actividad de estos terceros.

De la persona electrónica, como he expuesto anteriormente, se afirma que toma decisiones autónomas. Se impone valorar la cacareada autonomía. En primer lugar, es cuestionable este carácter autónomo, más bien se trata de una aparente autonomía en la que se esconde un determinismo, ya que la decisión corresponde a un software instalado por el hombre y programado por él. Es una autonomía determinada por los datos y el algoritmo es una secuencia compleja inaprensible por la cantidad de datos, que es explicable, aunque todavía no exista una descripción del comportamiento del algoritmo en su totalidad. En segundo lugar, es cuestionable que la persona electrónica pueda cometer un hecho típicamente antijurídico y culpable, como he tratado de demostrar anteriormente, a no ser que se adapten las categorías de la teoría del delito y se construya un Derecho penal *ad hoc*, por lo que habría un Derecho penal de las personas físicas y un Derecho penal de las personas electrónicas, a modo del binomio Derecho penal de adultos y de menores. Hay que tener claro, llegado este momento, qué se persigue con la regulación para que convivan varios Derechos penales y teorías del delito. En tercer lugar, el RIA prescribe la supervisión humana en los puntos críticos del proceso, principio fundamental y soberano para que el ser humano siga manteniendo el dominio sobre el mundo, lo que permite conservar la dignidad y no ser alienado ante la máquina.⁸⁴ Teniendo en cuenta todos estos factores, si finalmente el

⁸⁴ OBREGÓN FERNÁNDEZ/LAZCOZ MORATINOS, *supra* nota 83, p. 6 que defienden, siguiendo a Jones, que la automatización merma la dignidad del ser humano y esta solo se puede restablecer por la intervención de un operador humano en la toma de decisiones (*human in the loop*: sujeto en el circuito). Y concluyen que: “la única manera de mantener la dignidad humana, como expresión de los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía, es mediante la supervisión humana sobre las decisiones automatizadas”. (p. 28). Ilustrativas y rotundas por demás son las palabras del Papa recogidas en su discurso (14-06-2024) en la sesión del G7 sobre inteligencia artificial los días 13-15 de junio de 2024: “Conviene recordar siempre que la máquina puede, en algunas formas y con estos nuevos medios, elegir por medio de algoritmos. Lo que hace la máquina es una elección técnica entre varias posibilidades y se basa en criterios bien definidos o en inferencias estadísticas. El ser humano, en cambio, no sólo elige, sino que en su corazón es capaz de decidir. La decisión es un elemento que podríamos definir el más estratégico de una elección y requiere una evaluación práctica. A veces, frecuentemente en la difícil tarea de gobernar, también estamos llamados a decidir con consecuencias para muchas personas. Desde siempre la reflexión humana habla a este propósito de sabiduría, la *phronesis* de la filosofía griega y, al menos en parte, la sabiduría de la Sagrada Escritura. Frente a los prodigios de las máquinas, que parecen saber elegir de manera independiente, debemos tener bien claro que al ser humano le corresponde siempre la decisión, incluso con los tonos dramáticos y urgentes con que a veces ésta se presenta en nuestra vida. Condenaríamos a la humanidad a un futuro sin esperanza si quitáramos a las personas la capacidad de decidir por sí mismas y por sus vidas, condenándolas a depender de las elecciones de las máquinas. Necesitamos garantizar y proteger un espacio de control significativo del ser humano

legislador penal admite como sujeto activo de delitos⁸⁵ a la persona electrónica, me temo que poco va a ser el rendimiento de esta declaración, porque en el ámbito penal volveremos de nuevo a fundamentar la responsabilidad de estas “personas” en la actuación dolosa o imprudente de la persona física.

Así será la persona electrónica responsable por los delitos cometidos por la persona física cuando haya faltado a sus obligaciones de supervisión ¡del propio sistema de IA! y se haya producido un daño grave. Las penas podrán ir, se me ocurre, desde la desconexión del sistema de IA hasta la reprogramación o el uso para otras actividades de bajo riesgo con supervisión de la autoridad competente. La imposición de una pena de multa en estos casos supondría que la persona electrónica tiene un patrimonio propio y separado de la persona física y de la persona jurídica. Y así deberá ser si se le otorga personalidad jurídica, puesto que tendrá capacidad de obrar, de contraer obligaciones y de tener derechos.⁸⁶ De otro modo, si tuviera que pagar la persona física o la persona jurídica la multa impuesta en un proceso penal, quedaría entonces cuestionada la personalidad jurídica de la persona electrónica, sin que pudiera desembarazarse de su carácter instrumental. Por otro lado, la existencia de un patrimonio separado de la persona electrónica puede plantear otra fuente de imputación de responsabilidad penal para la persona electrónica: la de ser responsable por los delitos cometidos por las personas físicas —o incluso por las personas jurídicas o, en un futuro, por otras personas electrónicas— en su beneficio. Por último, todo lo expuesto tiene implicaciones procesales, ya que la persona electrónica formaría parte de un procedimiento penal, ya sea como investigada o como víctima.

sobre el proceso de elección utilizado por los programas de inteligencia artificial. Está en juego la misma dignidad humana.” Disponible en:

[HTTPS://WWW.VATICAN.VA/CONTENT/FRANCESCO/ES/SPEECHES/2024/JUNE/DOCUMENTS/20240614-G7-INTELLIGENZA-ARTIFICIALE.HTML](https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2024/june/documents/20240614-g7-intelligenza-artificiale.html). [Enlace verificado 13-10-2024].

⁸⁵ Además, sin confeccionar una lista cerrada de delitos, como ocurre en el caso de la persona jurídica, porque todavía no tenemos el conocimiento suficiente para ello.

⁸⁶ HILGENDORF, *supra* nota 17, pp. 39 s. se pregunta sobre los derechos para las máquinas y las razones que podrían aducirse para concederles a las mismas la condición de sujetos de derechos, lo que puede ser atractivo para el Derecho civil, evitando lagunas de responsabilidad, pero no para el Derecho penal, puesto que se puede castigar a la persona física “detrás” de ellas.

Después de todo lo expuesto, se hace evidente que una vez más existe una ficción, que el Derecho penal volvería a admitir, ya que también será la persona física en esta cuarta revolución la que genere el comportamiento jurídico penalmente-relevante, presentándose, con la regulación actual del CP, dos alternativas: o que sea directamente la persona física la responsable penalmente por los delitos cometidos por el (mal) uso de la IA, o que sea la persona jurídica, junto con la física en su caso, la responsable por los delitos cometidos por sus representantes o personas autorizadas por el (mal) uso de la IA o por los delitos cometidos por terceros por el (mal) uso de la IA debido a la falta de supervisión y control de aquellos. En esta línea, habría que estudiar si es oportuno incluir la exigencia de que este tipo de conductas deban reportar un beneficio a la persona jurídica, exigencia esta por la que no me inclino, pudiéndose incluir solo para algunos casos, y ello porque restringiría la protección penal de bienes jurídicos nucleares, catalogados como derechos fundamentales. En cualquier caso, esta última vía de responsabilidad alertará a las personas jurídicas y por ende a todo el sector empresarial y corporativo, ampliando sus programas de cumplimiento, que deberán ser adaptados a la normativa europea. Es en este ámbito en el que deberán trabajar los departamentos de *compliance* de las empresas para no incurrir en responsabilidad penal.⁸⁷

⁸⁷ Esperemos que todo este esfuerzo no quede en agua de borrajas, como ocurre actualmente en EE.UU, debido, como refiere SILVA SÁNCHEZ, “Para muestra...el caso Boeing”, en *InDret*, n.º 3, 2024, pp. 1-4, principalmente a que las grandes compañías representan un sector estratégico de la economía, por lo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se solventa con acuerdos con la Fiscalía, en los que se establece la cuantía de la multa a la persona jurídica, compromisos de mejora de cumplimiento y la entrega de algunos chivos expiatorios, como mandos intermedios, zafándose de la responsabilidad penal los administradores y los altos directivos de estas grandes corporaciones. Con acuerdos, multas y chivos expiatorios, que luego consigues sentencias absolutorias se evita el procedimiento penal, una sentencia condenatoria, una responsabilidad penal efectiva de la persona jurídica y una persecución a sus administradores y altos directivos. La implantación y uso de la IA, sin quitar importancia al resto de casos y actividades, es un tema trascendental en el que están en juego derechos fundamentales de la persona, lo que invita a la reflexión sobre cómo queremos articular la responsabilidad penal. Y es crucial saber, como apunta Silva (p. 3), “en términos empíricos cuál es el impacto de la responsabilidad de la persona jurídica sobre sus administradores y directivos, de manera que produzca efectos expresivos y/o intimidatorios sobre estos”. ¿“Castigar” a la persona jurídica ha sido eficaz? Estamos olvidando que el Derecho penal es *ultima ratio* por lo que todo no debe ser Derecho penal. El castigo a la persona jurídica ha expandido, sin embargo, la aplicación del Derecho penal, contribuyendo además a su administrativización, y a que la persona física, al menos en EE.UU, se sirva de este castigo para mantenerse en el terreno de la impunidad. Tal vez hay que volver a ajustar el foco y esforzarse en fundamentar solo y exclusivamente la responsabilidad penal de la persona física en estos ámbitos.

Pasando a la normativa europea, esencial también en este aspecto, de igual modo lo formula el Parlamento Europeo⁸⁸, para el caso del régimen de la responsabilidad civil, dejando a un lado también la proyectada personalidad jurídica de las personas electrónicas, cuando expone en el punto séptimo: “que todas las actividades, dispositivos o procesos físicos o virtuales gobernados por sistemas de IA pueden ser técnicamente la causa directa o indirecta de un daño o un perjuicio, pero casi siempre son el resultado de que alguien ha construido o desplegado los sistemas o interferido en estos; observa, a este respecto, que no es necesario atribuir personalidad jurídica a los sistemas de IA; opina que la opacidad, la conectividad y la autonomía de los sistemas de IA podrían dificultar o incluso imposibilitar en la práctica la trazabilidad de acciones perjudiciales específicas de los sistemas de IA hasta una intervención humana específica o decisiones de diseño; recuerda que, de conformidad con conceptos de responsabilidad civil ampliamente aceptados, se puede eludir, no obstante, este obstáculo haciendo responsables a las diferentes personas de toda la cadena de valor que crean, mantienen o controlan el riesgo asociado al sistema de IA”.

Llegados a este punto, el considerar a la persona electrónica actualmente sujeto activo del delito, empujado el legislador penal por una posible atribución de personalidad jurídica otorgada por el Derecho civil, considero que no resulta necesario y operativo en el ámbito del Derecho penal. Castigando a la persona electrónica no se cumplirá de manera más eficaz con las funciones de prevención y retribución de la pena y la víctima no estará más resarcida por ello. No existe ningún interés jurídico-penal hasta donde alcanzo a ver que justifique la necesidad de considerar a las máquinas sujetos activos del delito. Con una buena estructuración de la imprudencia, la autoría y la posición de garante por el uso de sistemas de IA, categorías con las que se fundamentará la responsabilidad penal de la persona física y la jurídica, el Derecho penal cumplirá su función de protección de bienes jurídicos y de prevención.

i. Revisión de algunos delitos en la PE

Por último, la PE del CP tendrá que revisarse para introducir nuevas formas de delincuencia en la que esté involucrada la IA y serán, considero, un número nada despreciable los delitos que tendrán que adecuarse a estas nuevas formas de puesta en peligro y lesión de los bienes jurídicos.

⁸⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de Inteligencia artificial (2020/2014).

No olvidemos que una de las prioridades del RIA es la protección de derechos fundamentales y muchos de estos derechos son los que están detrás de estos bienes jurídicos. Por poner algunos ejemplos, se plantearán nuevas formas de lesionar la vida, la integridad física, como puede ser por medio de armas autómatas letales o automóviles autónomos; la intimidad, por medio de uso de drones o de IA biométrica; la salud, por fallos de diagnóstico realizados por el algoritmo o por sesgos en los datos al realizar triajes; el patrimonio, la propiedad intelectual o la fe pública se pueden poner en peligro por el uso de IA como herramienta facilitadora para falsificar, apropiarse o suplantar o los derechos de los trabajadores también pueden experimentar una mayor incidencia lesiva por el uso de la IA en los lugares de trabajo por controlar la productividad laboral y facilitar el despido o, en el proceso de selección de un trabajador, la IA puede arrojar como resultado una elección discriminatoria⁸⁹, ya que los datos introducidos al algoritmo pecan de falta de neutralidad y objetividad. También aflorarán prohibiciones penales que protejan el uso de la IA o a la IA misma, si se la termina considerando un *tertius genus* pasando a engrosar y a engordar el estatuto jurídico de persona, o sin que lo sea, por lo que podrá ser objeto de un delito de daños. Y, por último, como producto que es la IA, dará lugar a responsabilidad penal por producto defectuoso, lo que conducirá, en su caso, a una remodelación de los delitos contra los consumidores, quizás no tan necesaria para el caso de delitos de homicidio, lesiones o delitos de daños.⁹⁰ Todas estas posibles reformas o adaptaciones requerirán en algunos casos que se acuda a la técnica de los delitos de peligro, ya sea abstracto o concreto, anticipando la respuesta penal para un control más eficaz de los riesgos.

VI. ¿Hacia un Derecho penal digital?

1. Esta cuarta revolución introduce una tecnología disruptiva que representa un nuevo cosmos y, como toda novedad, constituye retos normativos y esfuerzos para organizar y estructurar eficazmente el fenómeno de los sistemas de IA. En este sentido, el RIA me merece en líneas generales una valoración positiva, pese a la coyuntura sistémica experimental al que está unido, lo

⁸⁹ Por ejemplo, la IA discrimina en los procesos de selección laboral entre el hombre y la mujer. Cfr. <https://cadenaser.com/nacional/2023/10/02/la-inteligencia-artificial-discrimina-en-los-procesos-de-seleccion-cadenaser/> [Enlace verificado, 7-10-2024]. Más ejemplos y un estudio analítico del delito de discriminación laboral en esta sociedad líquida algorítmica, cfr. ABADÍAS SELMA, “La protección penal de los trabajadores frente a la inteligencia artificial en el ámbito del delito de discriminación laboral”, en *Revista de Derecho Penal*, n.º 39, 2023, pp. 6 y ss.

⁹⁰ Cfr. por todos, IBOLD, *supra* nota 17.

que le da un carácter de provisionalidad en los detalles, pero no así en las dos estructuras maestras de todo el edificio, que sabiamente forman la columna vertebral de Reglamento. Me estoy refiriendo al *concepto de riesgo y su estratificación en sistemas de riesgo y al principio de supervisión humana*. Al concepto de riesgo van cosidos con esmero requisitos y obligaciones desarrollados de modo general en el RIA, consiguiendo conformar el riesgo permitido. Con el principio de supervisión humana, el control no se desvincula de la persona humana, en una relación de pertenencia, por lo que sigue siendo un ser responsable como correlato de su libertad y sin perder la dignidad inherente al ser humano. El éxito de la regulación dependerá de estas dos estructuras y de sus readaptaciones con la finalidad de mantener el deseado equilibrio entre la libertad de experimentar con IA y la responsabilidad por experimentar con IA; no obstante, también se busca un equilibrio entre el experimento, el avance tecnológico imparable y la protección de los derechos humanos, de la salud y la seguridad. En este sentido, la regulación es antropocéntrica, persiguiendo que el avance tecnológico sea seguro y esté al servicio del hombre y de la humanidad. Como estructura normativa con aspiraciones de cumplimiento, el RIA no se olvida de incluir un sistema sancionatorio por incumplimiento de sus normas.

2. El fenómeno de la IA es amplísimo, las áreas comprometidas son muchas, los aspectos que van a surgir y que habrá que analizar, intuyo, numerosos y diferentes. En el trabajo, sin perder de vista la complejidad del fenómeno, únicamente se ha pretendido ofrecer unas mínimas reflexiones sobre el papel del Derecho penal en esta irrupción tecnológica, aportando algunas ideas para la discusión y la reflexión, que pretenden invitar a una mayor profundización. Las conclusiones a las que he llegado, que sintetizo y expongo tintadas de prudencia y de provisionalidad ante la novedad y continuo avance y desarrollo que promete el fenómeno, son:

a) El Derecho penal como *ultima ratio*, como *hard law*, y como elemento sólido del ordenamiento, una vez más, viene a reforzar las regulaciones extrapenales y su cumplimiento de modo indirecto, por medio de una fuerte protección de los bienes jurídicos que merecen una incontestable protección penal.

b) Los sistemas de IA presentan *problemas de causalidad* por la opacidad epistémica que presentan en su entrenamiento, comportándose como una caja negra, lo que se pretende combatir con la obligación de transparencia y explicabilidad del proceso. Este problema no es nuevo, sin embargo, para el Derecho penal. Propongo aplicar en estos casos la causalidad estadística, que la

jurisprudencia española y alemana ha utilizado ya en algunos casos, junto con presunciones *iuris tantum* bien fundamentadas.

c) En esta fenomenología también *se replica la íntima relación entre la imputación objetiva, el riesgo(no) permitido y la imprudencia*, a través de la ecuación infracción de la norma de cuidado/descontrol del riesgo imputable objetivamente/riesgo no permitido.

d) Considero que *hay que realizar ajustes en la previsibilidad versus imprevisibilidad como elemento de la imprudencia*, para que no se convierta la falta de previsibilidad en un “coladero” para las defensas, al que se acude de manera recurrente, convirtiéndose en un automatismo, argumentando que hay un elevado nivel coyuntural de imprevisibilidad, debido a las características de la opacidad epistémica de los sistemas de IA. En el trabajo se encuentra un intento de reforzamiento de la previsibilidad a través de dos correctivos. El primero se sustenta en el deber de *alcanzar estándares eficaces de previsibilidad* en la fase de prueba y en la fase de poscomercialización. En la fase de prueba se deben realizar entrenamientos con validaciones y pruebas de seguridad de alta calidad según el estado de la técnica con el objetivo de prever eficazmente el comportamiento del sistema; y en una segunda fase de poscomercialización se debe seguir vigilando y controlando el comportamiento del sistema durante todo su ciclo de vida. Se trata de acumular el conocimiento suficiente y la experiencia para anticipar situaciones críticas. El segundo correctivo exige que no se realicen trabajos de experimentación y, en ningún caso, pasar a la fase de comercialización de un sistema que no tenga a su vez *la tecnología insertada para devolver el control al ser humano en situaciones críticas*. En estos supuestos no se podrá alegar imprevisibilidad del curso causal, pues se conoce de antemano las deficiencias de control y de seguridad.

e) *La autoría está reservada a los sujetos obligados de la cadena de valor*, por lo que estamos ante una lista cerrada de autores, lo que nos sitúa en las reglas de la autoría de los delitos especiales. Ahora bien, este círculo de autores se abrirá, como ocurre en otras actividades empresariales o no, con división estructural del trabajo, por medio de la delegación. Las formas de autoría, en las que normalmente no habrá un acuerdo en común, podrán ser la coautoría sucesiva, aditiva, accesoria o yuxtapuesta, o incluso autoría en cadena, sin olvidar la aplicación en su caso de la concurrencia de imprudencias. Por último, estos sujetos obligados serán autores, sin que haya problema para sostener una autoría directa, la cual no se debe entender como de propia mano y espaciotemporalmente unida a la máquina, a la “cosa” o al sistema de IA, que resulta ser el

instrumento, con características especiales, que deben tenerse en cuenta para reformular esa autoría directa.

f) Continuando en el ámbito de la autoría, en el trabajo se ha planteado la posibilidad de que *la persona electrónica pueda ser sujeto activo del delito*, y la respuesta se inclina hacia el rechazo de esta posibilidad, por los mismos viejos obstáculos que se han utilizado para oponerse a que la persona jurídica sea sujeto activo del delito, aunque reconozco que en esta sede el sistema de IA toma decisiones (aparentemente) autónomas. En cualquier caso, considero que es difícil admitir que la IA actúe con dolo, porque por ahora no es capaz de pensar, reflexionar y no tiene representaciones con significado. Tampoco es posible afirmar que las personas electrónicas tengan culpabilidad y sean imputables. No pueden captar el mensaje preventivo y retributivo de la norma penal. En el test de la culpabilidad queda al descubierto que son máquinas. Por otro lado, las penas que se le puedan imponer a un sistema de IA. —no van a resarcir a la víctima, que no va a identificar a la máquina como responsable de su daño y de su sufrimiento.

g) Por otro lado, los sujetos obligados del RIA son garantes de la cadena de valor. Esta característica también conduce a sostener la naturaleza especial del delito imprudente que cometan, debido a que son sujetos con deberes especiales concretos, cuyo objetivo es la protección de los bienes jurídicos. Estos garantes son “deudores de seguridad” y en la mayoría de los casos son garantes de evitación de descontrol del riesgo, por lo que realizarán delitos imprudentes de omisión pura de garante, que podrán ser elevados por imperativo legal a comisiones omisivas, pese a que no realicen con su omisión un delito de resultado. Parte de la doctrina también podrá defender que estamos ante delitos de deber (*Pflichtdelikte*) por la cualidad de garante del sujeto activo. Por otro lado, siguiendo la regulación europea se plantea una responsabilidad por gestión del riesgo atendiendo al binomio posición de garante/riesgo permitido. Por último, el Derecho penal a través de la imposición de una pena personal, intransferible y grave a un garante refuerza el principio de supervisión humana, que resulta ser un pilar irrenunciable. En definitiva, se trata de que el garante vele por que transcurra todo el uso del sistema de IA durante su ciclo de vida dentro del riesgo permitido y no se pierda el control sobre la máquina, ni en la fase de experimentación, ni en la fase de uso de sistemas de IA.

h) Es irremediable en este orden de cosas reparar en los programas de cumplimiento, porque quedan completamente comprometidos por toda la regulación del RIA. Para enfocar el tema he considerado necesario plantear la cuestión de si el *compliance* penal debe hacerse atendiendo a la

naturaleza de instrumento de la IA o, por el contrario, otorgando a la IA el estatuto de persona, en este caso persona electrónica, llegando a la conclusión de que de nuevo toda la responsabilidad penal de la persona electrónica tendría que basarse en las actuaciones típicas y antijurídicas de la persona física, por lo que otorgar personalidad jurídica a la persona electrónica no tiene un rendimiento efectivo para declarar la responsabilidad penal, moviéndonos de nuevo en el terreno de la ficción, al igual que ocurre con la persona jurídica, que su responsabilidad penal depende de lo que realice la persona física. Por otro lado, se impone una adaptación de los programas de cumplimiento a los requisitos y obligaciones del RIA, para que, como efecto más prometedor en el Derecho penal, excluya la responsabilidad penal de la persona jurídica y arrastre favorablemente al terreno de la impunidad, en algunos casos, también a sus representantes.

i) Pasando a la parte especial, apunto la necesidad de revisar algunos delitos para adecuarlos al uso de la IA como herramienta delictiva, así como proteger a la IA de los daños que se puedan producir en su código o en su programación y uso y por último los cambios que se pueden plantear en la responsabilidad por el producto y en los delitos de homicidio y lesiones.

Por último, quisiera reivindicar desde esta tribuna la necesidad de una alfabetización digital y sobre el uso de la IA, que ofrezca una síntesis de sus beneficios y de sus riesgos, de su regulación y de la defensa y protección del usuario, porque esta tecnología es neutra, puede ser nuestro *coworker* sin sustituirnos, facilitando la vida, o puede ser nuestro enemigo, todo dependerá de lo que hagamos con ella. El científico computacional y psicólogo cognitivo Geoffrey Hinton, Premio Nobel de física en 2024 y conocido como el “padrino” de la IA, renunció a su puesto en Google y denunció los peligros de la IA para la humanidad⁹¹, así como estos peligros se pueden hacer reales dentro de menos tiempo que el pensado inicialmente, azuzados y favorecidos además por la competencia voraz entre Microsoft, Google y otras tecnológicas para llegar el primero en esta carrera hacia el abismo nuclear tecnológico, inimaginable para Oppenheimer. El progreso siempre se ha saldado con costes sociales y desgraciadamente vidas, pero en esta ocasión los costes pueden

⁹¹ Cfr. <https://www.bbc.com/mundo/articles/c8elg9j489eo> [Enlace verificado 12-10-2024]. Explica y advierte el científico en esta entrevista de los riesgos de la IA, como que se desarrollen armas verdaderamente autónomas, de que la IA nos invade de noticias y fotos falsas en internet, que revolucione el mercado laboral y quite más que el trabajo pesado...y de una mala práctica como es la de que las personas y las empresas dejen que la IA genere su propio código y lo ejecute por su cuenta.

ser impactantes y explosivos para la supervivencia humana.⁹² Discutir sobre Derecho penal y sobre la responsabilidad de la persona física, persona jurídica y persona electrónica se torna baladí, irrisorio y ridículo si perdemos el control sobre estas “cosas”. No podemos perderlo, nos va la existencia de la humanidad en ello.⁹³

VII. Conclusión

La irrupción de la IA es un hito dentro del avance tecnológico y de nuestro proceso evolutivo. Un fenómeno que está cambiando nuestro presente y que nos conduce a un futuro, que solo era imaginado en la ciencia ficción, en el que las máquinas cobrarán un relevante protagonismo. No obstante, la IA reciba el nombre de computación cognitiva, aprendizaje mecánico o profundo, redes neuronales o inteligencia aumentada, actualmente no deja de ser más que una herramienta puesta al servicio de la humanidad. Una herramienta muy potente, como lo fue en su día la llegada del ferrocarril. Ahora bien, la diferencia sustancial de esta cuarta revolución frente a las anteriores estriba en que se está emulando en la máquina las suficiencias de la inteligencia humana, hasta la fecha privativas del ser humano. La IA es una devoradora de *datos*, millones de datos, analizados por el *algoritmo* a velocidades inalcanzables para el cerebro humano y que se incrementará exponencialmente con la computación cuántica, por lo que tendremos que dar el salto hacia el dato sintético para alimentar la voracidad de la IA, cuando haya terminado con todos los datos reales. En definitiva, nosotros mismos estamos fabricando un competidor por el control y el dominio de nuestra vida.

⁹² En el mismo sentido, BOIX PALOP, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, en *Revista de Derecho público: teoría y método*, n.º 1, 2020, p. 227, que sostiene que la magnitud del riesgo puede tener consecuencias extintivas para la especie humana.

⁹³ Éric Sandin (Cfr. Disponible en: <https://www.infobae.com/cultura/2020/07/25/eric-sadin-el-intelectual-que-desafia-al-reino-del-algoritmo-la-innovacion-digital-trabaja-para-convertir-toda-actividad-humana-en-obsolenta/>, [Enlace verificado: 12 de noviembre 2024] alerta sobre la IA y como su presencia va a deteriorar la capacidad cognitiva humana, hasta el punto de no tomar decisiones soberanas y no ser libre, dando paso a una nueva forma de antropología de la relación del ser humano con la tecnología y el poder de decisión. «Vivimos un momento serio, de gran gravedad, pero no lo vemos», ha expresado, refiriéndose al impacto de las tecnologías digitales desarrolladas en las últimas dos décadas y a la velocidad vertiginosa con la que están transformando la vida cotidiana, lo que dificulta comprender el presente de manera clara e inmediata.» (Cfr. Disponible en: [HTTPS://ELPAIS.COM/PROYECTO-TENDENCIAS/2024-11-11/ERIC-SADIN-FILOSOFO-LA-IA-MODIFICARA-LA-NATURALEZA-DEL-SER-HUMANO.HTML](https://elpais.com/proyecto-tendencias/2024-11-11/eric-sadin-filosofo-la-ia-modificara-la-naturaleza-del-ser-humano.html)).

Dicho esto, ya a nadie se le escapa que el uso de esta herramienta, como de cualquier otra, debe ser un *uso responsable*, lo que implica más que nunca el control y la supervisión humana. Ello supone un desafío sobre todo tratándose de la IA generativa combinada con la aspiración humana de crear una superinteligencia capaz de programarse a sí misma, conectarse con otras IAs y ser capaz de interpretar las emociones. El Derecho penal debe contribuir a que esta re-volución tecnológica no se re-vuelva contra su creador y nos mantengamos dentro de los esquemas del uso responsable como objetivo ubicuo y permanente dentro del diseño de una responsabilidad jurídica integral. Para ello será necesario una reinterpretación adaptativa de categorías jurídico-penales, como he intentado demostrar en este trabajo como primera aproximación, lo que no conllevará para este Derecho penal dual, Derecho penal analógico/Derecho penal digital, la renuncia a la solidez conceptual de la teoría jurídica del delito basada en garantías y límites. Nos encontramos en estos momentos en un periodo de transición y tendremos que seguir avanzando por este camino, que implica además a todos los Estados, porque el uso de la IA eleva las cuestiones jurídicas a planos internacionales y de Derecho penal comparado.⁹⁴

VIII. Bibliografía

ABADÍAS SELMA, Alfredo, “La protección penal de los trabajadores frente a la inteligencia artificial en el ámbito del delito de discriminación laboral”, en *Revista de Derecho Penal*, n.º 39, 2023.

BALDWIN, Richard, *La convulsión globótica. Globalización, robótica y el futuro del trabajo*, Barcelona, Bosch, 2019.

BAUMANN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura económica, 2002.

BELZUZ ABOGADOS, “Algunas notas sobre la propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de Inteligencia Artificial”, disponible en: <https://www.belzuz.net/es/publicaciones/en-espanol/item/12068-algunas-notas-sobre-la-propuesta-de-directiva-sobre-responsabilidad-en-materia-de-inteligencia-artificial.html> [Enlace verificado 8-10-2024].

⁹⁴ Cfr. HILGENDORF, *supra* nota 17, p. 40.

BOIX PALOP, Andrés “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, en *Revista de Derecho público: teoría y método*, n.º 1, 2020.

COCA VILA, Ivó, “Coche autopilotado en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 122, 2017.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “¿Dogmática o probatoria? La cuestión de la causalidad y su prueba en las intoxicaciones masivas con agentes tóxicos desconocidos”, en *La Ley Penal*, n.º 169, 2024.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, “La comisión presenta una propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil extracontractual en materia de IA”, en *Diario La Ley*, n.º 63, 29 de septiembre de 2022, Sección Ciberderecho, disponible en:

https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEADVPwWrDMAz9m vk4nDUj68GXtDsURildGLsqjnAMrpXZclb__bR2EzzEE0_vSV8FUx3wyiajK4lUrpFivZghFVQMYzab9qGz WtAlnhRYLhD2ZE3zrNtf6lccYBSdojRh6qvRiokhnDGbRm-7rcozfR9h9Q7YU-wh3f39NjNXTy3VdJuuFVErpiwC8-EdRkY1eze_CfiuzwjJzidwaA7RW0-PkJfr37gvzL16cny_cWWD9D0w7iBgnP5DYVICPVOQ4258oSzflsEHuIOEpWMwegfrZclgRoBAAA=WK [Enlace verificado 8-10-2024].

GONZÁLEZ BELUCHE, Paloma, “La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, n.º 2, 2023.

GRECO, Luis “Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión”, en BASSO/CANCIO/MARAVÉ/FAKHOURI (coord.) *LH prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019.

HILGENDORF, Eric, “Können Roboter schuldhaft handeln?” en: BECK, S. (ed.) *Jenseits von Mensch und Maschine: Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs*, Baden-Baden, Nomos, 2012.

– “Dilemma-Probleme beim automatisieren Fahren. Ein Beitrag zum Problem des Verrechnungsverbots im Zeitalter der Digitalisierung”, en *ZStW*, 2018.

– “Vom Werkzeug zum Partner?, Zum Einfluss intelligenter Artefakte auf unsere sozialen Normen und die Aufgaben des Rechts”, en ENGELHART/KUDLICH/VOGEL (ed.), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention*, FS-Sieber, Berlín, Duncker&Humblot, 2022.

– “Inteligencia artificial y Derecho penal”, en *Desafíos penales de hoy: Entre la ley y la justicia en la obra de Eric Hilgendorf*, trad. Leandro Dias Lestón, Buenos Aires, Editores del Sur, 2024.

HÖRNLE, Tatiana/WOHLERS, Wolfgang “The Trolley Problem Reloaded, “¿Cómo deben programarse los vehículos autónomos para los dilemas de “vida contra vida”?”, trad. José Béguelin, en HÖRNLE, *Criminalización, castigo, y dilemas morales en la obra de Tatjana Hörnle*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2022.

IBOLD, Victoria, *Künstliche Intelligenz und Strafrecht. Zur strafrechtliche Produktverantwortung in der Innovationsgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2024.

VON JHERING, *La lucha por el Derecho*, (Estudio preliminar y edición de Luis Lloredo Alix), Madrid, Dykinson, 2018.

KIR, *Künstliche Intelligenz und Recht*. La primera revista sobre IA y Derecho, Beck (ed.)

MORÁN ESPINOSA, “Responsabilidad penal de la Inteligencia artificial (IA). ¿La próxima frontera?”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. n.º 15, n.º 48, 2021.

MÉNDEZ SERRANO, “Derechos fundamentales y personalidad jurídica de los robots: ¿para qué?”, en *Derecho privado y Constitución*, n.º 44, 2024.

OBREGÓN FERNÁNDEZ, Aritz/LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, “La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional humanitario y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 42, 2021.

PANATTONI, Beatrice/PICOTTI, Lorenzo, “Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Palingenesis?”, International Colloquium Section I, Siracusa, 15-16 September 2022, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. n.º 94, n.º 1, 2023.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Responsabilidad penal por productos defectuosos”, en *Revista Fundación internacional de ciencias penales, Responsabilidad penal por productos defectuosos*, n.º 2024-2.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, n.º 23-15, 2021.

PERRIGO, Billy. “Exclusive: OpenAi Lobbied the E.U. to Water Down AI Regulation”, *Revista Time*, 20-6-2023, disponible en: <https://time.com/6288245/openai-eu-lobbying-ai-act/> [Enlace verificado 7-10-2024].

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La Robótica ante el Derecho penal”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 1, 2017.

– “Populismo y Derecho penal”, en *DOXA*, n.º 48, 2024.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel, “Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio”, en *InDret*, n.º 3, 2019.

– “La necesidad de diferenciar entre autoría y participación imprudente y la cuestión de su punibilidad”, en *Foro Fundación Internacional de ciencias penales*, n.º 2022-3.

– “¿Un Derecho penal delicuescente en una sociedad líquida?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 26, 2023, pp. 199-225.

– “¿Un Derecho penal delicuescente en una sociedad líquida?”, en *Revista General de Derecho penal*, n.º 41, 2024, pp. 1-30.

SANDIN, Éric, entrevista, Infobae, Disponible en: <https://www.infobae.com/cultura/2020/07/25/eric-sadin-el-intelectual-que-desafia-al-reino-del-algoritmo-la-innovacion-digital-trabaja-para-convertir-toda-actividad-humana-en-obsoleta/>, [Enlace verificado: 12 de noviembre 2024]

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Para muestra...el caso Boeing”, en *InDret*, n.º 3, 2024.

SCHWAB, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

SUARÉZ, María Florencia, “Inteligencia artificial y Derecho penal. El dilema del tranvía. Cuarta Revolución industrial. Ética del Algoritmo. IA en vehículos. Causas de justificación”, en *Revista Pensamiento Penal*, n.º 445, 2022.

VELASCO, Eloy, entrevista por Andrés Garvi Carvajal, “Robots delincuentes, respuestas jurídicas a un futuro cercano”, Disponible en https://cincodias.elpais.com/legal/2022/02/03/juridico/1643900957_593967.html, [Enlace verificado 4-10-2024].

– “Delitos tecnológicos de los informáticos a los cometidos por la IA” *Conferencia de clausura en la 7.ª edición del Máster de Experto de Derecho digital de la Universidad de Deusto*, impartida el 22-03-2024. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=uGdOmQ_sQVg [Enlace verificado 4-10-2024].

WELZEL, Hans, “Zum Notstandproblem”, en *ZStW*, n.º 63, 1951.

EL GENOCIDIO COMO CRIMEN DE ESTADO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: NUEVOS DESAFÍOS PARA UNA VIEJA JURISDICCIÓN

Natalia M. LUTERSTEIN (UBA)*

Fecha de recepción: 22 de abril de 2024

Fecha de aceptación: 2 de noviembre de 2024

Resumen

El trabajo analiza algunos aspectos de los casos presentados ante la Corte Internacional de Justicia por la violación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. En particular, se examinan la legitimación activa para incoar un caso basada en la violación de obligaciones *erga omnes partes*, el elemento subjetivo especial del genocidio en el caso de los Estados y el uso de decisiones de tribunales penales internacionales como evidencia en un caso inter-estatal. Se afirma que estos casos le exigen a la Corte Internacional de Justicia ingresar en el análisis de un nuevo tipo de controversias inter-estatales que va más allá de una clásica disputa bilateral y en las que, además de cuestiones jurídicas, deben discutirse cuestiones fácticas vinculadas con la comisión de crímenes internacionales. Ello entraña la necesidad de que la Corte desarrolle nuevas metodologías de trabajo y adopte un rol que le permita hacer frente a los nuevos desafíos.

Palabras clave: Genocidio – Responsabilidad del Estado – Corte Internacional de Justicia

Title: *Genocide as a State Crime before the International Court of Justice: New Challenges for an Old Jurisdiction*

Abstract

This paper analyses certain features of the proceedings brought before the International Court of Justice alleging the violation of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. In particular, it examines the legal standing based on the breach of *erga omnes* obligations, the special subjective element of the crime of genocide in cases of State responsibility and the use of decisions of international criminal tribunals as evidence in an inter-state dispute. It

is submitted that these cases require that the International Court of Justice enter into the analysis of a new type of controversies, going beyond the classic bilateral dispute. Moreover, apart from legal issues, the Court has to determine factual issues related to the commission of international crimes. This entails the need for the development of a new working methodology and the adoption of a role which will allow it to face new challenges.

Keywords: Genocide – State responsibility – International Court of Justice

Sumario: I. Introducción; II. El crimen de genocidio: una breve aproximación; III. La obligación del Estado de no cometer genocidio; IV. Los casos pendientes de resolución; V. A modo de conclusión: Nuevas herramientas para una jurisdicción tradicional; VI. Bibliografía

I. Introducción

En las dos últimas décadas, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, “Convención contra el Genocidio”)¹ ha sido invocada ante la Corte Internacional de Justicia en seis ocasiones para discutir la responsabilidad del Estado por la comisión de este crimen. Estos desarrollos podrían resultar sorprendentes para las delegaciones que negociaron la Convención entre 1947 y 1948, puesto que la Convención fue adoptada con un perfil primariamente penal y concebida por la gran mayoría de los Estados negociadores como un instrumento para establecer responsabilidad penal individual. Asimismo, las primeras instancias de aplicación internacional jurisdiccional del tratado llevadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, “TPIY”) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, “TPIR”) se vincularon precisamente con esa perspectiva en el contexto del desarrollo del derecho internacional penal.

Los casos presentados ante la Corte Internacional de Justicia le ofrecieron a este tribunal la posibilidad de reflexionar sobre las características de este crimen desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, la metodología utilizada hasta la fecha da cuenta del impacto de la determinación de la responsabilidad internacional penal del individuo y de los conceptos del derecho penal para ese análisis.

¹ Si bien el nombre oficial de la Convención en español se refiere al “delito” de genocidio, cabe señalar que la versión en inglés utiliza la frase “*crime of genocide*”. En el presente trabajo se hablará del crimen de genocidio por considerar que el término refleja de manera más adecuada el tipo de normas internacionales involucradas: las normas imperativas.

Este trabajo examinará algunas de las cuestiones que surgen de los procedimientos incoados ante la Corte Internacional de Justicia relativos a la responsabilidad internacional del Estado por el crimen de genocidio. Debido a la extensión, resulta imposible abarcarlos todos adecuadamente. En consecuencia, se analizará, en primer lugar, la legitimación activa para incoar un caso basada en la violación de obligaciones *erga omnes partes* contenidas en la Convención contra el Genocidio, luego, el elemento subjetivo especial en el caso de los Estados y, por último, el uso de decisiones de tribunales penales internacionales como evidencia en un caso interestatal. Se sostendrá que este nuevo tipo de controversias, que va más allá de una clásica disputa bilateral, requiere una revisión de la metodología de trabajo de la Corte Internacional de Justicia.

II. El crimen de genocidio: una breve aproximación

El término “genocidio” fue acuñado por el jurista polaco Rafael LEMKIN en su obra *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones* (1944).² LEMKIN se encargó de darle un nombre a este crimen a través de un neologismo, en el que combinó el término griego “*genos*”, que significa raza o tribu, con el vocablo en latín “*cide*” o “*caedere*”, que significa matar.³

La Convención contra el Genocidio fue adoptada el 9 de diciembre de 1948 luego de dos años de negociaciones en las que tomaron parte la Secretaría, el Consejo Económico y Social y el Sexto Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor el 12 de enero de 1951 una vez que alcanzó los 20 instrumentos de ratificación requeridos por el artículo XIII. Actualmente, la Convención cuenta con 153 Estados parte.⁴

La Convención contra el Genocidio afirma en su artículo I que se trata de un crimen internacional y en el artículo II lo define como:

² El título en inglés original es *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Se hace referencia aquí a la edición en español, *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009.

³ LEMKIN, *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009 [1944], p. 153.

⁴ UNTS, vol. 78, p. 777. El último Estado en obligarse por el tratado fue el Zambia, el 20 de abril de 2022. Véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-1&chapter=4&clang=en (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

(...) cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

La estructura del artículo II está dividida en dos partes. En el primer párrafo, muchas veces llamado *chapeau*, se encuentra, por un lado, el elemento subjetivo especial (“la intención de destruir total o parcialmente” a un grupo determinado como tal) y, por el otro, la enumeración de cuáles son esos grupos protegidos por la Convención (grupo nacional, étnico, racial o religioso). En el segundo párrafo figuran los actos que pueden constituir genocidio, es decir, las conductas que pueden ser consideradas como actos genocidas.

El crimen de genocidio requiere un dolo especial (o una intención específica⁵ o ulterior)⁶ conforme el cual los actos de genocidio deben ser llevados a cabo con “la intención de destruir total o parcialmente” al grupo atacado. Se trata de un elemento adicional al dolo que se exige en la comisión de todos los crímenes internacionales. Al respecto, se ha señalado que debe tratarse de

⁵ SCHABAS, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, 2.^a ed., Cambridge, University Press, 2009, p. 270.

⁶ AMBOS, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 876, 2009, p. 835. Este autor rechaza el uso de las expresiones “intención especial” o “intención específica” y prefiere “intención ulterior” en el sentido de que da cuenta de una doble estructura de la intención, pero no de una gradación de la intensidad de la intención (*idem*, pp. 843-844). Por su parte, en el caso *Jelisić*, la Sala de Apelaciones del TPIY señaló que usaría el término “intención específica”, aclarando en la nota al pie 45 que no atribuía a ese término ningún significado proveniente de jurisdicciones nacionales (cf. TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Goran Jelisić”, *Judgment*, 5 de julio de 2001, párr. 45). En este trabajo se usarán los términos de manera indistinta.

una intención genuina en el sentido de que el perpetrador debe considerar que, a través de sus actos, conseguirá la destrucción parcial o total del grupo.⁷ Asimismo, al exigir que la intención sea la de destruir al grupo “como tal”, la Convención busca dejar en claro que la víctima del crimen es elegida por su pertenencia al grupo atacado.

A los fines de la configuración del crimen, no resulta necesario que el perpetrador logre su cometido de destruir total o parcialmente a un grupo porque el factor que debe tenerse en cuenta es su intención de hacerlo.⁸ Además, de la letra del artículo II no surge la condición de que se busque una eliminación total, sino que basta con que sea parcial. Como de los trabajos preparatorios de la Convención no se revela con claridad el significado de “parcialmente”,⁹ se han propuesto diversas interpretaciones para determinar qué contenido otorgarle a dicho adverbio. Por ejemplo, la Sala de Apelaciones del TPIY ha sostenido que debe tratarse de una parte sustancial del grupo.¹⁰ Una posición similar ha sido adoptada por la Corte Internacional de Justicia.¹¹ Para ello, debería tomarse en cuenta el tamaño numérico de la parte del grupo atacada, lo que no podría ser evaluado en términos absolutos.¹² Asimismo, se ha sugerido una postura que considera criterios cualitativos, que analiza la cuestión en relación con el daño irreparable a las chances del grupo de sobrevivir que podría causar la destrucción de una parcialidad, como el estrato social, político o económico.¹³ Esto se vincula más con la noción de una parte “significativa” del grupo y no tanto con una parte “sustancial”, que tendría vínculo con el aspecto cuantitativo.¹⁴

⁷ CASSESE / GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, 3.^a ed., Oxford, University Press, 2013, p. 119.

⁸ JESSBERGER, “The definition and the elements of the crime of genocide”, en GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 107; SCHABAS, *supra* nota 5, p. 277). Véase también TPIY, Sala de Juicio, “Fiscal vs. Radislav Krstic”, *Judgment*, 2 de agosto de 2001, párr. 584.

⁹ SCHABAS, *supra* nota 5, p. 276.

¹⁰ TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Radislav Krstic”, *Judgment*, 19 de abril de 2004, párr. 8.

¹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro”, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 26 de febrero de 2007, p. 43 (en adelante, “Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007”), párr. 198.

¹² En un sentido similar, el Informe “Whitaker” afirmó que, a fin de “que la gravedad del concepto de genocidio no se devalúe ni diluya por la inflación de casos que se derivaría de una interpretación demasiado amplia”, se sugería considerar tanto la escala proporcional como del número total de víctimas del grupo (cf. Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985, párr. 29).

¹³ SCHABAS, *supra* nota 5, p. 281.

¹⁴ Cf. METTRAUX, *International Crimes: Law and Practice: Volume I: Genocide*, Oxford, University Press, 2019, p. 185.

Finalmente, cabe mencionar que, si bien el artículo III de la Convención contra el Genocidio incluye una lista de “actos”, su significado es diferente de aquel utilizado en el artículo II, pues, en realidad, este prevé diferentes modos de responsabilidad, como la complicidad, e infracciones imperfectas, como la conspiración y la instigación directa y pública a cometer genocidio. Estas infracciones han sido incluidas con el fin de expandir el alcance del crimen, pues permiten criminalizar más actos vinculados a este, lo que respondería a la naturaleza única del genocidio.¹⁵

III. La obligación del Estado de no cometer genocidio

Además de definir el crimen de genocidio, la Convención de 1948 impone a los Estados partes diversas obligaciones, como la de prevenir y sancionar su comisión (artículo I), la adopción de las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de sus disposiciones y el establecimiento de sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III (artículo V) y la de conceder la extradición cuando proceda, de conformidad con su legislación y los tratados vigentes (artículo VII). Se trata claramente de obligaciones impuestas a los Estados y no a los individuos.

Sin embargo, de ningún artículo surge expresamente que los Estados tengan, además, la obligación de no cometer el crimen de genocidio. La definición del artículo II de la Convención contra el Genocidio no contiene ningún elemento que se relacione expresamente con las acciones del Estado ni menciona explícitamente un contexto colectivo. El artículo sigue un patrón similar a las tipificaciones domésticas de los delitos, desde una perspectiva individual, aunque sin fijar la sanción correspondiente, algo que la Convención dejó en cabeza de las legislaciones nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo V.

Cuando la Convención fue negociada entre 1947 y 1948, las delegaciones discutieron si la comisión de este crimen podía generar no solo la responsabilidad penal de los individuos, sino también la de los Estados. A pesar de que varias propuestas del Reino Unido para involucrar expresamente ambas responsabilidades fueron rechazadas,¹⁶ finalmente se aceptó incluir una

¹⁵ OHLIN, “Incitement and conspiracy to commit genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford, University Press, 2009, p. 207; SCHABAS, *supra* nota 5, p. 308.

¹⁶ En primer lugar, el Reino Unido sugirió que el artículo I estableciera que los Estados partes de la Convención se obligaban a no cometer genocidio, a prevenirlo y a sancionarlo. Véase UN Doc. A/C.6/SR.67, 4 de octubre de 1948 y UN Doc. A/C.6/SR.68, 6 de octubre de 1948. Asimismo, presentó una enmienda al proyecto de artículo V (actual

cláusula compromisoria por la que los Estados partes acordaron que, en caso de controversias entre ellos relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, “incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”, estas se pudieran someter ante la Corte Internacional de Justicia.

Esta cláusula que le otorga un título de jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia fue utilizada recién por primera vez casi cincuenta años después de adoptada la Convención. Los casos presentados por Bosnia Herzegovina y Croacia contra Serbia en el contexto del conflicto armado luego del desmembramiento de la República Federal Socialista de Yugoslavia¹⁷ le ofrecieron a la Corte la primera oportunidad para discutir si la comisión del genocidio podía generar la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. La Corte Internacional de Justicia respondió de manera afirmativa y abrió la puerta para convertirse actualmente en un foro en el que se discute el crimen de genocidio en cuatro casos diferentes.

En su sentencia de 2007 del caso que Bosnia Herzegovina presentó contra Serbia, la Corte afirmó por primera vez que de la Convención de 1948 surgía, aunque de manera implícita, la obligación para los Estados de no cometer genocidio. En primer lugar, observó que el artículo IX le otorga jurisdicción sobre controversias relacionadas con la responsabilidad del Estado.¹⁸ Sin embargo, su argumento central se apoyó principalmente en el artículo I de la Convención.¹⁹

artículo IV) en la que proponía agregar al texto que la responsabilidad criminal por el crimen de genocidio se extendería a los Estados y gobiernos, o a órganos o autoridades del Estado o de gobiernos que cometieran dichos actos que, cuando fueren cometidos por o en nombre del Estado o del gobierno, constituirían una violación de la Convención. Véase UN Doc. A/C.6/236 & Corr. 1, 16 de octubre de 1948.

¹⁷ Para más información sobre el conflicto, Véase, entre muchos otros, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 232-241; DIMITRIJEVIC / MILANOVIĆ, “The strange story of the Bosnian Genocide Case”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008.

¹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 159.

¹⁹ Algunos de los jueces opinaron en disidencia respecto de la existencia de la obligación convencional para los Estados de no cometer genocidio. Por ejemplo, el juez TOMKA afirmó que se trataba de una Convención de derecho internacional penal y que, por lo tanto, versaba sobre la responsabilidad de los individuos por la comisión del genocidio, no de los Estados (cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Separada del juez TOMKA, párr. 39). En la misma línea, los jueces SHI y KOROMA señalaron que afirmar que el Estado podía ser directamente responsable por el crimen de genocidio era cuestionable e incompatible con el objeto y fin de la Convención, que solo establece la responsabilidad penal de los individuos, pues, al momento de su adopción no existía la noción de

Para su análisis, la Corte recurrió a la regla de interpretación de los tratados receptada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,²⁰ que requiere que sean leídos de buena fe, según el significado ordinario de los términos dentro de su contexto y a la luz de su objeto y fin.²¹ En este sentido, observó que la Convención contra el Genocidio contiene dos proposiciones que sostienen la existencia de dicha obligación. La primera es la afirmación de que el genocidio es un crimen internacional, lo que ya había sido señalado por la Asamblea General en su Resolución AG 96(I), anterior a la Convención, y reforzada en su opinión consultiva de 1951, cuya prohibición había considerado de naturaleza imperativa.²² La segunda se refiere al compromiso de los Estados partes de prevenir y sancionar el genocidio. La Corte afirmó que, a la luz del objeto de la Convención, el artículo I conlleva de forma inherente la prohibición de su comisión. En ese sentido, sostuvo que

Sería paradójico si los Estados tuvieran la obligación de prevenir, en la medida de su poder, la comisión del genocidio por personas sobre las cuales ejercen cierta influencia, pero no estuviesen vedados de cometer dichos actos a través de sus órganos o de personas sobre las cuales ejercen un control firme tal que su conducta resultaría atribuible al Estado concernido, de acuerdo con el derecho internacional.²³

crimen de Estado y, en la actualidad, tampoco se prevé la responsabilidad penal estatal (cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Declaración Conjunta de los jueces SHI y KOROMA, párr. 1).

²⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) UNTS, vol. 1155, p. 31.

²¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 160.

²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 161. Cabe indicar que en el texto de la opinión consultiva de 1951 no se utilizó expresamente el término “norma imperativa”, sino que se afirmó que los principios que subyacen a la Convención son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin que exista una obligación convencional (cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, p. 15, p. 23).

²³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 166: “It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law” (traducción propia).

De esta manera, determinó que la Convención contra el Genocidio contiene una dualidad de responsabilidades,²⁴ una característica constante del derecho internacional, reflejada, tanto en el artículo 25.4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁵ como en el artículo 58 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante, "los Artículos de la CDI").²⁶ Esta característica ha sido calificada también como una "responsabilidad bifurcada"²⁷, "tipos mellizos" de responsabilidad²⁸ o un régimen de responsabilidad dual.²⁹ Esto implica, respecto de la misma base fáctica, la existencia de un hecho internacionalmente ilícito (atribuible a un Estado) y un crimen internacional (imputable a un individuo).

Asimismo, afirmó que la obligación de no cometer genocidio se extiende a las otras modalidades y actos mencionados en el artículo III: a) genocidio (se refiere a la autoría por la comisión del crimen; b) asociación (*conspiracy*)³⁰ para cometer genocidio, c) instigación directa y pública a cometer genocidio, d) tentativa de genocidio, y e) complicidad en el genocidio, mencionados expresamente en el artículo IX.³¹

En línea con una perspectiva tradicional del derecho internacional, a pesar de reconocer que el Estado puede cometer el crimen de genocidio y de que los actos mencionados en el artículo III responden a la lógica del derecho penal y la responsabilidad individual,³² la Corte sostuvo que la

²⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 163.

²⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional. UNTS, vol. 2187, p. 3 (e.v. 1/07/2002). El artículo 25.4 dispone: "Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional".

²⁶ Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, anexo de la Resolución A/56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 12 de diciembre de 2001. El artículo 58 establece: "Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado".

²⁷ MAY, *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008 y HAMILTON, "State-Enabled Crimes", en *Yale Journal of International Law*, vol. 41, 2016.

²⁸ FLETCHER, "A wolf in sheep's clothing? Transitional justice and the effacement of State accountability for international crimes", en *Fordham International Law Journal*, vol. 39, 2016, p. 453.

²⁹ BONAFÉ, *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

³⁰ Como la conspiración es efectivamente una asociación o acuerdo para cometer un crimen, podría explicarse la traducción en el hecho de que como se trata de una infracción imperfecta propia de los sistemas angloamericanos y no tiene un equivalente en los sistemas romano-germánicos, no se eligió una traducción literal, sino descriptiva.

³¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 167.

³² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 167.

obligación de no cometerlo no tiene naturaleza penal, pues se trata de una obligación que surge del derecho internacional.³³

Sin perjuicio de ello, es interesante remarcar que, en su sentencia, la Corte no solamente aplicó nociones de derecho penal —como, por ejemplo, complicidad, instigación, *mens rea*— sino que, además, como se explicará *infra*, aceptó como prueba las resoluciones y conclusiones de un tribunal penal que, sin dudas y como resulta natural, se basó en criterios penalistas al adoptarlas.³⁴

En 2015, la Corte tuvo nuevamente la oportunidad de expedirse sobre la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio, en el marco de la controversia entre Croacia y Serbia por la alegada violación de la Convención de 1948, también en el contexto del conflicto de los Balcanes de la década de 1990. En su sentencia, la Corte retomó los conceptos que había desarrollado en la decisión de 2007. En este sentido, a pesar de las opiniones disidentes adjuntadas a dicha sentencia, la Corte no volvió sobre la discusión acerca de la obligación convencional del Estado de no cometer genocidio, sino que implícitamente dio por sentada su existencia y prosiguió con el análisis de la responsabilidad de Croacia y de Serbia por la comisión del crimen.

Con ese fin, la Corte adoptó una metodología similar a la desarrollada en 2007, determinando, en primer lugar, si se habían configurado los elementos objetivos de los actos de genocidio establecidos en el artículo II de la Convención, y, en caso positivo, si se habían llevado a cabo con el dolo especial requerido del genocidio.³⁵ Al igual que en 2007, se apoyó en las determinaciones fácticas realizadas por el TPIY,³⁶ y sostuvo que se habían cometido matanzas y lesiones graves a la integridad física o mental de miembros del grupo.³⁷ No obstante, y al igual que el TPIY, la Corte llegó a la conclusión de que el elemento subjetivo de dolo especial de genocidio no podía establecerse respecto de Serbia ni de Croacia, por lo que rechazó la acción original y la reconvencción.

³³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 170.

³⁴ SEIBERT-FOHR, “State responsibility for Genocide under the Genocide Convention”, en GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 360.

³⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Croacia vs. Serbia”, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 3 de febrero de 2015, (en adelante, “*Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*”), párr. 201.

³⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 208, 300, 335, 353, 371, 376, 384, 387, 392, entre otros.

³⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 401.

IV. Los casos pendientes de resolución

Actualmente, la Corte Internacional de Justicia tiene ante sí cuatro asuntos que versan sobre la Convención contra el Genocidio. No se trata de casos idénticos a los yugoslavos, sino que entrañan nuevas discusiones y oportunidades de revisar algunas de las conclusiones de las sentencias de 2007 y 2015. En este trabajo, se examinarán en particular los casos iniciados por Gambia contra Myanmar, Sudáfrica contra Israel y Nicaragua contra la República Federal de Alemania. No se examinará el caso presentado por Ucrania contra la Federación Rusa porque allí no se discute si este Estado cometió genocidio, sino que Ucrania ha solicitado a la Corte que declare que, contrariamente a lo sostenido por la Federación Rusa, no ha cometido genocidio en las regiones (*oblasts*) de Luhansk y Donetsk. Se trata de un planteo invertido en el sentido de que, a diferencia de otros casos, no se requiere que la Federación Rusa se abstenga de cometer el crimen, sino que se declare que Ucrania no lo ha cometido. El alcance limitado del caso en su estado actual se debe a que el segundo planteo de Ucrania, que sostenía que la Federación Rusa había alegado falsamente la comisión de actos de genocidio por parte de ese Estado a fin de justificar el uso de la fuerza en su territorio y llevar a cabo una operación militar especial invocando su deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio, fue rechazado por la Corte Internacional de Justicia en la etapa de excepciones preliminares. La Corte entendió que la alegación de Ucrania con respecto a que el argumento utilizado por la Federación Rusa era de mala fe no entrañaba una violación de la Convención contra el Genocidio y, por lo tanto, los agravios relacionados con la legalidad de las operaciones militares rusas a luz de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional consuetudinario quedaban fuera de su competencia material en el caso en razón de que el título jurisdiccional invocado era el artículo IX de la Convención de 1948.³⁸

1. La legitimación de los Estados partes de la Convención de 1948: la litigación de interés público en el ámbito internacional

El primer caso en el que se invocó la violación de la Convención contra el Genocidio luego de los casos yugoslavos fue la acción incoada por Gambia contra el Estado de Myanmar el 11 de

³⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Ucrania vs. Federación Rusa", *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 2 de febrero de 2024, en particular, párrs. 146-147.

noviembre de 2019.³⁹ En su presentación inicial, Gambia afirmó que el gobierno de Myanmar adoptó y condonó actos contra miembros del grupo étnico, racial y religioso Rohingya, como por ejemplo, matanzas, lesiones graves contra la integridad física y mental, el sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos dentro de grupo y traslados por la fuerza, es decir, todos los actos previstos por el artículo II de la Convención. Asimismo, sobre la base del artículo III, alegó que, además de la comisión de genocidio, Myanmar había incurrido en la asociación para cometer genocidio, la tentativa del genocidio y la instigación directa y pública a cometer genocidio, así como la complicidad y la violación del deber de prevenir y sancionar el genocidio y el deber de adoptar legislación interna para implementar las disposiciones de la Convención.

Una de las particularidades que presenta este caso es que la legitimación de Gambia no surge del hecho de que se trata de un Estado lesionado de conformidad con el artículo 42 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, como ocurría en los casos de Bosnia Herzegovina o de Croacia, sino que Gambia ha basado su legitimación en la naturaleza de norma imperativa de la prohibición de genocidio y en las obligaciones *erga omnes partes* que surgen de la Convención.⁴⁰ Myanmar había cuestionado la legitimación de Gambia afirmando que la Corte Internacional de Justicia no acepta la llamada *actio popularis*.⁴¹ Se hace referencia aquí a la sentencia conjunta dictada en 1966 en los casos llevados por Etiopía y por Liberia contra Sudáfrica por la situación en África Sudoccidental.⁴² Liberia y Etiopía habían sostenido que Sudáfrica se encontraba en violación del Mandato que le había otorgado la Sociedad de Naciones sobre el territorio de África Sudoccidental en tanto autoridad administrativa por haber impuesto el sistema del *apartheid*. En su fallo, la Corte rechazó la existencia de una *actio popularis* que otorgaría legitimación a Liberia y a Etiopía para actuar en nombre de la comunidad internacional y de un interés público.⁴³ Para ello, sostuvo que las consideraciones humanitarias no eran suficientes por sí

³⁹ Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

⁴⁰ Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párr. 15.

⁴¹ Cf. *Preliminary Objections of the Republic of the Union of Myanmar*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

⁴² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Etiopía vs. Sudáfrica y Liberia vs. Sudáfrica”, *South West Africa Cases (second phase)*, 18 de julio de 1966.

⁴³ *Idem*, párr. 88.

mismas para generar derechos y obligaciones legales, pues era una Corte de derecho y solo podía tomar en cuenta principios morales en tanto tuvieran una expresión en una forma jurídica. La Corte Internacional de Justicia recibió muchas críticas por esta sentencia⁴⁴ y, como reacción, cambió el rumbo en el caso *Barcelona Traction*.⁴⁵ Fue precisamente en ese asunto la primera vez que la Corte reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes*. Allí sostuvo que, debido a la importancia de los derechos involucrados en dichas obligaciones, todos los Estados tienen un interés legal en su protección.⁴⁶ En este punto, cabe recordar que el artículo 48 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional amplía el universo de Estados con derecho a invocar la responsabilidad para incluir Estados diferentes del Estado lesionado en los casos de violación de una obligación que existe con relación a toda la comunidad internacional en su conjunto, lo que es considerado un reflejo de la doctrina de *Barcelona Traction*. En esos supuestos, todos los Estados pueden, por un lado, reclamar al Estado responsable la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, y, por el otro, reclamar en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada, el cumplimiento de la obligación de reparación.

En su decisión del 22 de julio de 2022 la Corte rechazó las cuatro excepciones preliminares que había interpuesto Myanmar.⁴⁷ En lo referido a la legitimación, sostuvo que el hecho de que Gambia no fuera un Estado especialmente afectado (o directamente lesionado) no impedía que invocara la responsabilidad de Myanmar ante el tribunal puesto que la Convención contra el

⁴⁴ Cf. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, p. 376.

⁴⁵ Cf. PINTO, “El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2012, pp. 15-16.

⁴⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Bélgica vs. España”, *Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* (new application: 1962), 5 de febrero de 1970, párrs. 33-34. En su sentencia, la Corte mencionó dentro de este tipo de obligaciones a la prohibición de los actos de agresión y de genocidio, a los principios y reglas relacionados con los derechos humanos básicos, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial.

⁴⁷ El 20 de enero de 2022, Myanmar presentó un escrito alegando cuatro excepciones preliminares respecto de la jurisdicción de la Corte: 1) Gambia no era el solicitante real, sino que estaba actuando en nombre de la Organización para la Cooperación Islámica y, por lo tanto, la Corte no tiene competencia personal sobre el asunto; 2) Gambia no tenía legitimación para incoar la acción porque no es un Estado lesionado y la Corte no acepta la llamada *actio popularis* y porque, además, Bangladesh, quien gozaría de dicha legitimación, había hecho una reserva al artículo IX de la Convención contra el Genocidio; 3) la reserva de Myanmar al artículo VIII de la Convención contra el Genocidio impediría que la Corte ejerza su jurisdicción; y 4) no existía una controversia real. Cf. *Preliminary Objections of the Republic of the Union of Myanmar*, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

Genocidio contenía obligaciones *erga omnes* partes. Con cita de la opinión consultiva de 1951,⁴⁸ la Corte afirmó que todos los Estados parte de la Convención tienen un interés común de asegurar la prevención y sanción del genocidio. Estos intereses comunes implican que las obligaciones les son debidas por cualquier Estado parte a todos los demás Estados partes.⁴⁹ Agregó que, a fin de incoar una acción, el Estado no debe demostrar que sus nacionales se encuentran afectados por el crimen de genocidio, observando que, frecuentemente, las víctimas del crimen son nacionales del propio Estado presuntamente involucrado.⁵⁰

De manera similar, Sudáfrica inició un procedimiento contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia el 29 de diciembre de 2023.⁵¹ En su presentación, le requirió a la Corte que declare que Israel es responsable por la comisión de genocidio a través de actos de matanzas, lesiones graves contra la integridad física y mental y el sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, por instigación directa y pública a cometer genocidio y por no prevenir ni sancionar dicha instigación cometida por funcionarios gubernamentales de alto nivel en el contexto del actual conflicto armado con Hamas.⁵² El caso se encuentra en las instancias iniciales por lo que la Corte aún no ha decidido de manera definitiva la legitimación de Sudáfrica para presentar el caso. No obstante, en la primera orden de medidas provisionales, dictada el 26 de enero de 2024, manifestó que tenía jurisdicción *prima facie* para entender en la controversia. En esa decisión reiteró la doctrina sentada en el caso de Myanmar y reafirmó que los Estados parte de la Convención tienen un interés común de asegurar el cumplimiento de las obligaciones allí contenidas, cuya naturaleza *erga omnes* implica que cualquier Estado parte puede invocar la responsabilidad de otro Estado parte.⁵³

⁴⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, p. 15.

⁴⁹ “Gambia vs. Myanmar”, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 22 de julio de 2022, párrs. 106-107. La jueza XUE emitió un voto en disidencia con relación a este punto.

⁵⁰ *Idem*, párr. 109.

⁵¹ Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

⁵² Cf. Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párr. 110, incisos d) y h).

⁵³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Sudáfrica vs. Israel”, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in The Gaza Strip*, 26 de enero de 2024, párr. 33. Cabe observar que, en este caso, la jueza XUE votó a favor del dictado de las medidas. En su declaración, aclaró que, si bien consideraba que el derecho y la práctica relativos a las obligaciones *erga omnes* se encuentran aún en estado de desarrollo, entendió que, como se trataba de proteger a un

Finalmente, el caso más reciente es el presentado el 1 de marzo de 2024 por Nicaragua contra la República Federal de Alemania, también relativo al actual conflicto armado entre Israel y Hamas.⁵⁴ En su presentación, Nicaragua alegó que la República Federal de Alemania, al proveer apoyo político, financiero y militar a Israel con conocimiento de que el equipamiento militar sería usado para la comisión de infracciones graves al derecho internacional y permitirle a Israel cometer actos de genocidio y otras atrocidades, violó su obligación de prevenir el crimen de genocidio y la obligación de asegurar el cumplimiento del derecho internacional humanitario, reconocida en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. En el mismo sentido, sostuvo que la suspensión de asistencia a la Agencia de las Naciones Unidas de Ayuda y Trabajo para los Refugiados Palestinos (conocida como “UNRWA” por sus siglas en inglés) también puso en riesgo la asistencia efectiva de las víctimas de las atrocidades cometidas.⁵⁵

En línea con los casos anteriores, Nicaragua justificó su legitimación en el hecho de que se trata de obligaciones de carácter *erga omnes* respecto de las cuales todos los Estados tienen un interés común en asegurar su respeto, citando la decisión en el caso de Myanmar.⁵⁶ La Corte no se ha expedido aún sobre su jurisdicción y, como ha rechazado la solicitud de medidas provisionales presentada por Nicaragua por entender que no se configuraban los requisitos necesarios, no la ha

grupo como los palestinos, que lucha por su libre determinación contra una potencia ocupante, de un desastre humanitario catastrófico que amenaza su existencia, resultaba menos controversial afirmar que la comunidad internacional tiene un interés común en su protección. Cf. Declaración de la jueza XUE, párrs. 2-4.

⁵⁴ Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/193/193-20240301-app-01-00-en.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025). El caso incluye alegaciones de violaciones de la Convención contra el Genocidio, así como del derecho internacional humanitario en virtud del artículo IX de la Convención contra el Genocidio y de las declaraciones facultativas previstas en el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia realizadas tanto por Nicaragua como por la República Federal de Alemania que extienden en este caso la jurisdicción de la Corte más allá de la Convención contra el Genocidio y, por lo tanto, su competencia material. Véanse párrs. 20-25. Por otro lado, cabe señalar, asimismo, que Nicaragua ha solicitado intervenir como tercer Estado parte (de acuerdo con el artículo 62 del Estatuto de la Corte) en la controversia entre Sudáfrica e Israel. Dicha solicitud aún no ha sido resuelta por la Corte. Sobre esta cuestión, cabe observar que la solicitud de intervención de Nicaragua se apoya en un artículo diferente al resto del gran número de solicitudes de intervención que se han presentado en los casos pendientes sobre la Convención contra el Genocidio, que se basaron en el artículo 63 del Estatuto, que no implica una intervención como una parte de la controversia, sino que se trata solamente de Estados partes de la Convención que buscan aportar su interpretación de las obligaciones que de ella emanan.

⁵⁵ Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párrs. 13-18.

⁵⁶ Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párrs. 89-90.

examinado ni siquiera de manera *prima facie*.⁵⁷ Sin embargo, no parece que la Corte vaya a modificar su postura sobre la legitimación activa de las partes de la Convención contra el Genocidio. En todo caso, la discusión en este asunto podría versar sobre la legitimación pasiva de la República Federal de Alemania, puesto que, a diferencia de los casos de Myanmar y Sudáfrica, no se ha invocado la responsabilidad de este Estado por la comisión del crimen de genocidio, sino su asistencia en la alegada comisión del crimen por parte de Israel y su violación del deber de prevención, previsto en la Convención.

El problema que allí se presenta es que, como se explicará más adelante, para la configuración de la violación de las obligaciones de prevenir el genocidio y de no asistir en su comisión se requiere una determinación de la comisión de dicho crimen por Israel, Estado que no es parte en la controversia. Ello entraña una discusión sobre la aplicación al caso de la llamada “Regla del Oro Amonedado” (*Monetary Gold Rule*), desarrollada por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia sobre la controversia entre Italia, por un lado, y Francia, el Reino Unido y Estados Unidos, por el otro. Allí, la Corte entendió que no podía ejercer jurisdicción sobre el caso, puesto que el dictado del fallo afectaría no solamente intereses jurídicos de Albania, sino que estos conformaban el objeto mismo del reclamo y, en ausencia del consentimiento de ese Estado, el proceso estaba impedido de continuar.⁵⁸ Esta doctrina fue reiterada por la Corte en los casos de Ciertas tierras fosfatadas (*Nauru vs. Australia*)⁵⁹ y de Timor Oriental (*Portugal vs. Australia*).⁶⁰ Esto quiere decir que si la solicitud de Nicaragua de declarar la responsabilidad de Alemania requiere la determinación de la responsabilidad de Israel por la comisión del crimen de genocidio

⁵⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Nicaragua v. Alemania”, *Alleged breaches of certain international obligations in respect of the occupied Palestinian territory*, 30 de abril de 2024.

⁵⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Italia vs. Francia, Reino Unido y Estados Unidos”, *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943*, 15 de junio de 1954, I.C. J. Reports 1954, p. 19, p. 32.

⁵⁹ En esta sentencia, la Corte entendió que la regla no se aplicaba porque, a diferencia del caso del Oro Amonedado, los intereses de Nueva Zelanda y del Reino Unido no conformaban el objeto del asunto. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Nauru vs. Australia”, *Case concerning certain phosphate lands in Nauru*, 26 de junio de 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 240, párr. 55.

⁶⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Australia vs. Portugal”, *Case concerning East Timor*, 30 de junio de 1995, I.C.J. Reports 1995, p. 90, párr. 28.

y este Estado no consiente ser parte de dicha controversia, la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre el caso, al menos en lo que respecta al crimen de genocidio.⁶¹

2. El elemento subjetivo del genocidio estatal

El elemento subjetivo es el factor que distingue al genocidio de otros crímenes internacionales. Al requerir que la intención sea la de destruir al grupo “como tal”, lo que se busca es dejar en claro que la víctima del crimen fue elegida por su pertenencia al grupo atacado. Esta intención específica o dolo especial ha sido exigido tanto en las instancias de responsabilidad del individuo⁶² como en las de responsabilidad del Estado. En ambos casos, este elemento ha presentado dificultades para su conceptualización y prueba.

En el supuesto de la responsabilidad del Estado, tales dificultades se relacionan con la discusión acerca de la posibilidad de identificar el estado mental de una persona jurídica.⁶³ A los

⁶¹ Como fuera mencionado, a diferencia del resto de los casos, en virtud de los títulos de jurisdicción invocados por Nicaragua, el caso versa no solamente sobre la Convención contra el Genocidio, sino también sobre violaciones al derecho internacional humanitario. La aplicación de la Regla del Oro Amonedado respecto de estas obligaciones resulta más debatible. Al respecto, ver LONGOBARDO, , “Alleged Violations of the Duty to Ensure Respect for IHL and the Monetary gold Principle”, en *EJIL: Talk!*, 2024, disponible en <https://www.ejiltalk.org/alleged-violations-of-the-duty-to-ensure-respect-for-ihl-and-the-monetary-gold-principle/> [enlace verificado el día 10 de marzo de 2025] y WENTKER / STENDEL, “Conspicuously Absent: The indispensable Third Party Principle at the ICJ in Nicaragua v. Germany”, en *VerfBlog*, 2024, disponible en <https://verfassungsblog.de/conspicuously-absent/> [enlace verificado el 10 de marzo de 2025].

⁶² En este trabajo no se analizarán las discusiones relativas a la conceptualización del dolo especial en el caso de la responsabilidad penal internacional del individuo. Al respecto, véase, entre muchos otros, GIL GIL, “El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual”, en OLÁSULO, H. / EIRENE DE PRADA, P. (coords.), *La evolución de la definición y aplicación del delito de genocidio. La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Volumen 9*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019; KRESS, “The ICC’s first encounter with the crime of genocide: The case against Al Bashir”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, University Press, 2015; AMBOS, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 876, 2009; JESSBERGER, , “The definition and the elements of the crime of genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009; VEST, “A Structure-based Concept of Genocidal Intent”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007; ARNOLD, “The mens rea of genocide under the Statute of the International Criminal Court”, en *Criminal Law Forum*, vol. 14, n.º 2, 2003; TRIFFTERER, , “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n.º 2, 2001; y GREENWALT, “Rethinking Genocidal Intent: The case for a knowledge-based interpretation”, en *Columbia Law Review*, vol. 99, 1999.

⁶³ KELSEN, por ejemplo, ya había observado que el Estado no tiene alma y, por lo tanto, la atribución de responsabilidad es una construcción jurídica y no una descripción de una realidad natural (“Collective and Individual Responsibility in International Law with particular regard to the punishment of war criminals”, en *California Law Review*, vol. 31, n.º 5, 1943, p. 533). Me refiero aquí a los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado previstos en los Artículos

finde de determinar la responsabilidad del Estado por genocidio se han sugerido dos caminos en relación con la prueba del elemento subjetivo: la intención específica se prueba con el dolo especial de las personas cuyas conductas pueden atribuirse al Estado o, en su lugar, se utiliza la prueba de un patrón de conducta o contexto que dé cuenta de la intención del Estado.

La primera opción puede entrañar la dificultad de que el dolo especial deba probarse respecto de una pluralidad diversa no determinada de individuos con distintos roles en el aparato estatal.⁶⁴ No resulta claro qué criterios deberían aplicarse para identificar cuáles serían esos individuos. ¿Se trata solamente de aquellos que ocupan las posiciones más altas en el Estado o de aplicar todas las reglas de atribución previstas por los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional? Si se adoptara la postura más restringida que solo considera relevante la conducta de los/as líderes del Estado, entonces ello entrañaría una obstáculo para acceder a la evidencia,⁶⁵ como ocurrió en el caso de Bosnia Herzegovina, en el que Serbia se negó a entregar un documento requerido por el Estado demandante alegando razones de seguridad de Estado.⁶⁶ En ese caso, la Corte Internacional de Justicia consideró probada la comisión del crimen y, en particular, la configuración del elemento subjetivo especial, sobre la base de dos condenas penales del TPIY contra comandantes del ejército serbio-bosnio, es decir, se trataba de dos militares de alto rango, pero no de aquellos con la posición más alta de las fuerzas armadas involucradas.⁶⁷ Sin embargo, no entendió probados los requisitos para atribuir dichas conductas al Estado de Serbia, lo que resultó una cuestión separada de la configuración de la intención genocida. Ello quiere decir que la intención genocida

de la CDI, entendiéndolo como un sujeto internacional, diferente de los individuos, también considerados sujetos del derecho internacional, a quienes se les aplica el régimen de responsabilidad desarrollado por el derecho internacional penal.

⁶⁴ BONAFÉ, *supra* nota 29, p. 123.

⁶⁵ LOEWENSTEIN / KOSTAS, "Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide. The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ's Judgment in the Genocide Case", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, p. 847.

⁶⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 204-206. Se trataba de las minutas de las reuniones del Consejo Supremo de Defensa, que estaba conformado por los oficiales militares y políticos de mayor rango de Serbia. Bosnia Herzegovina había alegado que el acceso a los documentos sin expurgaciones podía demostrar las órdenes impartidas por Serbia al ejército serbio-bosnio (VRS).

⁶⁷ Cabe aclarar que, al momento del dictado de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, los procesos penales contra las máximas autoridades de la República Srpska, Radko MLADIC, jefe del Estado Mayor del Ejército serbio-bosnio, y Radovan KARADZIK, presidente de la República serbio-bosnia de Srpska, no habían comenzado. Asimismo, el juicio contra Slobodan MILOSEVIC, presidente de la República de Serbia, había sido archivado por el fallecimiento del acusado en 2006.

o el dolo especial forma parte del elemento objetivo de la responsabilidad del Estado,⁶⁸ pues se examina para determinar si existió o no una violación a una obligación internacional, en este caso, de la prohibición de cometer genocidio, contenida en el artículo I de la Convención de 1948. Finalmente, cabe observar que este enfoque hace depender la posibilidad de determinar la responsabilidad del Estado por genocidio de una condena individual previa, pues no se explica cómo se identificaría el dolo especial en casos de ausencia de dicha condena. En el caso de *Croacia vs. Serbia* la Corte Internacional de Justicia reiteró esta posición, observando que, en ausencia de un plan del Estado en el que se expresara la intención genocida, esta podía inferirse de las conductas individuales de los perpetradores.⁶⁹

Por su parte, la segunda alternativa, que puede resultar más objetiva, presenta el desafío de determinar el umbral de dicho patrón que, además, no se encuentra mencionado expresamente en la definición de crimen de genocidio, por lo que requerirá de un esfuerzo interpretativo para justificarlo.

En el caso de *Bosnia Herzegovina vs. Serbia*, la Corte Internacional de Justicia examinó de modo subsidiario si el dolo especial podía probarse sobre la base de un patrón de actos llevados a cabo por Serbia en todo el territorio de Bosnia Herzegovina. La Corte aceptó entonces que, si de los hechos alegados surgía evidencia persuasiva y consistente de un patrón de atrocidades, ello podría constituir prueba del dolo especial de Serbia. A tal fin, se debía probar de forma convincente la existencia de un plan general con el fin de destruir total o parcialmente un grupo. Para que un patrón de conducta sea aceptado como prueba de tal intención, la Corte entendió que esta debe

⁶⁸ De acuerdo a los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado, el hecho ilícito está compuesto por un elemento objetivo (la violación de una norma internacional) y un elemento subjetivo (la atribución de esa violación a un Estado). Véase Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, anexo a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/56/83, 12 de diciembre de 2001, artículo 2.

⁶⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 145. Cabe señalar, no obstante, que el juez SKOTNIKOV señaló que la Corte no tenía la capacidad para determinar la existencia de la intención genocida, pues se trata de un elemento que hace a la responsabilidad individual (el elemento subjetivo). La tarea de la Corte debería limitarse a si individuos cometieron actos genocidas y si pueden generar responsabilidad estatal a través de las reglas de atribución. Opinión separada del juez SKOTNIKOV, párrs. 10, 13 y 14.

ser la única consecuencia posible que surja de dicho patrón,⁷⁰ lo que equivale a un alto umbral de prueba, similar al aplicado por los tribunales penales internacionales.

En el caso de *Croacia vs. Serbia*, en ausencia de condenas individuales por genocidio ante el TPIY, Croacia había enumerado una serie de factores alegando que, tomados de manera individual o conjunta, probaban la política sistemática serbia de atacar a croatas con el fin de eliminar dicho grupo.⁷¹ De todos los factores señalados por Croacia, la Corte consideró como más importantes solamente aquellos relacionados con la escala y naturaleza sistemática de los ataques, el hecho de que hubieran causado más víctimas y daño que lo justificado por la necesidad militar, el ataque específico contra los croatas y la naturaleza, extensión y grado de las lesiones causadas.⁷² Sin embargo, sobre la base de la jurisprudencia del TPIY, entendió que la intención genocida no era la única inferencia razonable que podía extraerse de ese patrón de conducta.⁷³

Surge, entonces, que en ambas sentencias la Corte Internacional de Justicia aplicó inferencias para la identificación del elemento subjetivo del genocidio, como también lo han hecho los tribunales penales internacionales, ya que, en la mayoría de los casos, no existe prueba directa de la intención específica del autor, por lo que se recurre al contexto general.⁷⁴ Ello confirma que la Corte eligió seguir el camino individual de la prueba de la intención genocida por sobre el camino colectivo.⁷⁵

⁷⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 373.

⁷¹ Ellos incluían la doctrina política del expansionismo serbio para formar la “Gran Serbia”; las declaraciones públicas oficiales y propaganda de los medios de comunicación controlados por el Estado que demonizaban a los croatas; patrones de ataques contra grupos croatas que excedían los objetivos militares legítimos y necesarios; la naturaleza sistemática y la escala de los ataques contra grupos croatas; el hecho de que los croatas eran siempre atacados, mientras que los serbios eran excluidos; el hecho de que durante la ocupación, las personas de etnia croata y su propiedad debían identificarse; el uso de lenguaje étnicamente despectivo durante la comisión de actos de matanza, tortura y violación; el saqueo y destrucción sistemático de monumentos religiosos; y la supresión de la cultura y prácticas religiosas croatas. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 148.

⁷² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 413.

⁷³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 440.

⁷⁴ BONAFÉ, *supra* nota 29, p. 131. Véase, entre otros, TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Goran Jelisić”, *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10-A, párr. 47; TPIY, Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic”, *Judgment*, 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A, párr. 123.

⁷⁵ Sin embargo, no todos los/as jueces/zas acordaron con el resultado de dichas inferencias. En su opinión disidente, el juez CANÇADO TRINDADE consideró que la mayoría había establecido un umbral demasiado alto que no se concedía con la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y que, además, el estándar de prueba elegido resultaba

La elección de la metodología por la Corte Internacional de Justicia parece haber respondido a un criterio práctico que facilitó su tarea: apoyarse en las determinaciones de un tribunal penal creado, precisamente, para identificar los elementos del crimen de genocidio, cuestión que será analizada en detalle en el siguiente apartado. Esta metodología será puesta a prueba en los casos pendientes, puesto que no existen sentencias de un tribunal penal que hubieran determinado la responsabilidad penal de personas cuyas conductas puedan ser atribuibles al Estado.

Sin embargo, en el caso de Myanmar contra Gambia, la Corte tiene ante sí dos informes de la Misión Internacional Independiente de Investigación creada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que hicieron referencia a la comisión del crimen de genocidio.⁷⁶ Uno de ellos analiza la responsabilidad individual,⁷⁷ mientras que el otro, la responsabilidad del Estado por genocidio⁷⁸. Allí, entendió que existían motivos razonables para creer que ciertas personas podían ser juzgadas penalmente por el crimen de genocidio y que el Estado de Myanmar había cometido el hecho internacionalmente ilícito de genocidio, respectivamente. Es decir, a diferencia de los casos yugoslavos, si bien no se cuenta con una determinación jurisdiccional de la responsabilidad internacional por genocidio, sí existe aquí un documento de un órgano internacional de investigación que ya ha determinado la responsabilidad del Estado y de ciertos individuos cuya conducta podría serle atribuida al Estado. Sin embargo, en ambos documentos la Misión trabajó con un umbral de prueba más bajo que el aplicado por los tribunales internacionales (“más allá de toda duda razonable”) que definió como “motivos razonables para creer”, lo que genera algunas dudas respecto del uso que de ellos hará la Corte Internacional de Justicia.

completamente inadecuado para la determinación de la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos de las personas de manera individual o en grupo. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Disidente del juez CANÇADO TRINDADE, párrs. 459-460. En la misma línea, en su opinión separada, el juez GAJA consideró que determinar la existencia del elemento subjetivo puede llevar a conclusiones diferentes en los casos de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad de los individuos que actúen en su nombre. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, Opinión Separada del juez GAJA, párr. 3.

⁷⁶ Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párr. 6.

⁷⁷ INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON MYANMAR, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HRC/39/CRP.2, 17 de septiembre de 2018 (en adelante, “Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2018”), párr. 1418.

⁷⁸ INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON MYANMAR, *Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HRC/42/CRP.5, 16 de septiembre de 2019 (en adelante, “Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019”).

Asimismo, cabe señalar que, en el caso de la responsabilidad del Estado, la Misión recibió el criterio de inferir el dolo especial a través de un patrón de conducta o contexto que demuestre la intención del Estado. En este sentido identificó ciertos factores para concluir que la única inferencia posible era la intención genocida de Myanmar.⁷⁹ Estos factores coinciden con los invocados por Croacia y rechazados por la Corte como suficientes para concluir la existencia de la intención genocida como única inferencia razonable.⁸⁰

En consecuencia, no existe certeza de que la Corte vaya a adoptar las conclusiones de la Misión en su informe de 2019 y considere probado el dolo especial sobre la base de un patrón de conducta. Tampoco surge con claridad que decida apoyarse en el examen que la Misión hizo de la responsabilidad penal individual para llevar a cabo su propio análisis de la responsabilidad de Estado, siguiendo la metodología utilizada en 2007 y 2015, puesto que, como fuera indicado, aparece el obstáculo relativo al estándar de prueba utilizado por la Misión, que resulta más bajo que el aplicado por la Corte en sus sentencias de 2007 y 2015.

En el caso iniciado por Sudáfrica, a fin de afirmar la existencia del dolo especial de genocidio, en su escrito inicial, este Estado hizo referencia a expresiones de funcionarios israelíes de alto rango, como el primer ministro, el presidente, el ministro de defensa, el ministro de seguridad nacional, el ministro de energía e infraestructura, el ministro de finanzas, el ministro de patrimonio, el ministro de agricultura y el vicepresidente del Parlamento, así como de oficiales militares.⁸¹ Sudáfrica sostuvo que tales declaraciones indicaban un claro intento de destruir a los palestinos de Gaza como grupo. Al mismo tiempo, las consideró una instigación directa y pública

⁷⁹ Entre ellos, la Misión mencionó extrema brutalidad de los ataques del Tatmadaw; la naturaleza organizada de la destrucción; la naturaleza sexual de la enorme violencia perpetrada con las mujeres y niñas durante las “*clearance operations*”; las expresiones insultantes, discriminatorias, racistas y de exclusión de los funcionarios de Myanmar y otros antes, durante y luego de las operaciones; la existencia de planes y políticas discriminatorias, como la Ley de Ciudadanía, y los esfuerzos del gobierno de limpiar, confiscar y construir sobre la tierra de los Rohingya con miras a cambiar la composición demográfica y étnica del estado de Rakhine y reducir la proporción de Rohingya; la tolerancia del gobierno respecto de la retórica pública de odio y desprecio respecto de los Rohingya; y el hecho de que el Estado no investigó ni enjuició las graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Cf. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar de 2019, párr. 224.

⁸⁰ Para un análisis más exhaustivo de la cuestión, ver LUTERSTEIN, “‘Gambia vs. Myanmar’ y la dualidad de responsabilidad internacional en materia de genocidio: ¿Nuevas reglas del juego?”, en TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. / ESPÓSITO, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos. III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, La Ley, 2022.

⁸¹ Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párrs. 101-102.

a cometer genocidio. Agregó que se infería claramente de los actos del ejército israelí en el terreno, desde el vasto número de muertos y heridos civiles a la escala del desplazamiento, destrucción y devastación en Gaza, que las declaraciones y directivas genocidas estaban siendo implementadas contra el pueblo palestino.⁸² Por otro lado, observó que la retórica genocida era transmitida por los medios de comunicación israelíes de la sociedad civil.⁸³ Como modo de prueba, Sudáfrica citó una serie de documentos de diferentes agencias y mecanismos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas en las que se reconocía la intención genocida de Israel.⁸⁴ En consecuencia, surge que en su escrito de inicio, Sudáfrica alegó la configuración del dolo especial sobre la base de declaraciones deshumanizantes de altos funcionarios civiles y militares israelíes, cuya conducta puede ser atribuida al Estado de acuerdo con los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, que impactaban sobre las operaciones militares. Cabe señalar que, en sus alegatos orales relativos a la solicitud de medidas provisionales, Sudáfrica hizo alusión expresa a un patrón sistemático de conducta que surgía de dichas operaciones militares y de las declaraciones de los líderes en los más altos niveles del Estado y de oficiales militares del que se podía inferir el crimen de genocidio, aunque observó que, en esa instancia, no se requería prueba de que la única inferencia razonable era la intención genocida.⁸⁵

En su Orden de Medidas Provisionales, la Corte se basó en documentos de diferentes agencias de las Naciones Unidas y tomó nota de declaraciones de diversos funcionarios gubernamentales israelíes de alta jerarquía para dar por probada la verosimilitud de los derechos respecto de los

⁸² Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párr. 103.

⁸³ Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párr. 106.

⁸⁴ Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párr. 108.

⁸⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, transcripción de la audiencia oral del 11 de enero de 2024, pp. 30-31, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240111-ora-01-00-bi.pdf> (enlace verificado el 10 de marzo de 2025). Entre los elementos constitutivos del patrón de conducta Sudáfrica incluyó (i) el ataque dirigido especialmente contra los palestinos que viven en Gaza; (ii) el uso de armas que causan una destrucción homicida en gran escala y de disparos contra civiles; (iii) el bombardeo de zonas que habían sido designadas como seguras para que los palestinos pudieran refugiarse; (iv) el hecho de privar a los palestinos de Gaza de acceso a sus necesidades básicas -comida, agua, atención de la salud, combustible, higiene y comunicaciones; (v) la destrucción de la infraestructura social: casas, escuelas, mezquitas, iglesias, hospitales; y (vi) la matanza y lesiones graves y causar que un gran número de niños y niñas resultaran huérfanos.

cuales Sudáfrica había solicitado protección,⁸⁶ pero no se refirió expresamente a los modos de prueba del dolo especial de genocidio.

Finalmente, el caso incoado por Nicaragua contra la República Federal de Alemania implicará la discusión de un elemento subjetivo diferente, puesto que no se alega la comisión del crimen, sino su falta de prevención y la asistencia en la comisión por parte de Israel, lo que requiere matizar la discusión.

La obligación de prevenir el genocidio fue discutida en el caso de 2007 en el que la Corte concluyó que Serbia había violado su obligación convencional. Allí afirmó que el cumplimiento de dicha obligación depende de la capacidad del Estado de influir de forma efectiva en las acciones de las personas que podrían cometer genocidio o que ya se encontraran cometiéndolo, y que eso varía de un Estado a otro.⁸⁷ Esa capacidad está sujeta a la distancia geográfica entre el Estado concernido y los eventos, a la fuerza de los vínculos políticos, y a la relación entre las autoridades estatales y los actores presentes en tales eventos. A ello agregó un criterio jurídico, afirmando que, para prevenir el genocidio, el Estado solo puede actuar dentro de los límites del derecho internacional. Asimismo, señaló que no se trata de una obligación de resultado, en el sentido de que no se le exige tener éxito en la prevención de la comisión del crimen, sino que lo que debe hacer es usar todos los medios razonablemente a su alcance, adoptando así un deber de debida diligencia que debía ser analizado en cada caso en concreto.⁸⁸ La Corte sostuvo que la obligación de prevenir y el correspondiente deber de actuar surge en el instante en que el Estado se entera, o debería normalmente haberse enterado, de la existencia de un riesgo serio de que un genocidio será cometido. Desde ese momento en adelante, si el Estado cuenta con los medios con efectos disuasivos sobre aquellos sospechosos de preparar un genocidio o razonablemente sospechosos de tener la intención específica, tiene el deber de usar esos medios en la medida en que las circunstancias se lo permitan.⁸⁹ Sin embargo, aclaró que la violación a dicho deber solo se

⁸⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Sudáfrica vs. Israel” *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in The Gaza Strip*, 26 de enero de 2024, párrs. 46-53.

⁸⁷ De esta manera, la Corte independizó el deber de prevención del vínculo territorial y del concepto de jurisdicción y lo vinculó con la noción de “capacidad de influir efectivamente”. Cf. GATTINI, “Breach of the Obligation to Prevent and Reparation thereof in the ICJ’s Genocide Judgment”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, p. 700).

⁸⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 430.

⁸⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 431.

configurará si el genocidio se ha cometido,⁹⁰ siguiendo lo establecido por el artículo 14.3 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional.⁹¹

Surge entonces que, en cuanto al elemento subjetivo, la Corte dispuso un estándar para determinar la responsabilidad del Estado por la omisión de prevenir más bajo que el que utilizó para la responsabilidad por la comisión del crimen de genocidio, ya que no requirió prueba concluyente del conocimiento del riesgo por parte del Estado más allá de toda duda razonable.⁹² En efecto, en el caso de la obligación de prevención, ella existe aun cuando el Estado no tenga certeza, en el momento que debió haber actuado, de que el genocidio estaba a punto o en vías de ser cometido, porque resulta suficiente que conociera o que debía haber conocido el peligro serio de que actos de genocidio serían cometidos.⁹³ En este punto, cabe preguntarse si, a fin de determinar la configuración de dicho conocimiento, la Corte hará una constatación judicial de lo afirmado en la orden de medidas provisionales dictada en el caso iniciado por Sudáfrica. Allí calificó la situación humanitaria en Gaza como catastrófica y entendió que existía un riesgo inminente y real de que se causara un perjuicio irreparable a los derechos de la población palestina en la zona.⁹⁴

El segundo agravio presentado por Nicaragua sostiene que la provisión de ayuda, incluyendo equipamiento militar a Israel y el retiro del financiamiento al apoyo a las víctimas que provee UNRWA implica una asistencia en la comisión de genocidio por parte de Israel. Se trata entonces de la invocación de una violación al inciso e) del artículo III de la Convención contra el Genocidio, que se refiere a la complicidad en el genocidio como acto pasible de sanción.

Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional contienen tres disposiciones relacionadas con situaciones de colaboración inter-estatal que podrían ser asimiladas a una forma de complicidad, a pesar de que la Comisión decidió no utilizar dicho término porque varios de sus

⁹⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 431.

⁹¹ Este artículo dispone que: "La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación".

⁹² SEIBERT-FOHR, *supra* nota 34, p. 358.

⁹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 432.

⁹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Sudáfrica vs. Israel" *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in The Gaza Strip*, 26 de enero de 2024, párrs. 72 y 74.

miembros señalaron que no resultaba adecuado tomar prestados conceptos del derecho penal.⁹⁵ Asimismo, la propia Comisión aclaró que los artículos que regulan la responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de otro (artículos 16, 17 y 18) constituyen una excepción al principio general que denominó “la responsabilidad independiente”, que se basa en que “cada Estado tiene sus propias obligaciones internacionales y las responsabilidades correspondientes”.⁹⁶

En su sentencia de 2007, la Corte aplicó el artículo 16 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional que se refiere a los casos en que un Estado presta ayuda o asistencia a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.⁹⁷ Se trata de una responsabilidad derivada en el sentido de que su configuración depende de que el hecho internacionalmente ilícito del otro Estado haya ocurrido.⁹⁸ Además, sobre la base del principio de la responsabilidad independiente, el Estado que asiste será responsable solamente por su propia conducta.⁹⁹

En cuanto al elemento de intencionalidad, el artículo 16 requiere que el Estado que asiste lo haga con conocimiento de las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito y que ese acto también habría sido ilícito de haber sido cometido por dicho Estado. Este segundo elemento no tiene ningún efecto práctico en el caso de la prohibición de cometer genocidio, pues se trata de una norma de carácter imperativo oponible *erga omnes*. En sus comentarios, la Comisión incorporó un tercer elemento al disponer que “la ayuda o asistencia se debe prestar con la *intención* de facilitar la perpetración del hecho ilícito y facilitarla efectivamente”,¹⁰⁰ (subrayado agregado) es

⁹⁵ PALCHETTI, “State responsibility for complicity in genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 382.

⁹⁶ A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 67.

⁹⁷ En su informe de 1978 dirigido a la Comisión de Derecho Internacional, el entonces Relator Especial sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Roberto AGO, ofreció como ejemplo la situación en la que un Estado asiste a otro proveyéndole armas para la comisión de un genocidio, mencionado que el artículo III de la Convención contra el Genocidio incluía la complicidad, adelantando de esta manera, su aplicación a la responsabilidad de los Estados (PALCHETTI, *supra* nota 95, p. 381).

⁹⁸ JACKSON, *Complicity in International Law*, Oxford, University Press, 2015, p. 153.

⁹⁹ Salvo cuando la asistencia sea un elemento necesario del hecho ilícito en ausencia del cual no podría haber ocurrido. En ese caso, el perjuicio sufrido puede ser atribuido concurrentemente al Estado que presta la asistencia y al Estado que comete el hecho ilícito. Cf. A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 71.

¹⁰⁰ A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 70. El propio Relator Especial, James CRAWFORD, reconoció que el elemento de la intención no aparece en la norma, sino en los Comentarios. Cf. FERRO, “Brothers in Arms: Ancillary State responsibility and individual criminal responsibility for arms transfers to international criminals”, en *The Military Law and the Law of War Review*, vol. 54, 2016, p. 145).

decir que deben guardar “una relación clara con el hecho ilícito subsiguiente”¹⁰¹ y tratarse de una asistencia o ayuda significativa, aunque no esencial.¹⁰²

Precisamente, en relación con el elemento subjetivo, la Corte Internacional de Justicia afirmó que, para que la conducta de los órganos o personas del Estado pudiera ser considerada como complicidad, deberían haber actuado, por lo menos,¹⁰³ con conocimiento del dolo especial del perpetrador principal, dejando abierta la cuestión respecto de la intención del cómplice, pues como entendió que en el caso no se cumplía con el primer elemento, no entró en el análisis del segundo,¹⁰⁴ incluso cuando era una cuestión jurídica que había sido discutida durante el trámite del caso.¹⁰⁵

Si se considerase que el artículo 16 exige solamente el conocimiento de “las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito”, es posible pensar que, en el caso del crimen de genocidio, “las circunstancias” incluyen el dolo especial, pues se trata de uno de sus elementos constitutivos. De hecho, en sus Comentarios al Proyecto de Artículos, la Comisión de Derecho Internacional aclaró que, si bien solamente se exigía que el Estado que asiste tuviera conocimiento de las circunstancias y que se estableciera una relación causal específica entre ese hecho y su comportamiento, ello no equivalía a rechazar la posibilidad de que entre los requisitos de la norma primaria se incluyera una intención dolosa,¹⁰⁶ como ocurre en el caso de la Convención contra el Genocidio.

Por otro lado, la Corte Internacional de Justicia incluyó dentro de la conducta cómplice la provisión de los medios *para permitir o facilitar la comisión del crimen*.¹⁰⁷ Esta frase parece agregar un requisito al artículo 16 relacionado con la intención,¹⁰⁸ que no está expresamente mencionado en dicha norma, pero que, como fue indicado, la propia Comisión de Derecho Internacional

¹⁰¹ A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II(2))*, p. 70.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ La frase “por lo menos” (“*at least*” en el texto original) ha sido interpretada, tanto en el sentido de implicar que el conocimiento es solo uno de los requisitos, como de entender que se trata de un requisito mínimo que permite que la responsabilidad derivada se configure (cf. FERRO, *supra* nota 100, p. 147).

¹⁰⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 421-422.

¹⁰⁵ MILANOVIC, “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, p. 681.

¹⁰⁶ A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, pp. 68-69.

¹⁰⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 419.

¹⁰⁸ JACKSON, *supra* nota 98, p. 50.

incorpora en los Comentarios al Proyecto de Artículos,¹⁰⁹ generando así una ambigüedad respecto de cuáles serían los requisitos.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Internacional de Justicia no haya distinguido el artículo 16 del artículo III.e) de la Convención contra el Genocidio implica que asimiló el primero a la noción de *aiding and abetting* de la responsabilidad individual.¹¹⁰ Podría pensarse entonces que la distinción subjetiva que hicieron el TPIY y el TPIR respecto de los autores principales y de los partícipes es aplicable al caso de los Estados y, por lo tanto, afirmar que en el caso de la asistencia estatal, solamente se requeriría que el Estado que asiste conozca la intención genocida del otro Estado, pero no que la comparta.¹¹¹ En este punto, la Corte aclaró que el umbral de conocimiento del cómplice debe ser mayor que en el caso del deber de prevención, pues en este supuesto se requiere conocimiento completo (*full knowledge*) de los hechos, es decir, certeza, y no solamente conciencia (*aware of*) del riesgo serio de que ocurran actos de genocidio.¹¹² Sin embargo, al no haber mencionado expresamente si se requería que el Estado que presta asistencia compartiera el dolo especial del genocidio, dejó abierto el interrogante acerca de la posibilidad de darle un contenido especial al artículo III.e) de la Convención contra el Genocidio en materia de responsabilidad estatal.

En su sentencia, la Corte asimiló una noción de naturaleza penal, como es la complicidad,¹¹³ a un concepto relativo a la responsabilidad internacional del Estado. Al mismo tiempo, distinguió la

¹⁰⁹ A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II [2])*, p. 69.

¹¹⁰ JØRGENSEN, "Complicity in genocide and the duality of responsibility", en SWART, B. / ZAHAR, A. / SLUITER, G. (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, University Press, 2011, p. 265.

¹¹¹ Cf. JØRGENSEN, *supra* nota 110, p. 265. Esta fue, precisamente, la postura de algunos jueces. En su opinión disidente, el juez *ad hoc* MAHIOU sostuvo que la Corte debió haber sido más clara y afirmado que no se requiere que el cómplice comparta la intención del autor principal, sino que es suficiente que esté consciente de esta. Cf. Opinión Disidente del juez MAHIOU, párr. 125. La misma posición adoptó el juez KEITH apoyándose en desarrollos relacionados con la responsabilidad penal del individuo, quien, además, señaló que tales requisitos se configuraban en el caso. Cf. Declaración del juez KEITH, párrs. 1, 6-7. De manera similar, el juez BENOUNA sostuvo que la *mens rea* para el cómplice se configura con la intención de ayudar al autor principal y con el conocimiento del crimen que el principal cometerá. Cf. Declaración del juez BENOUNA, p. 361.

¹¹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 432.

¹¹³ Se usa este término porque es el que menciona la Convención contra el Genocidio, pero vale aclarar que, mientras la categoría "complicidad" suele utilizarse normalmente para hacer referencia a un modo accesorio de responsabilidad en varios sistemas jurídicos internos, como el alemán, el francés, el español o en los ordenamientos latinoamericanos, en los sistemas jurídicos anglosajones, la noción de "complicity" se utiliza generalmente para referirse al hecho de intervenir con otros en un hecho punible ("*partnership in crime*"), que no distingue entre autores y partícipes. Cf. OLÁSOLO ALONSO,

complicidad en materia de responsabilidad del Estado observando que, mientras en varios ordenamientos penales domésticos el hecho de ordenar o dirigir podría ser considerado una forma de complicidad, en el derecho internacional, ello implicaría considerar autor al Estado que ordena o dirige, sobre la base del artículo 8 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional,¹¹⁴ acotando el alcance de la complicidad en materia del Estado.¹¹⁵ Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, al diferenciar la complicidad en el genocidio de la obligación de prevención, observó que la primera siempre requiere algún tipo de acción positiva.¹¹⁶

En este sentido, la construcción de la noción de complicidad del Estado que realizó la Corte no se condice con aquella prevista en los ordenamientos penales domésticos ni tampoco en los principios del derecho internacional penal, ya que en este ordenamiento, por ejemplo, para establecer responsabilidad individual se acepta la imputación por complicidad (*aiding and abetting*) en casos de omisión.¹¹⁷ No obstante, sería posible pensar en una situación en la que la ayuda o asistencia prestada a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito adquiriera la forma de una omisión, como, por ejemplo, permitir que un Estado use el territorio de otro Estado para cometer un hecho internacionalmente ilícito como el genocidio.¹¹⁸

3. La prueba del genocidio

Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 53-54. En dichos sistemas, se recurre al término “*aiding and abetting*” para hacer referencia a una participación diferente de la autoría. Al respecto,¹¹³ Se ha entendido que, si bien “*aid*” se refiere a la provisión práctica o la asistencia material a la comisión de un crimen y “*abet*” denota la provisión de aliento o apoyo moral para dicha comisión, la jurisprudencia internacional los ha analizado de forma conjunta (Cf. VENTURA, “Aiding and abetting”, en DE HEMPTINNE, J., ROTH, R. y VANS SLIEDREGT, E. [eds.] *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019, pp. 173-174).

¹¹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 419.

¹¹⁵ De hecho, ha sido observado que la distinción entre el Estado responsable principal y el cómplice resulta sutil. Así, por ejemplo, el hecho de proporcionar armas sería considerado una asistencia en los términos del artículo 16, mientras que proporcionar tropas sería un supuesto de Estado como autor principal (cf. QUIGLEY citado en JØRGENSEN, *supra* nota 110, p. 268).

¹¹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 432. Se ha observado que la Corte no citó ninguna autoridad en apoyo de esta interpretación restrictiva, por lo que podría ser leída como una desviación de la definición de la Convención de 1948 y de la definición consuetudinaria (Cf. METTRAUX, *supra* nota 14, pp. 23-24).

¹¹⁷ CASSESE, “On the use of criminal notions in determining State responsibility for genocide”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 4, 2007, p. 884.

¹¹⁸ PALCHETTI, *supra* nota 95, p. 385.

Los casos relativos al conflicto en la ex Yugoslavia compartían el hecho de que un tribunal penal internacional ya había llevado adelante una investigación respecto de la misma base fáctica y, por lo tanto, la Corte tuvo a su disposición el análisis de una gran cantidad de prueba. Así, la Corte no llevó adelante una tarea de investigación propia, más allá de la presentación en audiencia de algunos expertos,¹¹⁹ sino que se apoyó en el trabajo de un tribunal penal internacional. Esta aceptación responde, en realidad, a una falta de capacidad de la Corte de llevar a cabo sus propias investigaciones, en particular, respecto de situaciones de crímenes de masa que requieren, por ejemplo, investigaciones forenses muy complejas.¹²⁰ Si bien se prevé que la Corte puede pedir a los agentes de un Estado que produzcan un documento u ofrezcan explicaciones, dejando constancia de su negativa (artículo 49 del Estatuto), organizar la presencia de testigos y expertos para que den su testimonio en el proceso (artículo 62 de las Reglas de la Corte), decidir *proprio motu* o a solicitud de alguna de las partes, ejercer sus funciones en un lugar relacionado con el caso, a fin de obtener evidencia (artículo 66 de las Reglas de la Corte), o pedirle a alguna organización internacional pública que contribuya con información relevante para el caso (artículo 69 de las Reglas de la Corte), en la práctica estos poderes no son utilizados con mucha frecuencia y la Corte ha dependido mayormente de la prueba producida por las partes.¹²¹ Esto se debe a que, en muchas de las controversias, se trata de desacuerdos de derecho más que de discusiones acerca de la determinación de hechos.¹²²

En sus sentencias de 2007 y de 2015, la Corte dedicó una sección completa a explicar el valor que le otorgaba a las diferentes resoluciones y decisiones del TPIY como prueba.¹²³ Esta decisión de la Corte es notable, ya que no suele explicitar las reglas sobre la prueba que utiliza en cada

¹¹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 53-60. DIMITRIJEVIC / MILANOVIC, *supra* nota 17, p. 90.

¹²⁰ Así, por ejemplo, en el caso *Krstic* del TPIY, las investigaciones forenses en las fosas comunes fueron esenciales para determinar que no se trataba de muertes durante hostilidades, determinar la edad de las víctimas y que habían sido asesinadas de forma sistemática (Cf. KLINKNER, “Proving Genocide: Forensic Expertise at the ICTY”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, p. 463).

¹²¹ GROOME, “Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice capable of judging State criminal responsibility?”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n.º 4, 2007, p. 981.

¹²² GROOME, *supra* nota 121, p. 982.

¹²³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párrs. 212-224 y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párrs. 170-199.

sentencia.¹²⁴ Las partes del caso presentaron una gran cantidad de documentación que emanaba de los procesos penales y que incluía documentos acusatorios de la Fiscalía, decisiones interlocutorias de los/as jueces/zas, prueba oral y escrita, decisiones sobre la culpabilidad o inocencia de los individuos acusados, sentencias que establecen las penas luego de un reconocimiento de culpabilidad, así como decisiones de la Sala de Apelaciones.¹²⁵ La Corte examinó la forma en que la prueba es obtenida en el procedimiento ante el TPIY y, a los fines de determinar el peso que le daría a cada uno de los documentos, examinó el procedimiento penal aplicable por el TPIY.

Esta metodología es, en parte, resultado del hecho de que la Corte eligió aplicar un estándar de prueba similar al del TPIY, elevando así el necesario para la determinación de la responsabilidad del Estado.¹²⁶ La Corte entendió que las alegaciones contra un Estado que implicasen cargos de excepcional gravedad debían ser probadas de forma absolutamente concluyente (*fully conclusive evidence*).¹²⁷ Si hubiera utilizado un estándar más bajo (como, por ejemplo, el de balance de probabilidades o el de motivos razonables para creer), entonces habría tenido que reexaminar la prueba presentada ante los/as jueces/zas del TPIY en los casos en los que, por ejemplo, se hubiera dictado sentencia de absolución, algo que la Corte Internacional de Justicia no estaba en condiciones de realizar.¹²⁸ En este sentido, es posible pensar que si la jurisprudencia del TPIY no hubiera incluido condenas por genocidio, habría sido dificultoso para la Corte Internacional de Justicia determinar la configuración de dicho crimen en la sentencia de 2007.¹²⁹

¹²⁴ SIVAKUMARAN, "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, 2007, p. 706. También es notable en el sentido de que la Corte se apoyó en jurisprudencia de otro tribunal internacional, cuando, normalmente, suele citar solamente sus propias decisiones (Cf. MILANOVIC, *supra* nota 105, p. 693).

¹²⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 214.

¹²⁶ Ello fue observado por el juez *ad hoc* MAHIOU, quien afirmó que la absolución de un individuo del crimen de genocidio no implica necesariamente que no haya existido ese crimen, sino que lo importante es probar la existencia de una política de genocidio atribuible al Estado. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, Opinión Disidente del juez *ad hoc* MAHIOU, párr. 54.

¹²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2007*, párr. 209 y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Convención contra el Genocidio de 2015*, párr. 178.

¹²⁸ GROOME, *supra* nota 121, pp. 933-934.

¹²⁹ SEIBERT-FOHR, *supra* nota 334, p. 359.

Los casos presentados por la República de Gambia contra Myanmar, Sudáfrica contra Israel y Nicaragua contra Alemania requerirán una revisión de esta metodología, pues no existe (aún)¹³⁰ jurisprudencia de un tribunal penal internacional sobre la cual la Corte pueda apoyarse en materia de determinación de los hechos.

Esto fue reconocido por Gambia quien, en su escrito inicial, admitió que no existe actualmente una jurisdicción internacional con competencia para juzgar a los individuos asociados con esos actos de genocidio y, por lo tanto, ofreció a la Corte un relato fáctico y contextual más detallado de lo que normalmente sería necesario.¹³¹

A falta de precedentes judiciales, Gambia se refirió a varios documentos producidos por diferentes mecanismos creados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, la Relatora Especial de la ONU sobre los derechos humanos en Myanmar, el Asesor Especial sobre la Prevención de Genocidio y la Misión Internacional Independiente de Investigación del Consejo de Derechos Humanos, que hicieron referencia a la comisión del crimen de genocidio.¹³² De hecho, como fuera señalado, en sus informes de 2018 y 2019 la Misión encontró que existían motivos razonables para creer que ciertas personas podían ser juzgadas penalmente por el crimen de genocidio y que el Estado de Myanmar había cometido el hecho internacionalmente ilícito de genocidio, respectivamente.

Cabe señalar que la presentación de Gambia no hizo mención al Mecanismo Independiente de Investigación para Myanmar, creado en septiembre de 2018 a través de la resolución 39/2 por el Consejo de Derechos Humanos, con el mandato de recolectar prueba de hechos constituyentes de crímenes internacionales y de graves violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, y de preparar la documentación necesaria para un enjuiciamiento penal, utilizando la información recabada por la Misión de Investigación. La prueba recolectada por este Mecanismo le otorga a la Corte una alternativa, ya que este órgano trabaja

¹³⁰ Cabe señalar que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha abierto una investigación relativa a la situación en Bangladesh/Myanmar y otra relativa a la situación de Palestina. Véase <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar> y <https://www.icc-cpi.int/palestine>, respectivamente (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025). Si bien a la fecha de cierre de este trabajo las órdenes de arresto (públicas) dictadas en el marco de las situaciones no incluyen cargos vinculados a la comisión de genocidio, no puede descartarse que en un futuro existan casos individuales en los que se discuta la comisión de este crimen.

¹³¹ Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párr. 5.

¹³² Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párr. 6.

sobre la base del estándar de “más allá de toda duda razonable” o prueba de la íntima convicción requerido en los casos penales. De hecho, en su informe de 2019, el Mecanismo observó que la experiencia daba cuenta de que la prueba recolectada por investigaciones de órganos de derechos humanos, si bien puede ser útil, no alcanza para probar todos los elementos de los cargos sobre la base del estándar probatorio de un juicio penal, en particular, en lo que respecta a los autores indirectos, quienes ordenaron, planificaron, instigaron o financiaron un crimen, o en lo que respecta a la responsabilidad de los superiores.¹³³ Asimismo, agregó que, cuando las condenas dependen de inferencia de evidencia circunstancial, deben ser las únicas inferencias posibles. No alcanza con probar que se ha cometido un crimen, sino que, además, deben establecerse todos los elementos relacionados con el modo de responsabilidad y el elemento subjetivo de la persona acusada, así como los elementos materiales del crimen.¹³⁴ Resta ver si la Corte tendrá en cuenta esta prueba en su sentencia y cómo la valorará.

En un sentido similar a Gambia, Sudáfrica y Nicaragua hicieron mención en su presentación de documentos publicados por órganos de las Naciones Unidas, como la Asamblea General, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios o el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos, entre otros.¹³⁵ Sin embargo, cabe observar que ninguno de estos documentos fue desarrollado con una metodología de investigación similar al de la Misión Internacional Independiente de Investigación o del Mecanismo Independiente de Investigación de Myanmar que, si bien sobre la base de diferentes umbrales probatorios, presentan un análisis sistemático de la prueba recolectada.

Por lo tanto, los casos pendientes ofrecerán una oportunidad para que la Corte revise la metodología utilizada en las sentencias de 2007 y 2015 e incluya como evidencia de sus

¹³³ INDEPENDENT INVESTIGATIVE MECHANISM FOR MYANMAR, *First Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 7 de agosto de 2019, A/HRC/42/66, párr. 15.

¹³⁴ *Idem*, párr. 46. En su tercer informe, el Mecanismo manifestó que se encontraba cooperando de manera cercana con la Corte Internacional de Justicia y con la Corte Penal Internacional. Cf. INDEPENDENT INVESTIGATIVE MECHANISM FOR MYANMAR, *Third Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 5 de julio de 2021, A/HRC/48/1, párr. 26.

¹³⁵ Cf. Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit. párrs. 20, 54, 58, 64, *inter alia*, y cf. Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, cit., párrs. 35, 36, 49, 51, *inter alia*. En el caso de Nicaragua, incluso citó la orden de medidas provisionales dictada por la Corte a solicitud de Sudáfrica (véase, por ejemplo, párrs. 35, 39).

afirmaciones documentos emanados de órganos no jurisdiccionales cuyas conclusiones no están basadas en el umbral probatorio de más allá de toda duda razonable.

V. A modo de conclusión: Nuevas herramientas para una jurisdicción tradicional

Los casos pendientes de resolución ante la Corte Internacional de Justicia son parte de una tendencia creciente de litigación internacional de interés público que da cuenta de un uso innovador de esta jurisdicción tradicional y que tendrá un efecto transformador sobre su funcionamiento. El desarrollo del concepto “des-bilateralizado” de la responsabilidad internacional del Estado por el cual se abandona la legitimación exclusiva del Estado lesionado para reclamar jurisdiccionalmente en favor de una legitimación amplia en los casos que se invocan violaciones de obligaciones *erga omnes* plantea nuevos retos para la Corte Internacional de Justicia. Al implicar el análisis de la alegada comisión de un crimen internacional, los casos de la Convención contra el Genocidio¹³⁶ le exigen a la Corte salir de las controversias inter-estatales clásicas e ingresar en un terreno en el que, además de cuestiones jurídicas, deben discutirse cuestiones fácticas vinculadas con la comisión de crímenes internacionales.

La determinación de la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio requiere un diálogo inter-jurisdiccional con otros tribunales, en particular, con los tribunales penales internacionales, puesto que dicha responsabilidad se vincula con ciertos elementos propios de la responsabilidad individual derivada del crimen de genocidio, tal como surge del presente trabajo. Ello, a su vez, requiere que la Corte aplique conceptos relacionados con el derecho internacional penal y deba, por lo tanto, revisar su metodología tradicional, en particular, aquella referida a la prueba de las alegaciones de las partes. La gravedad de las situaciones traídas a conocimiento de esta jurisdicción le exigen la adopción de un rol que le permita afrontar los nuevos desafíos. Resta por ver cuál será el camino que tome la Corte.

¹³⁶ Lo mismo puede sostenerse respecto de los casos vinculados con la Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes y el derecho internacional consuetudinario). Al respecto, véase CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Bélgica vs. Senegal”, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, 20 de julio de 2012, I.C.J. Reports 2012, p. 422. Asimismo, se encuentra pendiente de resolución el caso incoado por Canadá y Países Bajos contra la República Árabe Siria, *Joint Application Instituting Proceedings Concerning a Dispute under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20230608-APP-01-00-EN.pdf> (enlace verificado el día 10 de marzo de 2025).

VI. Bibliografía

1. Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, p. 15.

Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 (Italia vs. Francia. Reino Unido y Estados Unidos de América), Excepciones Preliminares, sentencia de 15 de junio de 1954, *I.C.J. Reports 1954*, p. 19.

South West Africa Cases (second phase), (Etiopía vs. Sudáfrica y Liberia vs. Sudáfrica), sentencia de 18 de julio de 1966, *I.C.J. Reports 1966*, p. 6

Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (new application: 1962) (Bélgica vs. España) Second Phase, sentencia de 5 de febrero de 1970 *I.C.J. Reports 1970*, p. 3.

Case concerning certain phosphate lands in Nauru (Nauru vs. Australia), Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de junio de 1992, *I.C.J. Reports 1992*, p. 240.

Case concening East Timor (Australia vs. Portugal), sentencia de 30 de junio de 1995, *I.C.J. Reports 1995*, p. 90.

Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), sentencia de 26 de febrero de 2007. *I.C.J. Reports 2007*, p. 43.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Bélgica vs. Senegal), sentencia de 20 de julio de 2012, *I.C.J. Reports 2012*, p. 422.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croacia vs. Serbia y Montenegro), sentencia de 3 de febrero de 2015, *I.C.J. Reports 2015*, p. 3.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia vs. Myanmar), Excepciones preliminares, decisión de 22 de julio de 2022.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in The Gaza Strip (Sudáfrica vs. Israel), Medidas provisionales, orden de 26 de enero de 2024.

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ucrania vs. Federación Rusa), Excepciones preliminares, decisión de 2 de febrero de 2024.

Alleged breaches of certain international obligations in respect of the occupied Palestinian territory (Nicaragua v. Alemania), orden de 30 de abril de 2024.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Goran Jelusic”, *Judgment*, 5 de julio de 2001, IT-95-10A.

Sala de Juicio, “Fiscal vs. Radislav Krstic”, *Judgment*, 2 de agosto de 2001, No IT-98-33-T.

Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Radislav Krstic”, *Judgment*, 19 de abril de 2004, No IT-98-33-A.

Sala de Apelaciones, “Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic”, *Judgment*, 9 de mayo de 2007, IT-02-60-A.

2. Informes de órganos de investigación

INDEPENDENT INVESTIGATIVE MECHANISM FOR MYANMAR, *Third Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 5 de julio de 2021, A/HRC/48/1

INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON MYANMAR, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, 17 de septiembre de 2018, A/HRC/39/CRP.2.

INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON MYANMAR, *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, 16 de septiembre de 2019, A/HRC/42/CRP.5.

3. Otros documentos internacionales

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Res. AG 96 (I), 11 de diciembre de 1946.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Res. A/56/83, 12 de diciembre de 2001.

Canadá y Países Bajos, *Joint Application Instituting Proceedings Concerning a Dispute under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20230608-APP-01-00-EN.pdf>

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission (2001, Vol. II(2))*.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, transcripción de la audiencia oral del 11 de enero de 2024, pp. 30, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240111-ora-01-00-bi.pdf>

Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf>

Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio (“Informe Whitaker”). Res. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985.

Myanmar, *Preliminary Objections of the Republic of the Union of Myanmar*, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20210120-WRI-01-00-EN.pdf>

Nicaragua, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/193/193-20240301-app-01-00-en.pdf>

SEXTO COMITÉ DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, UN Doc. A/C.6/SR.67, 4 de octubre de 1948 (Trabajos Preparatorios de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio).

SEXTO COMITÉ DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, UN Doc. A/C.6/SR.68, 6 de octubre de 1948 (Trabajos Preparatorios de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio).

SEXTO COMITÉ DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, UN Doc. A/C.6/236 & Corr. 1, 16 de octubre de 1948 (Trabajos Preparatorios de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio).

Sudáfrica, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf>

4. Doctrina

AMBOS, Kai, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 876, 2009, pp. 833-858.

ARNOLD, Roberta, “The *mens rea* of genocide under the Statute of the International Criminal Court”, en *Criminal Law Forum*, vol. 14, n.º 2, 2003, pp. 127-151.

BONAFÈ, Beatrice I., *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

CASSESE, Antonio, “On the use of criminal notions in determining State responsibility for genocide”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 4, 2007, pp. 875-887.

CASSESE, Antonio / GAETA, Paola, *Cassese’s International Criminal Law*, 3.ª ed., Oxford, University Press, 2013.

CRAWFORD, James, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002.

DIMITRIJEVIC, Vojin / MILANOVIC, Marko, “The strange story of the Bosnian Genocide Case”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 65-94.

FERRO, Luca, “Brothers in Arms: Ancillary State responsibility and individual criminal responsibility for arms transfers to international criminals”, en *The Military Law and the Law of War Review*, vol. 54, 2016, pp. 139-192.

FLETCHER, Laurel, “A wolf in sheep’s clothing? Transitional justice and the effacement of State accountability for international crimes”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 39, 2016, pp. 447-531.

GATTINI, Andrea, “Breach of the Obligation to Prevent and Reparation thereof in the ICJ’s Genocide Judgment”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, pp. 695-713.

GIL GIL, Alicia, “El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual”, en OLÁSOLO, H. / EIRENE DE PRADA, P. (coords.), *La evolución de la definición y aplicación del delito de genocidio. La contribución Iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Volumen 9*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 453-496.

GREENWALT, Alexander K.A., “Rethinking Genocidal Intent: The case for a knowledge-based interpretation”, en *Columbia Law Review*, vol. 99, 1999, pp. 2259-2294.

GROOME, Dermot, “Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice capable of judging State criminal responsibility?”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n.º 4, 2007, pp. 911-989.

HAMILTON, Rebecca J., “State-Enabled Crimes”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 41, 2016, pp. 301- 346.

JACKSON, Miles, *Complicity in International Law*, Oxford, University Press, 2015.

JESSBERGER, Florian, “The definition and the elements of the crime of genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 87-111.

JØRGENSEN, Nina H.B, “Complicity in genocide and the duality of responsibility”, en SWART, B. / ZAHAR, A. / SLUITER, G. (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, University Press, 2011, pp. 247- 274.

KELSEN, Hans, “Collective and Individual Responsibility in International Law with particular regard to the punishment of war criminals”, en *California Law Review*, vol. 31, n.º 5, 1943, pp. 530-571.

KLINKNER, Melanie, “Proving Genocide: Forensic Expertise at the ICTY”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, pp. 447-466.

KRESS, Claus, “The ICC’s first encounter with the crime of genocide: The case against Al Bashir”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, University Press, 2015, pp. 669-704.

LEMKIN, Raphael, *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009 [1944].

LOEWENSTEIN, Andrew B. / KOSTAS, Stephen A., “Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide. The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ’s Judgment in the Genocide Case”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 839- 857.

LONGOBARDO, Marco, “Alleged Violations of the Duty to Ensure Respect for IHL and the Monetary gold Principle”, en *EJIL: Talk!*, 2024. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/alleged-violations-of-the-duty-to-ensure-respect-for-ihl-and-the-monetary-gold-principle/> [enlace verificado el día 10 de diciembre de 2024]

LUTERSTEIN, Natalia M., “‘Gambia vs. Myanmar’ y la dualidad de responsabilidad internacional en materia de genocidio”, en TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. / ESPÓSITO, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos. III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, La Ley, 2022, pp. 155-178.

MAY, Larry, *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.

METTRAUX, Gunal, *International Crimes: Law and Practice: Volume I: Genocide*, Oxford, University Press, 2019.

MILANOVIC, Marko, “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 669-694.

OHLIN, Jens D., “Incitement and conspiracy to commit genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford, University Press, 2009, pp. 207-227.

OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

PALCHETTI, Paolo, “State responsibility for complicity in genocide”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 381- 393.

PINTO, Mónica, “El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2012, pp. 3-21.

SCHABAS, William, *Genocide in International Law*, 2.ª ed., Cambridge, University Press, 2009.

SEIBERT-FOHR, Anja, “State responsibility for Genocide under the Genocide Convention”, en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 349- 373.

SIVAKUMARAN, Sandesh, “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, 2007, pp. 695- 708.

TRIFFTERER, Otto, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n.º 2, 2001, pp. 399-408.

VENTURA, Manuel, “Aiding and abetting”, en DE HEMPTINNE, J./ROTH, R./VANS SLIEDREGT, E. (eds.), *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019, pp. 173- 256.

VEST, Hans, “A Structure-based Concept of Genocidal Intent”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 781- 797.

WENTKER, Alexander / STENDEL, Robert, “Conspicuously Absent: The indispensable Third Party Principle at the ICJ in Nicaragua v. Germany”, en *VerfBlog*, 2024. Disponible en <https://verfassungsblog.de/conspicuously-absent/> [enlace verificado el 10 de diciembre de 2024].

ESTAFA POR OMISIÓN.

RELACIÓN ENTRE ENGAÑO Y POSICIÓN DE GARANTE, ESPECIALMENTE EN LOS CASOS DE INJERENCIA

José Milton PERALTA*

Fecha de recepción: 23 de abril de 2024

Fecha de aprobación: 12 de agosto de 2024

Resumen

La estafa por omisión supone que alguien que tiene el deber de informar algo relevante para la disposición patrimonial de otro, no lo hace. Hasta ahí llegan los acuerdos. Lo que no está claro es si esta clase de estafa se agota en un mero no informar, esto es, en algo que es compatible con la ausencia de comunicación entre autor y víctima. O si es necesario que el autor, cuando no informa, con su silencio, dé a entender algo, que transmita cierta clase de información, lo que, en cambio, requiere comunicación. Para quienes defienden la primera posición, la ilicitud de la estafa se basa en la violación de un deber de informar fundado en una posición de garante. Para quienes sostiene la segunda, en cambio, la estafa se basa en la violación del deber de mentir y, por ello, se exige que, con su silencio, el autor “diga” algo (falso). La exigencia de comunicación se derivaría de que la estafa es un delito de medios determinados que requiere engaño. En el siguiente artículo defenderé esta segunda postura. Su corrección no se sigue, como podría pensarse a primera vista, del hecho de que (en apariencia) sea la más compatible con cierto texto legal, sino del fundamento mismo de este ilícito. Una vez que se entiende que, para poder hablar de estafa, el silencio debe comunicar, el desafío será determinar cuándo es que este puede tener tal carácter. Según el punto de vista aquí defendido, y aunque resulte un tanto paradójico, para que el silencio tenga esa propiedad, se requiere de una posición de garante. Sin embargo, no puede tratarse de una posición de garante cualquiera, sino de una que se base en la asunción del deber de informar. Solo

* UNC - CONICET. El presente artículo constituye una traducción, con algunas modificaciones a partir del procedimiento de referato *peer review*, del artículo con el mismo título (*Betrug durch Unterlassen*) publicado en Alemania, en la revista *GA*, n.º 1/2004, pp. 33-46.

si se ha generado la expectativa de informar sobre determinado estado de cosas, el silencio puede tener algún significado. En consecuencia, de modo contrario a lo que vienen sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia alemanas de modo constante, queda excluida la injerencia como posible fuente de la posición de garante en la estafa: la injerencia, de por sí, es compatible con la falta de comunicación. Esto, como veremos, no es solo relevante por razones teóricas, sino también prácticas.

Palabras clave: estafa – omisiones – posiciones de garante – derecho penal alemán – delitos contra el patrimonio

Title: Fraud by omission. Relationship between deception and special duties, especially in cases of interference with the affairs of others.

Abstract

Fraud by omission involves someone who has a duty to disclose property-relevant information, but fails to do so. That much is clear. What is unclear is whether this type of fraud is limited to a mere failure to disclose, i.e., something that is compatible with the absence of communication between the perpetrator and the victim, or whether it is necessary for the perpetrator, in failing to disclose, to imply by his silence some kind of information that requires communication. For those who defend the first position, the wrongfulness of the fraud is based on the violation of a duty to inform, based on a special duty to protect another's property. For those who hold the second position, fraud is based on the violation of a duty to lie, and therefore it is required that the perpetrator, by remaining silent, "says" something (false). The communication requirement would follow from the fact that fraud is a crime that requires deception. In the following article I will defend this second position. Its correctness does not follow, as one might think at first glance, from the fact that it is (apparently) most compatible with a certain legal text, but from the very basis of this offense. Once it is understood that in order to speak of fraud, silence must communicate something, the challenge is to determine when silence can be understood as communication. In the view defended here, and although it may seem somewhat paradoxical, in order for silence to have this quality, a duty to protect is required. However, this cannot be just any special duty, but one based on the assumption of a duty to inform the other person. Only if there is an expectation that information will be provided about a certain state of affairs can silence have any meaning. Consequently, contrary to what German doctrine and case law have consistently held, interference in another's affairs is excluded as a possible source of this special

duty in cases of fraud: interference in itself is compatible with a lack of communication. As we shall see, this is relevant not only for theoretical but also for practical reasons.

Keyboards: fraud – omissions – special duties – German criminal law – offenses against property

Sumario: I. Presentación del problema; II. Posición convencional; III. La estafa como un delito de medios determinados: la centralidad del engaño; IV. El derecho positivo; V. El fundamento de la ilicitud de la estafa; VI. Toma de posición: asunción, generación del riesgo y el significado del silencio; VII. Injerencia, asunción y delito anterior; VIII. Conclusión; IX. Bibliografía.

I. Presentación del problema

El siguiente artículo examina los requisitos de la estafa por omisión.¹ La estafa por omisión, se caracteriza, sin dudas, porque alguien omite transmitirle a otro información relevante para la realización de una disposición patrimonial. Es seguro, entonces, que algo no se dice, a diferencia de lo que ocurre en la estafa activa. No obstante, no hay acuerdo sobre los requisitos concretos que debe tener esa omisión. Formulado a modo de pregunta: ¿Es necesario y suficiente para que se cometa este delito que el autor *no* transmita información que tiene el deber de transmitir debido a su posición de garante (donde esta clase de estafa sería compatible con la ausencia de comunicación entre autor y víctima)? ¿O es necesario y suficiente que el delincuente, al no informar, es decir, al callar, dé a entender algo falso sobre cierto estado de cosas, y que sea eso, su silencio, lo que genere el error en su víctima (lo cual requiere de comunicación entre autor y víctima, y donde la existencia de una posición de garante podría ser prescindible)?

Esta cuestión reviste especial importancia práctica en los supuestos de injerencia. Existiría injerencia en la estafa cuando una persona, en un primer momento, genera de modo responsable, pero sin dolo, una falsa representación en la víctima y luego, en un segundo momento, ahora sí dolosamente, omite informarle a esta de esa situación para evitar una disposición patrimonial perjudicial. Esta falsa representación de la víctima puede generarse, por cierto, simplemente modificando un estado de cosas sin que ella se entere, de modo tal que crea que las cosas siguen

¹ Lo que presupone que es posible cometer una estafa por omisión. En contra NAUCKE, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, 1964, p. 183 ss.

igual cuando ya no es así y con base en ese error (no corregido por el autor) decida disponer de su patrimonio de modo perjudicial. De hecho, el Tribunal Supremo Alemán (en adelante, BGH), en un fallo relativamente reciente, afirmó que había existido estafa por omisión por injerencia en un caso de este tipo, donde no había habido ninguna forma de comunicación entre autor y víctima (para más detalles, véase *infra* II).² En casos de este tipo, las alternativas recién mencionadas no representan solo distintas formas de reconstruir el mismo fenómeno, sino que son decisivas para determinar si un comportamiento es típico o no. En efecto, en este caso habría estafa por omisión según la primera posición, mas no de acuerdo con la segunda.

Para aclarar esta cuestión, expondré, en primer lugar, la visión tradicional, que basa la estafa por omisión en la existencia de una posición de garante y en la falta de transmisión de información (II). A renglón seguido, presentaré con más detalle la visión alternativa, que considera que un acto de comunicación es un aspecto central de la estafa por omisión (III). A continuación, examinaré si el Derecho positivo puede ofrecer una respuesta. El resultado será negativo (IV). Luego, intentaré dilucidar la base material de ambos puntos de vista y luego argumentaré a favor del que exige comunicación para poder hablar de estafa. Defenderé que solo así puede captar realmente la especificidad de este delito (V). Por último, indagaré sobre la relación entre los conceptos posición de garante y estafa por omisión, y cómo esta relación opera en los casos de injerencia. El resultado será que la injerencia, como tal, no alcanza para hablar de la estafa por omisión (VI).

II. Posición convencional

Según la posición convencional, para que se configure el delito de estafa por omisión es necesario que el autor tenga, como en cualquier delito que se pueda cometer en comisión por omisión, posición de garante. Esta posición de garante debe consistir en el deber de informar acerca de hechos relevantes para que el titular de un patrimonio pueda tomar libremente decisiones al respecto.³

² BGH del 8/3/2017 – 1 StR 466/16, NJW 2017, 2052 con comentario de *Brand*.

³ No se trata de una responsabilidad directa sobre el patrimonio de la víctima, sino de una responsabilidad por la información que la persona debe tener para poder disponer de aquel con libertad. En este sentido, la doctrina distingue entre tres resultados en el delito de estafa: el resultado *final*, consumativo del delito, consistente en el perjuicio patrimonial; y dos resultados *intermedios*, haber generado un error y haber generado una disposición patrimonial.

Entre las fuentes de posición de garante que menciona la doctrina estándar están el contrato y la ley. Asimismo, se agrega la posición de garante fundada en el principio de buena fe. Como se verá, esta fuente, que tiene una base más material que las anteriores, en gran medida sirve para “desformaliza” y, en ese sentido, se acomoda mejor con la teoría funcional de las fuentes de posición de garante. Además de estas tres fuentes, también se reconoce la injerencia. Voy a ofrecer ejemplos sencillos de cada caso.

a) El contrato: Existe este deber de informar en los contratos que tienen un componente de asesoramiento. Por ejemplo, los que están vinculados a inversiones financieras, que de por sí son complejas para quien no se desempeña en el rubro. Allí, la parte con mayores conocimientos, por ejemplo, un banco, tiene el deber de informar a la otra sobre las especificidades de este contrato. Si la falta de información brindada por la parte que debe asesorar conduce a que la otra lleve a cabo una disposición patrimonial perjudicial, se podrá hablar de estafa por omisión. Por ejemplo: No se le informa al inversor que la prima a pagar es excesivamente alta, por lo que la operación es, en realidad, financieramente insensata.⁴

Los contratos de larga duración también pueden incluir una obligación mutua de información. El incumplimiento de esta obligación constituye estafa si, por ejemplo, en el caso de un contrato que prevea la entrega periódica de bienes, la parte receptora se vuelve insolvente pero sigue aceptando la contraprestación sin informar a la otra parte de su insolvencia.⁵

b) La ley: algunas prestaciones que da el Estado pueden generar una obligación de información por parte de quien las recibe. Esto ocurre cuando la prestación se funda en un determinado estado de cosas, que, si se modifica, hace caer la necesidad de su otorgamiento. Por ejemplo, si el beneficiario de un salario por desempleo consigue trabajo, está obligado, en virtud de la ley, a informar al estado de la situación, para que cese la asistencia.⁶ Si no lo hace, existe estafa por omisión.⁷

⁴ Cfr. OLG Bamberg del 8.3.2012 – 3 Ws 4/12; TIEDEMANN, en *LK*, 13.^a ed., 2011, § 263 StGB nm. 62.

⁵ Esta obligación está prevista en la normativa civil (§ 666 BGB), por ello algunos autores la entienden como una obligación legal. TIEDEMANN, en *LK*, § 263 StGB nm. 59.

⁶ TIEDEMANN, en *LK*, § 263 StGB nm. 56.

⁷ Algunos autores entienden que solo puede haber posición de garante de este tipo si, además, se trata de relaciones de larga duración (como la de los ejemplos dados) que justifiquen la confianza del estado en la información debida (más allá de

c) Buena fe: el principio de buena fe comienza a operar cuando ni la ley ni el contrato expresamente establecen entre las partes una obligación de información, pero esta surge de la clase de interacción en juego.⁸ Según este principio, las partes deben brindarse entre sí información relevante si una realmente depende de la otra para obtenerla.⁹ Un ejemplo de jurisprudencia: el arrendador le pide al inquilino que desaloje el piso por necesidades personales. Si entre la solicitud de desalojo y el desalojo efectivo la necesidad deja de existir, el arrendador está obligado a informar de ello al inquilino para que éste ya no tenga que abandonar el inmueble, con independencia de que ello esté previsto en el contrato.¹⁰

Sin embargo, el principio de buena fe no solo sirve para justificar la existencia de una obligación de información, sino también para excluirla, aunque exista una cláusula formal que la prevea. Esto depende, en última instancia, de si la parte que debe ser informada necesita realmente de la otra para ello. Solo en tales casos la omisión de información podría ser penalmente relevante.¹¹

Por ello, podría afirmarse, prácticamente, que el punto decisivo para determinar si existe o no posición de garante es el principio de buena fe, y que las previsiones legales o contractuales no constituyen más que meros indicios o puntos de refuerzo, pero que no son una fuente autónoma.¹²

d) Injerencia: Un caso usual de injerencia se configura cuando una de las partes de un contrato aporta información falsa, cuyo carácter o bien desconoce (obra bajo error) o bien conoce, pero pretende modificar en el futuro, al cambiar el estado de cosas, y volverla así verdadera (obra sin

que esta sea debida de todas maneras). Cf. TIEDEMAN en *LK*, § 263 StGB nm. 56. Como ocurre en el caso anterior, aquí también, para que la obligación legal comience a funcionar es necesaria una decisión previa del beneficiario de solicitar la prestación.

⁸ HEFENDEHL, *MünchKomm/StGB*, § 263 StGB nm. 252 y s.

⁹ LACKNER, en *LK*, 10.ª ed. 1988, § 263 StGB nm. 65; RENGIER, *JuS* 1989, 805; FRISCH, en *FS-Herzberg*, 2008, p. 749 ss. Similar, JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed. 1991, § 29 nm. 80. HEFENDEHL habla de una “posición de dominio”. Cfr. HEFENDEHL en *MünchKomm/StGB*, § 263 StGB nm. 258.

¹⁰ RENGIER, *JuS* 1989, 805.

¹¹ SALIGER en *Matt/Renzikowski*, 2.ª ed. 2020, § 263 StGB nm. 67; BGH del 25/7/2000 – 1 StR 162/00, NJW 2000, 3013.

¹² El principio de buena fe también se usa para interpretar reglas contractuales y legales e, incluso, para darle sentido el comportamiento de una persona en los casos de engaño concluyente. LACKNER, en *LK*, § 263 StGB nm. 65.

intención de dañar).¹³ En el primer caso, el sujeto afirma, sin dolo, que cierta mercadería tiene determinadas propiedades que no se corresponden con la realidad. Este mismo sujeto, luego, antes de que el destinatario realice la disposición patrimonial, a pesar de reconocer que esa información era falsa, omite aclararlo. En el segundo caso, el sujeto afirma haber realizado una actividad que aún no ha cumplido (p. ej. haber editado un libro), pero que pretende llevar adelante antes de que se produzca la disposición patrimonial. Luego, cuando ya no puede o no quiere llevarla adelante, omite informarle de ello a su destinatario y permite que este realice la disposición patrimonial perjudicial para su patrimonio.¹⁴

Sin embargo, como dije, también se ha aceptado responsabilidad por injerencia cuando el comportamiento inicial no tenía carácter engañoso. El caso mencionado al principio de este artículo, resuelto por el BGH, tiene estas características. En él, los directivos de una sociedad captaron inversores alegando que esta se dedicaría a ciertos fines. Los aportes de los inversores se pagarían en cuotas. Cuando ya se habían realizado algunos de estos, pero quedaban otros pendientes, los directivos, junto con algunos socios, que obraron como partícipes, cometieron hechos de administración desleal en contra de la empresa. Como consecuencia de estos actos, la empresa ya no podía satisfacer los fines prometidos. Por lo tanto, los inversores realizaron los aportes restantes en la creencia errónea de que servirían para cierto fin, cuando eso ya no era así. El tribunal condenó a los directivos de la empresa por estafa por omisión basada en la buena fe y en el contrato. Estos tenían la obligación de informar de la situación a los aportantes, con base en la relación que los vinculaba. A los demás socios, sin embargo, les atribuyó estafa por omisión basada en la injerencia. Estos últimos no tenían ninguna vinculación —ni contractual ni de otro tipo— con los “estafados”, por lo que su obligación de informar solo podía basarse en haber cambiado ocultamente el estado de cosas inicial y haber generado así una falsa creencia en las víctimas.¹⁵ Dado que ese cambio de circunstancias había sido provocado mediante un comportamiento ilícito, el BGH afirmó que existía una posición de garante por injerencia. Los autores, en consecuencia, eran responsables de estafa por omisión al no haberle informado a las víctimas del cambio de circunstancias.

¹³ MAAB, *Betrug verübt durch Schweigen*, 1982, S. 40; LACKNER, en *LK*, § 263 StGB nm. 70; HEFENDEHL en *MünchKomm/StGB*, § 263 StGB nm. 254; SALIGER en *Matt/Renzikowski*, § 263 StGB nm. 82.

¹⁴ Para el fallo correspondiente, OLG Stuttgart del 30/4/1969 – 1 Ss 166/69, NJW 1969, 1975.

¹⁵ Cfr. n. 2.

Si la ilicitud de la estafa consistiera en un mero no informar, la decisión del BGH sería correcta, pues sin duda quienes cometieron el delito de administración desleal tenían el deber de actualizar el conocimiento de los inversores. Sin embargo, desde la doctrina se criticó esta decisión: se dijo que el caso no podía entenderse como una estafa porque el primer comportamiento (es decir, la comisión de los hechos de administración desleal) no tuvo un carácter engañoso.¹⁶ El BGH habría pasado por alto el hecho de que el delito de estafa no castiga cualquier creación de una representación errónea, sino solo aquella generada mediante engaño. Este fallo representa así un caso clave para evaluar en dónde radica exactamente la ilicitud de la estafa, si en la mera existencia de la posición de garante (que aquí no se niega) o en la generación de un engaño (aquí ausente), y se vuelve, “aun cuando languidezca en la periferia estadística”¹⁷ un supuesto central para entender la ilicitud de la estafa.

Sin embargo, no está claro por qué estas objeciones solo se han referido al grupo de casos (d), y no a los (a), (b) y (c). En estos tres primeros grupos de casos, tal como se esbozó más arriba, el tipo penal también parece satisfacerse simplemente por no informar. Por lo tanto, si la crítica fuera correcta, debería extenderse también a estos otros supuestos. Sea como fuere, merece la pena abordar esta objeción.

III. La estafa como un delito de medios determinados: la centralidad del engaño

Los defensores de esta última posición advierten que en la estafa no basta con que el autor genere una falsa representación en la víctima, sino que se debe causar *a través de un medio determinado*, es decir, el engaño. Otras formas de provocar en alguien un error, que no tengan estas características, no pueden ser consideradas estafa.¹⁸

El requisito del engaño presupone que entre el autor y la víctima tenga lugar un proceso de comunicación a través del cual el autor puede crear en esta una falsa representación.¹⁹ Para poder

¹⁶ SCHWERDTFEGGER, NZG 2017, 779, 800; BRAND, NJW 2017, 2056.

¹⁷ GARDNER, *Ofensas y defensas*, 2012, p. 29. Este autor realiza un análisis similar para evaluar la ilicitud del delito de violación, solo que para ello debió recurrir a un caso imaginado.

¹⁸ Así, HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 70; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 90; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed. 1991, 28/80; JAKOBS, *Urkundenfälschung*, 1999, p. 18; KLAWITTER, *Die Grenzen des Betruges durch Unterlassen*, 1993, p. 84.

¹⁹ HERZBERG (n. 17), p. 72; MAAß, (n. 13), p. 23.

hablar de estafa por omisión es necesario, por tanto, que la omisión implique una forma de transmisión de información. Dado que la omisión en la estafa se expresa a través del silencio, este debe tener poder comunicativo.²⁰

Herzberg afirma que el silencio puede comunicar, al menos si nos hemos puesto de acuerdo sobre su significado.²¹ Por ejemplo, cuando A y B establecen en un contrato que A enviará mercadería a B en la medida en que B tenga capacidad y voluntad de pago, pero que en lugar de que eso sea indagado cada vez que se envíe mercadería, será B quien tenga el deber de avisar si no están dadas esas condiciones. En ese caso, el silencio de B implica afirmar que él tiene capacidad y voluntad de pago.²² De esta manera, el silencio es una forma de emitir comunicación tal como se hace mediante las palabras. Da lo mismo que las personas hayan acordado que se comunique por medio del silencio o con un mensaje positivo (*v. gr.* con la afirmación “aún tengo capacidad de pago”). En todos los casos se está diciendo algo.

Aquí varios autores sostienen que hay una estafa por omisión sin que sea necesario e incluso posible hablar de posición de garante. Se afirma que se ha engañado a otro violando, lisa y llanamente, el deber negativo de no mentir.²³ De todos modos, quienes defienden esta posición también entienden que, a veces, puede ser la propia posición de garante la que le otorgue significado al silencio. Por ejemplo, cuando la ley o el contrato nos obligan a informar si se da cierto estado de cosas, allí lo central para hablar de estafa no es la mera omisión de informar, sino el hecho de que el silencio tiene también un significado específico. Al no informarse positivamente que cierta situación ha cambiado, entonces se está comunicando que todo sigue igual. En este sentido, los casos a), b) y c), mencionados arriba podrían ser castigados como omisión sin dificultades, también según esta postura.²⁴

Por lo tanto, un mero cambio de circunstancias no es suficiente para hablar de estafa por omisión por inferencia. Incluso aunque los autores, como en el caso del BGH antes mencionado,

²⁰ HERZBERG (n. 17), p. 74; KARGL, *ZStW* 119 (2007), 286; STRENG, *ZStW* 122 (2010), p. 19 ss.

²¹ HERZBERG (n. 17), p. 81.

²² KARGL, *ZStW* 119 (2007), 266.

²³ FRISCH, en *FS Herzberg*, pp. 745 y 748 s., STRENG, *ZStW* 122 (2010), p. 18. En este sentido, el silencio entra, para Streng, dentro de la categoría más genérica de la “responsabilidad por no hacer”. Como no retirarse del domicilio cuando se le exige o no declarar cuando se es citado como testigo (4 ss.).

²⁴ HERZBERG (n. 17), p. 78 s.; FRISCH, en *FS Herzberg*, p. 749.

creen una representación falsa en quienes llevan a cabo la disposición patrimonial, el caso no puede entenderse como estafa solo por eso. El comportamiento inicial no tenía ningún carácter comunicativo y el silencio que le siguió, tampoco, porque no había ninguna expectativa de recibir información.

Si es que existía alguna expectativa de información, era solo con respecto a los directivos de la empresa y este se fundaba en otro deber: el derivado del contrato y la buena fe y era *independiente de una participación en las estafas*. Así, aunque ellos solo se hubieran enterado de un cambio de circunstancias generados por otros, debían informárselo a sus contrapartes.

Así pues, mientras que, según la opinión convencional puede decirse que en ese caso hubo estafa por omisión fundado en la injerencia (porque ciertamente existe un deber de informar), no se puede decir lo mismo según la opinión alternativa. La cuestión ahora es determinar cuál de ellas lleva razón.

IV. El derecho positivo

Si hacemos dogmática, la respuesta a esta pregunta debe buscarse, en primer lugar, en el derecho positivo. Si la legislación es clara en este aspecto, no hay demasiado espacio para discutir la cuestión desde el punto de vista práctico. Aquí cabe analizar el Código Penal, pues si se trata de dogmática aplicada, esto depende de lo que diga cada ordenamiento en concreto. De todos modos, al menos por curiosidad, también indagaré en lo que dice el Código Penal alemán. Empezaré por este último.

El párrafo 263 del Código Penal alemán define el delito de estafa como "la simulación de hechos falsos o la distorsión o supresión de hechos verdaderos". Cuando se habla de estafa por omisión, hay que concentrarse en este último término. Sin embargo, no es inequívoco y, por ello, ambos puntos de vista son compatibles con el texto legal.²⁵ Se puede argumentar que la información se suprime a) cuando no se informa de que algo ha sucedido, o b) cuando se informa falsamente de que algo no ha sucedido. Por lo tanto, en Alemania, si hay una razón para favorecer

²⁵ Así también SALIGER, en *Matt/Renzikowski*, § 263 StGB nm. 82.

una posición sobre la otra, no es de naturaleza semántica sino normativa. Es decir, una razón que tiene que ver con la ilicitud específica de la estafa.²⁶

En el Código Penal argentino la situación parece más unívoca. Si bien no hay una definición exhaustiva de estafa, el art. 172 habla de “defraudar a otro” por medio de algún “ardid o engaño”. Así, el engaño parece estar requerido ya legalmente. Sin embargo, como veremos enseguida (en especial en V b)), esto de por sí no resuelve el problema, pues hay distintas nociones de engaño y no todas ellas son constitutivas de estafa. Dejo la respuesta sobre este punto, entonces, para más adelante. Por ahora, entraré al fundamento material de la estafa. Veremos que una posición sobre esto, al final, será decisiva.

V. El fundamento de la ilicitud de la estafa

1. Las dos tesis centrales

Al hablar sobre el fundamento de la estafa, se pueden ofrecer dos líneas de argumentación.²⁷ Por un lado, está aquella que relaciona el delito de estafa con “el derecho de la víctima a la verdad”. Su fundamento radicaría en privar a la víctima de esa verdad que le debe llegar por medio de la información (correcta). Y, en principio, no solo brindar información incorrecta, sino ya la mera falta de información vulneraría el derecho a la verdad. Si alguien tiene una falsa representación de la realidad que puede ser corregida por el aporte de información y quien tiene el deber de brindar esa información no lo hace, priva a la víctima de la verdad al permitir que siga con una representación falsa.²⁸

En un sentido similar, aunque sin mencionar el derecho a la verdad, se sostiene que lo característico de la estafa no es el engaño, sino el hecho de quitarle a la víctima su posibilidad de

²⁶ En el mismo sentido KARGL, *ZStW* 119 (2007), 254.

²⁷ Así, KARGL, *ZStW* 119 (2007), 252, 269 ss, 279 ss.; STRENG, *ZStW* (2010), 18: “Al omitente no se le reprocha, que él, con su no hacer, inmediatamente, haya producido una representación falsa en la cabeza de otro, sino que él, violando sus deberes, no haya evitado una falsa representación que ese esté produciendo o no haya aclarado una que ya se haya producido”. Aquí pueden distinguirse nítidamente ambas posiciones.

²⁸ Así también KARGL, *ZStW* 119 (2007), 252. Él argumenta que para aquellas que consideran que se debe resguardar el derecho a la verdad “lo decisivo no sería el valor explicativo del comportamiento, sino la lesión de un ‘derecho a la verdad’ garantizado jurídicamente frente a la víctima”. KINDHÄUSER, en *FS-Tiedemann*, 2008, p. 581, opina que “para la omisión (...) lo relevante es (...) la falta de la transmisión de información”.

orientación en lo que a la administración de su patrimonio respecta.²⁹ Y si bien esto suele ocurrir por medio de actos de comunicación (falsa), también puede lograrse a través de la falta de comunicación, si alguien tiene la obligación de informar. En este caso, se le quita la capacidad de orientación por omisión. De este modo, el engaño resultaría un elemento contingente, una manifestación de una manera de negar la verdad (o la capacidad de orientación), quizás la prototípica, pero esta podría ser negada también por otros medios. Por ejemplo, simplemente no informando, sin necesidad de que exista alguna clase de interacción entre autor y víctima.

Por otro lado, está la línea que fundamenta la particularidad de la estafa en la idea de confianza. Esto parece encajar muy bien con la exigencia de que en la estafa haya comunicación pues en el caso paradigmático de la estafa, es con la transmisión de información con la que se *pretende* obtener confianza. Lo que el autor hace, al afirmar que cierto estado de cosas es verdad, es descargar a la víctima de la necesidad de procurarse por sí misma esa información; le está diciendo que él sabe cómo son las cosas y que se puede guiar por ello.³⁰ Y, así, sería la defraudación de esta confianza lo que caracterizaría a este ilícito.

Según esta segunda posición, solo podría hablarse de estafa por omisión si la omisión también defraudara alguna forma de confianza que el autor haya querido ganarse.³¹ Lo ejemplos del silencio comunicante mencionados en el punto anterior parecen adecuarse a esta segunda posición. La víctima confía en que el autor, de ser necesario, hablará y si, dado el caso, no lo hace, defrauda la confianza depositada en él.

¿Cuál de las dos posiciones es más plausible? La defensa de la segunda postura se basa en la *necesidad* de proteger la confianza en una sociedad de permanente intercambio de bienes y servicios, altamente compleja y predominantemente anónima.³² En este contexto es difícil que las partes *de hecho* confíen unas en la otras, por lo que las normas penales se vuelven necesarias para que se pueda confiar, para tener un *derecho a confiar*.³³ La falta de atención a ese factor tornaría al

²⁹ LACKNER, en *LK*, § 263 StGB nm. 18 s., 69; HILLENKAMP, *JR* 1988, 303.

³⁰ MAAB (n. 13), p. 38 ss.; WITTIG, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs*, 2005, p. 338.

³¹ MAAB (n. 13), p. 32.

³² PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 69 ss.; ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1985, p. 298.

³³ PAWLIK (n. 31), p. 74; FRISCH, en *FS-Jakobs*, 2007, p. 102. No es clara la posición en HEFENDEHL en *MünchKomm/StGB*, § 263 StGB nm. 261 ss. y 288.

comercio en algo sustancialmente menos eficiente o incluso del todo inconveniente, pues nos veríamos permanentemente obligados a revisar si lo que los demás afirman es verdad antes de decidir sobre nuestro patrimonio.³⁴

Pero lo cierto es que, con la primera tesis, la que ve en la estafa una vulneración del derecho a la verdad, también se protege la confianza. Si bien la estafa sería algo más amplio, todos los supuestos de defraudación de confianza quedarían incluidos y, así, protegidos. Incluso hasta podría decirse que como la primera tesis protege *un poco más* el patrimonio de las personas, resulta incluso preferible a la segunda.

Sin embargo, aún queda un escollo que superar antes de dar esta discusión por saldada. Todavía se debe distinguir adecuadamente la estafa de otras formas de afectación al patrimonio de las personas, que también podrían tener que ver con los intereses informativos de la víctima, pero que, a pesar de eso, no podrían entenderse como una forma estafa: estos son los casos que se denominan *ignorantia facti*.

2. Estafa e *ignorantia facti*

Ejemplos usuales de *ignorantia facti* son el del hurto a escondidas y el caso del polizón.³⁵ El caso del hurto a escondidas es el de quien pasa por la caja del supermercado con los productos ocultos de tal modo que el cajero no note que están siendo sustraídos.³⁶ El caso del polizón, el de quien se cuela en un barco y, sin ser detectado, viaja sin haber pagado el boleto.

En estos casos, una persona lleva adelante una acción ilícita en contra de la víctima, que genera en esta una representación falsa, que permite afectar su patrimonio y de la que, además, puede ser liberada por medio de información. Y no hay dudas de que el autor tiene el deber de informar, de “mostrar” lo que está haciendo para que la víctima obre en consecuencia³⁷; *i. e.* que

³⁴ ELLMER (n. 31), p. 273 ss.

³⁵ HERZBERG (n. 17), p. 72. Este autor también ofrece el ejemplo de quien borra un registro. Según él, esta persona tampoco cometería engaño, aunque genere un error. Aunque no queda claro en su argumentación por qué no (p. 74); SCHÜNEMANN (n. 17), p. 90; MAAB, (n. 13), p. 33 s.; KINDHÄUSER, en *FS-Tiedemann*, p. 580 s.

³⁶ RENGIER, *Strafrecht, BT*, t. I, 24.ª ed. 2022, § 13 nm. 96.

³⁷ En el caso del hurto, la conducta se compadece con la de una estafa activa. En el caso del polizón, con una responsabilidad por injerencia. Así SCHÜNEMANN (n. 17), p. 90.

tiene posición de garante por injerencia respecto de la información que le falta a la víctima. Es más, hasta se puede decir, sin forzar el lenguaje, que hay alguna forma de engaño, al crearse en el otro una falsa representación de la realidad. Sin embargo, aunque se den todas estas condiciones, nadie diría que este es un caso de estafa. Si hay aquí un engaño, no se trata del engaño característico de la estafa. En el caso de las cosas muebles, se trata de un delito de hurto; en el otro, de un ilícito de alguna otra índole, pero al que no llamaríamos estafa. Por esta razón, no puede decirse que ni siquiera el Código Penal argentino puede responder a nuestra pregunta inicial por el solo hecho de definir a la estafa como un ardid o engaño. En consecuencia, también en Argentina, para distinguir entre estas clases de ilícitos hay que recurrir a otro tipo de argumentación, una sustantiva, no lingüística. Entonces, ¿por dónde pasa, exactamente, la diferencia entre ambos casos, si, en principio, parecen compartir las mismas propiedades?

La diferencia radica en que, en estos casos, el autor no pretende ganarse la confianza de la víctima, por lo que no procura ninguna clase de interacción con ella.³⁸ De hecho, quiere, justamente, eludir toda contacto para ser exitoso en su empresa. Con su acción subrepticia no *defrauda* a la víctima, sino que viola, en términos de Pawlik, su “ámbito de organización espacial concreta”.³⁹ El autor le impide a la víctima organizar un ámbito físico o espacial de su competencia como mejor prefiera. Se trata, por ende, de *otra clase de ilicitud*, que está captada por otro concepto e, incluso, por otra norma jurídica.

En esta línea, Pawlik distingue entre deberes de información “genuinos” y “no genuinos”.⁴⁰ Aquí es donde la teoría que basa la ilicitud de la estafa en la violación de la confianza adquiere su relevancia para determinar qué casos quedan atrapados dentro del concepto de estafa y cuáles no. *Solo existen “genuinos deberes de información” cuando el autor de hecho comunica algo, y los viola cuando eso que comunica es falso.* La comunicación efectiva, con pretensión de confianza, es lo que genera deberes de información verídica. En los otros casos, si bien hay deberes de información, no son “genuinos”, en el sentido de que, si bien existen, la ilicitud de la conducta radica más bien en otro lado.

³⁸ MAAß (n. 13), p. 35 y 40; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 29/80; KLAWITTER (n. 17), p. 84; KARGL, *ZStW* 119 (2007), p. 256.

³⁹ PAWLIK (n. 31), p. 86 ff.

⁴⁰ PAWLIK (n. 31), p. 85 ff.; 107 ff.

Así las cosas, ahora solo quisiera analizar qué relevancia podría tener, en la estafa por omisión, la idea posición de garante y qué vinculación podría haber entre ella y el concepto de engaño. Algunos autores han dicho que la posición de garante no es necesaria, pues el silencio muchas veces comunica sin más; y ahora hemos visto que no es suficiente, pues aun existiendo posición de garante puede no haber engaño.⁴¹

VI. Toma de posición: asunción, generación del riesgo y el significado del silencio

1. Asunción, confianza y engaño

Ahora intentaré defender la siguiente tesis: solo puede haber estafa por omisión si existe posición de garante, pues solo en esos casos el silencio tiene un significado. Negaré, así, la posición de *Herzberg* según la cual el silencio puede tener un valor jurídico sin que haya una obligación de actuar. Sin embargo, diré que es diferente a la inversa: no en todos los casos en los que existe posición de garante el silencio tiene un significado. Para ello hay que prestar atención a la clase de posición de garante de la que se trata.

Para comenzar, hay que reconsiderar los casos en los que se afirma que el silencio puede comunicar sin que haya posición de garante. Es decir, reevaluar lo que *Herzberg* decía sobre la relevancia de ponerse de acuerdo sobre el significado del silencio. Recordemos que, según él, en esos supuestos, dado que el silencio tiene un significado específico, no es necesario recurrir a la idea de posición de garante para hablar de estafa. Cuando una persona se compromete frente a otra con avisarle si se produce cierto estado de cosas, o que, de lo contrario, guardará silencio, se hace cargo la obligación de velar por el conocimiento de esa otra persona. Como consecuencia, la contraparte puede desentenderse de la necesidad de indagar por sí misma sobre estas cuestiones al

⁴¹ En todo caso, cabe aquí aclarar que muchos autores no oponen la idea de derecho a la verdad con la idea de engaño. Muchos de quienes hablan de ese derecho no pretenden eliminar a la mentira como requisito central de la estafa, de tal modo que el derecho a la verdad no es más que la contracara del derecho a que no se mienta (y no del de ser informado sin más). PAWLIK, (n. 31), p. 66 ss.; JAKOBS, (n. 17), p. 19; WITTIG, (n. 29), p. 334; FRISCH, en *FS-Herzberg*, p. 740. En realidad, cuando estos autores, hablan de derecho a la verdad quieren *agregar requisitos* al hecho de emitir una afirmación falsa para que pueda hablarse de engaño. Así, solo se vulnerará ese derecho de la víctima, si el autor pretende mentir (y no hacer una broma o solo emitir una opinión), pretende mentirle a ella (y no a alguien diferente) y aquello sobre lo que se le miente constituye información que no es de fácil acceso. Los primeros dos requisitos son conceptuales respecto de la idea mentir; el tercero, en cambio, es una restricción fundada en la ausencia de necesidad de intervención penal. No existe derecho a la verdad, si uno puede procurarse la verdad por sí mismo.

momento de actuar. Esa persona, con ese compromiso, genera en la otra parte “un efecto de confianza y de renuncia”⁴² en cuanto a la preocupación por obtener por sí misma esa información. Si el autor no cumple con su deber de informar, genera un riesgo de error sobre la víctima, pues esta tendrá derecho a confiar en su silencio y a concluir de él que todo sigue como estaba.⁴³ Si de ese error se sigue una disposición patrimonial perjudicial, podremos decir que se ha cometido una estafa. De esta manera, si uno se fija bien, lo que hemos hecho aquí es describir una fuente de posición de garante por antonomasia: la asunción. Es la asunción de una persona de velar por el conocimiento de la otra lo que le otorga significado al silencio.⁴⁴ Una cosa no puede escindirse de la otra.

Algo análogo es lo que pasa en *cualquier delito de comisión por omisión mediado por la asunción* (que es casi lo que caracteriza a todos los supuestos de comisión por omisión, al menos para aquellos que buscan una equivalencia estructural entre las acciones y esta clase de omisiones⁴⁵). Por ejemplo, si alguien asume el deber de cuidar a otro, genera la expectativa de que si algo ocurre actuará en consecuencia, descargando a los demás de esa preocupación (al generar, justamente, un efecto de confianza y renuncia). Si luego esa persona no cumple con lo acordado, defrauda esa expectativa con la consiguiente generación de un riesgo para el bien jurídico, que, si luego se realiza en el resultado, implicará la comisión (por omisión) del delito en cuestión.⁴⁶ Por eso se dice que aquí el autor interfiere en la esfera de derechos de terceros (“se arroga su ámbito de organización”) tal como ocurre con cualquier delito de acción (o sea, que se viola el principio del *neminem ledere*), de tal modo que el no hacer significa directamente dañar, matar o lesionar, si el riesgo generado se concreta.⁴⁷ En el caso de la estafa, generar ese riesgo significa mentir y su realización en el resultado, error.⁴⁸

⁴² Sobre los efectos de la asunción en general, SILVA SÁNCHEZ, en *FS-Roxin*, p. 644 ss.

⁴³ FRISCH, en *FS-Herzberg*, 749 s.

⁴⁴ Similar, FRISCH, en *FS-Herzberg*, 758.

⁴⁵ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 236 ss. y p. 342 ss.; SCHÜNEMANN, “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, en *Schünemann/Obras*, 2009, p. 539, 552.; *Silva Sánchez en FS-Roxin*, 2008, p. 644.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, en *FS-Roxin*, p. 644.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, en *FS-Roxin*, p. 644; ROBLES PLANAS, *Indret* 4/2013, 4 y ss.

⁴⁸ Es por esta equivalencia estructural que no resulta sorprendente que algunos dogmáticos piensen que en estos casos se viola “directamente la norma que prohíbe quedarse en silencio”, como sostenían Streng y Frisch, pues es eso es lo que pasa en todos los casos de delitos cometidos en comisión por omisión.

La cuestión es similar en la estafa por omisión con base en “la ley”, que ejemplifiqué con el supuesto del salario por desempleo. Aquí, otra vez, es la asunción por parte de un particular lo que hace que su silencio posterior comunique. Él se compromete a informar si las condiciones de las que depende la necesidad de la asistencia social continúan vigentes. Si este no es el caso y no informa, su silencio tiene el significado de una mentira.

Quizás el supuesto más emblemático de esta idea sea justamente el del contrato con componente de asesoramiento, basado en que una de las partes tiene más conocimientos que la otra sobre cierta área. Aquí es evidente que ella asume el compromiso de informar a la otra de todo aquello que sea relevante para que tome decisiones sobre su patrimonio. De su silencio se podrá concluir, entonces, legítimamente, que el negocio tiene características razonables.

Hefendehl destaca que el principio de buena fe está prácticamente detrás de todos estos casos de estafa por omisión.⁴⁹ Según este principio, si una parte tiene el monopolio (o cuasimonopolio) de la información que es relevante para la otra, debe transmitírsela, con independencia de que exista una obligación formal de hacerlo.⁵⁰ El fundamento de esta exigencia radica en que, si la otra parte no pudiera confiar en la divulgación de la información, las relaciones comerciales serían prácticamente imposibles, pues resultaría demasiado difícil (si no imposible) obtenerla por otros medios.⁵¹

Si uno se fija bien, este principio subyace a todos los casos de estafa por omisión. Siempre se refieren a información que, de otro modo, sería imposible o al menos difícil de encontrar (si un beneficiario de un plan de desempleo ha conseguido trabajo, si determinado contrato financiero es rentable, si el destinatario de cierta mercadería que se envía periódicamente aún es solvente, etc.). Todos se basan, en última instancia, en la necesidad de posibilitar interacciones de carácter

⁴⁹ HEFENDEHL, en *MünchKomm/StGB*, § 263 StGB nm. 252.

⁵⁰ FRISCH, en *FS-Herzberg*, p. 750.

⁵¹ HILLENKAMP, *JR* 1988, 303. Este principio no es otra cosa que la aplicación del concepto de imputación objetiva en la estafa por omisión (similar, ELLMER [n. 31], p. 102 s.). Se determinan espacios de competencia – con la particularidad de que aquí se trata de la competencia por el conocimiento. Como ocurre con la imputación objetiva en otras áreas, las reglas formales no son ni necesarias ni suficientes para determinar quién es competente por cierto riesgo. El principio de buena fe es muchas veces criticado por su falta de precisión (HILLENKAMP, *JR* 1988, 302). Sin embargo, no parece que sea más indeterminado que la teoría de la imputación objetiva misma.

pecuniario.⁵² Si, por el contrario, la información sobre la que el autor pretende engañar es fácilmente accesible, el Derecho penal vuelve a recurrir a la responsabilidad personal y hace a la “víctima” responsable por la obtención de esa información. En este sentido, como subraya Ellmer, “la responsabilidad personal y la confianza necesaria ... están estrechamente vinculadas”.⁵³

El hecho de que la buena fe, como fuente de una posición de garante, solo aparezca en la estafa y desempeñe aquí, además, un papel central, es la expresión más acabada de que este es un delito que pretende proteger la confianza. La buena fe es la que realmente soporta el sustrato material de este delito. Y este principio supone que se puede confiar en que la otra parte se comportará correctamente en el marco de un vínculo con base contractual, con independencia de cualquier cláusula formal al respecto. En cualquier caso, solo tiene sentido hablar de este principio respecto de personas con las que se tiene una relación, con las que se entra en una especie de empresa común.

Ahora es necesario examinar en qué medida la injerencia puede ser una fuente de posición de garante en el delito de estafa.

VII. Injerencia, asunción y delito anterior

En los casos generalmente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia como estafa por omisión por injerencia, el riesgo inicial se genera por una primera declaración falsa hecha sin dolo de que se realice el resultado error o el resultado daño. Esto luego se complementa cuando, en un segundo momento, al advertirse la posibilidad de que el riesgo se concrete, el autor omite, ahora sí dolosamente, hacerle saber a su contraparte de la falsedad de lo informado.

Esta forma de estafa por omisión que, en principio, se adecua a los principios de la injerencia, “casualmente” también se acomoda sin dificultades al fundamento ofrecido más arriba,

⁵² HEFENDEHL, en *MünchKomm/StGB*, § 263 StGB nm. 265; PAWLIK, (n. 31), p. 72 ss. y p. 89; ELLMER, (n. 31), p. 103; LACKNER, en *LK*, § 263 StGB nm. 63; MAAB, (n. 13), p. 42; FRISCH, en *FS-Jakobs*, 2008, p. 103 ss.

⁵³ ELLMER (n. 31), p. 104; así también PAWLIK, (n. 31), p. 76 ss. Por este motivo, la existencia de una obligación de informar no es suficiente para fundamentar la existencia de estafa, como se mencionó anteriormente en relación con el principio de buena fe. Esto se debe a que si la información es fácil de obtener, no hay necesidad de intervención penal.

el de la asunción.⁵⁴ El mensaje enviado por el autor tiene la potencialidad de quitarle a la víctima la preocupación por gestionarse por sí misma información, pues implica, objetivamente, hacerse cargo del riesgo de error de la otra parte. También por esta razón, cuando el autor toma conocimiento de que la información enviada es falsa, tiene la responsabilidad de aclararlo.

Ciertamente, aquí el engaño no se produce por el silencio posterior, pues no es este el que comunica, sino el mensaje inicial activamente emitido.⁵⁵ Esto se debe a que la gente confía en la corrección de la información enviada y no piensa más en ella. No hay expectativas, como en otros casos, de que se comunique algo posteriormente. Pero de todos modos también aquí se puede hablar de asunción de velar por el estado de conocimiento de la otra parte, pues esta se sigue de cualquier afirmación realizada con pretensión de verdad. La pregunta aquí es cuál de los dos fundamentos, si la injerencia o la asunción, es en el que reamente se basa la responsabilidad del autor.

Frisch responde a este interrogante y sostiene que la cuestión decisiva aquí es que el autor haya enviado un mensaje con pretensión de verdad, y no la injerencia.⁵⁶ Y esto es correcto, pues solo cuando existe tal asunción se esgrime una pretensión de confianza. Y, como ya he explicado, es esto, y no otra cosa, lo que fundamenta la ilicitud específica de la estafa. Con ello, los casos que la doctrina y la jurisprudencia alemanas definen como responsabilidad por omisión por injerencia son, bien vistos, casos de responsabilidad por omisión por asunción, que solo por casualidad también responden a aquel criterio. Es por eso que la resolución del BGH, tantas veces mencionada aquí, resulta tan relevante, pues ella representa —en cuanto a la responsabilidad emanada de haber cometido un hecho de administración desleal— el caso donde no hay coincidencia entre injerencia y asunción y demuestra (contrariamente a lo sostenido por ese tribunal) que no es la primera, sino la segunda, lo que realmente es decisivo en aquellos supuestos.

En síntesis, el denominador común de todos los tipos de estafa es el mismo: la asunción. Tanto en la estafa activa como en la estafa por omisión el autor pretende confianza al arrogarse la

⁵⁴ FRISCH, en *FS-Herzberg*, p. 752. Hefendehl afirma que estos casos suponen “una obligación contractual o legal prolongada”, HEFENDEHL, en *MünchKomm/StGB*, § 263 StGB nm. 259.

⁵⁵ KLAWITTER (n. 17), p. 88; FRISCH, en *FS-Herzberg*, p. 750 ss.

⁵⁶ FRISCH, en *FS-Herzberg*, p. 751.

responsabilidad por el estado epistémico de la otra persona. Mientras no haya asunción, no se puede defraudar la confianza necesaria para las transacciones comerciales. Por esta razón, los casos de *ignorantia facti* (polizón y hurto secreto) no constituyen estafa, aunque cumplan los criterios de injerencia y aunque encierren alguna forma de engaño. Lo mismo sucede con el caso resuelto por el BGH, allí, aunque haya injerencia, no hay asunción y, por ello, no es estafa. En este sentido, se trata, simplemente, de otro caso de *ignorantia facti*.

VIII. Conclusión

Este trabajo se ha dedicado a evaluar si es posible hablar, como lo hizo el BGH, de estafa por omisión cuando la incorrección de la conducta radica en un mero no informar, es decir, en la ausencia de comunicación entre autor y víctima. La respuesta que se ofreció fue negativa. Esto se debe a que la estafa se caracteriza por un quebrantamiento de la confianza, y si no hay interacción entre el autor y la víctima, no puede invocarse confianza alguna.

Por tanto, para poder hablar de fraude por omisión, es necesario que el autor se haga cargo de la responsabilidad por el estado cognitivo de la víctima. Solo cuando él tiene esta posición de garante basada en la asunción existe el derecho a la confianza. Si hay obligación de informar sobre hechos futuros, la consecuencia de esta asunción es que de la circunstancia de que no se informe explícitamente puede extraerse la conclusión de que todo sigue igual, de que todo va bien.

La situación es similar en los casos que habitualmente se conciben como injerencia: en ellos se asume la responsabilidad por el estado cognitivo de la otra parte cuando se envía el mensaje y así se pretende confianza. Esta confianza se ve defraudada si la información enviada es incorrecta y no se hace nada a tiempo al respecto. Sin embargo, el verdadero anclaje de la responsabilidad aquí es la asunción, no la injerencia.

IX. Bibliografía

BRAND, Christian, “Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 8. März 2017 - 1 StR 466/16, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2017”, en *NJW* 2017, p. 2056.

CIERENER, Gabriele *et al* (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB*, 13.^a ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2011 (citado según el autor del comentario al § respectivo).

ELLMER, Manfred, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.

FRISCH, Wolfgang, “Grundfragen der Täuschung und des Irrtums beim Betrug. Zum so genannten Recht auf Wahrheit”, en PUTZKE, Holm *et al.* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 729-762.

FRISCH, Wolfgang, “Konkludentes Täuschen - Zur Normativität, Gesellschaftsbezogenheit und theoretischen Fundierung eines Begriffs”, en PUTZKE, Holm *et al.* (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln, Heymann, 2007, pp. 97-130.

GARDNER, John, *Ofensas y defensas*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

HEFENDEHL, Roland (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, Band 5: §§ 263-297, 4.ª ed., München, C.H. Beck, 2022 (citado según el autor del comentario al § respectivo).

HILLENKAMP, Thomas, “Anmerkung zu Urteil des BayObLG v. 5.2.1987 - RReg. 3 St 174/86.”, *JR*, 1988, pp. 301-304.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1991.

JAKOBS, Günther, *Urkundenfälschung*, Köln, Heymann, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich (ed.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB*, Band 6: §§ 263-302a, 10.ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1998 (citado según el autor del comentario al § respectivo).

KARGL, Walter, “Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen”, *ZStW* 119, 2007, pp. 250-289.

KINDHÄUSER, Urs, “Konkludentes Täuschen”, en SIEBER, Ulrich *et al.* (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstatsachen; Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, Heymann, 2008, pp. 579-594.

KLAWITTER, Tim, *Grenzen des Betruges durch Unterlassen*, Lausanne, Peter Lang, 1993.

MAAB, Wolfgang, *Betrug verübt durch Schweigen*, Gießen, Brühlscher Verlag, 1982.

MATT, Holger/RENIKOWSKI, Joachim (eds.), *Strafgesetzbuch*, 2.ª ed., München, C.H. Beck, 2020 (citado según el autor del comentario al § respectivo).

NAUCKE, Wolfgang, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlín, Duncker & Humblot, 1964.

PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Heymann, 1999.

RENGIER, Rudolph, “Kündigungs-Betrug des Vermieters durch Tun und Unterlassen bei vorgetäuschem Eigenbedarf - BayObLG, NJW 1987, 1654”, en *JuS* 2019, pp. 802-808.

RENGIER, Rudolph, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 24.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2022.

RENGIER, Rudolph, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 24.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2022.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *InDret: Penal* 4/2013, pp. 1-21.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, Heymann, 1979.

SCHWERDTFEGER, Max, “Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Rechte und Pflichten des GmbHAufsichtsrats als Grundentscheidung für die strafrechtliche Risikoexposition seiner Mitglieder”, en *StV* 2017, p. 455.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte”, en SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín, Walter de Gruyter, 2001, pp. 641-650.

STRENG, Franz, “„Passives Tun“ als dritte Handlungsform – nicht nur beim Betrug. Plädoyer für eine kausalitätsorientierte Abgrenzung von Tun und Unterlassen”, *ZStW* 122, 2010, pp. 1-23.

WITTIG, Petra, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

DISCUSIONES EN TORNO A LOS ESTÁNDARES PROBATORIOS*

Nicolás SCHIAVO (Univ. de Buenos Aires)**

Fecha de recepción: 24 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 28 de mayo de 2024

Resumen:

Los debates relativos a las funciones asignadas a los estándares probatorios han tomado impulso en los últimos años en el campo del derecho continental, y particularmente en Latinoamérica. Pero su recurrente utilización bajo fórmulas prototípicas anglosajonas, o rígidos conceptos que los presentan como umbrales destinados a cumplir funciones de garantía, son tremendamente insustanciales para satisfacer aquellos propósitos. Esta dificultad se debe a un conjunto de problemas epistémicos, morales y metodológicos, que no logran captar las particularidades del sistema legal adversarial, y las complejas tensiones en el que este se inserta.

Palabras claves: Análisis probatorio – estándar probatorio – probabilismo – plausibilismo – inferencia a la mejor explicación – sistemas complejos – distribución de los costos de los riesgos del error.

Title: Discussions about Standards of Evidence

Abstract:

Debates regarding the functions assigned to evidentiary standards have gained momentum in recent years in the field of continental law, particularly in Latin America. But their recurrent use under prototypical Anglo-Saxon formulas, or rigid concepts that present them as thresholds intended to fulfill guarantee functions, are tremendously insubstantial to satisfy those purposes. This difficulty is due to a set of epistemic, moral and methodological problems, which fail to capture the particularities of the adversarial legal system, and the complex tensions in which it is inserted.

Keywords: Evidentiary analysis – standard Proof – probabilism – plausibilism – inference to the best explanation – complexity system – distributing the costs of the risks of error

Sumario: I. Introducción; II. Una breve discusión por la verdad, la probabilidad y la plausibilidad; III. Distribución de los costos del riesgo del error; IV. El sistema legal como un modelo adaptativo complejo; V. Bibliografía

I. Introducción

El debate en torno a la determinación de la verdad de la premisa fáctica ha estado en el centro de los dos sistemas legales occidentales que emergieron hacia fines del siglo XII y principios del XIII.¹

El modelo de jurados adoptado en el derecho consuetudinario, y las tensiones que fueron produciéndose hacia su interior, y con el entorno político,² generaron —particularmente hacia mediados del siglo XVIII— un conjunto de preocupaciones relativas a la suficiencia probatoria. Es decir, al cuestionamiento sobre cuánta cantidad y calidad de prueba era necesaria para convalidar un veredicto condenatorio.

Esta retórica condensó a los estándares probatorios como umbrales, presentados como límites que debían ser franqueados para validar un veredicto de condena emitido por el jurado. Se asumía, de tal modo, que cuando más exigente fuera este “umbral”, más dificultoso sería alcanzar una condena, protegiendo a los potencialmente inocentes materiales que podían ser sujetos a una falsa

* Un desarrollo más extenso de las ideas que componen este trabajo se encuentran desarrolladas en la investigación de tesis doctoral. SCHIAVO, *Función distributiva del estándar probatorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2023. Agradezco las atinadas observaciones de quien fuera el árbitro anónimo del texto original, que permitió realizar algunas aclaraciones particulares para evitar ambigüedades en el uso de algunos términos.

** Abogado (UBA), Especialista en Derecho Penal y Criminología (UNLZ), Doctor en derecho (UBA), profesor de posgrado en “juicio por jurados” y “valoración de la prueba” (UP), y sobre “derecho probatorio” (Universidad Católica de Salta). Ha dictado cursos y conferencias sobre cuestiones vinculadas al derecho probatorio en México (UNAM), Colombia (Universidad de Medellín), Chile (Universidad de Talca), España (Universidad de Girona), y convocado a idénticos propósitos por la Corte de Apelaciones de Piura (Perú), Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de Tucumán, Colegio de Magistrados de Neuquén y República del Uruguay. También ha brindado cursos de capacitación en “juicio por jurados” ante la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de Río Negro y en la Universidad Católica de Santa Fe. Desde el año 2006 ejerce como juez de Garantías de la Provincia de Buenos Aires, en el departamento judicial de San Martín.

¹ Un profundo estudio de las implicancias morales e históricas de este temprano desarrollo puede ser consultada en WHITMAN, *Orígenes de la duda razonable, Raíces teológicas del proceso penal*, (trad. Nicolás SCHIAVO), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2015.

² Un breve desarrollo de las diversas etapas del jurado puede verse en SCHIAVO, *El juicio por jurados*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

imputación.³ Si bien se asumía que con ello se estructuraba un sistema que podía dejar fuera de la condena a un sujeto materialmente culpable, donde el peso probatorio quedaba por debajo de aquél límite, se afirmaba que ello era una consecuencia necesaria de un predicado moral distributivo entre aciertos y errores, con una destacada preferencia hacia el falso negativo (culpable material e inocente probatorio).⁴

En este sendero fue que viejas fórmulas que habían afrontado idéntico problema, se erigieron como máximas del derecho consuetudinario, para expresar la relación distributiva del riesgo adjudicativo determinado por aquel umbral representado por el estándar probatorio. La más extendida e influyente, en ese campo cultural, fue la denominada *ratio* de BLACKSTONE, por medio de la cual predicaba que era preferible que diez culpables quedaran en libertad a que un inocente resultara injustamente condenado.

No se registró un debate procesal similar en el derecho continental, o con esa vívida intensidad, lo cual en parte se debió a que ese modelo inicialmente delegó el problema de suficiencia en la propia ley, a través de un rígido modelo de “*prueba tasada*” que —en principio, y de modo teórico— sustraída al juez de esa función, el cual se limitaba a una aplicación mecánica de las regulaciones procesales para la acreditación de los hechos (“*iudex ordine servato*”).

³ Véase ROMILLY, *The speeches of Sir Samuel Romilly in the House of Commons*, V.1., James Ridgway and Son, 1820, p. 166. La asunción de tal posibilidad (que existan inocentes materiales pasibles de ser culpables probatorios), expresa —desde el campo epistemológico— una posición realista opuesta a las concepciones escépticas y antirrealistas del conocimiento. Una indagación sobre estas correlaciones, y sus consecuencias, pueden verse en DANCY, *Introducción a la epistemología*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 33.

⁴ Esto no quiere decir que no se levantaran disputas morales opuestas a este sacrificio distributivo, en privilegio de la paz social y la vigencia del derecho. En tal sentido, una de las primeras voces críticas puede ser encontrada en el pensador protoutilitario PALEY, *The principles of moral and Political Philosophy*, Indianapolis, Liberty Fund, 1785 (reimp. 2002), p. 295, quien sustentaba: “Pero ciertas reglas de adjudicación deben ser perseguidas, y ciertos grados de credibilidad deben ser aceptados, para castigar los crímenes con los cuales el público está infestado; los tribunales de justicia no deben ser disuadidos de la aplicación de estas reglas, por cualquier sospecha de peligro, o por la mera posibilidad de confundir al inocente con el culpable. Deberían más bien reflexionar, que el que cae en una condena equivocada, puede ser considerado como enamorado de su país; mientras sufre bajo el funcionamiento de esas reglas, por el efecto general y la tendencia de que el bienestar de la comunidad se mantiene y fortalece”. En igual sentido, tomando como referencia un criterio de legitimación de la pena bajo la denominación “*Laplace-Nocik*” véase LAUDAN, *The Law's Flaws. Rethinking Trial and Errors?*, Londres, Law and Society Series Editors, 2016, p. 23.

Las disposiciones procesales, y conformaciones organizacionales diferenciadas, sirvieron de base para estructurar un lenguaje completamente diverso al problema de la suficiencia y sus controles.

El modelo procesal anglosajón, inicialmente pensado en un juicio de un solo acto posterior a la acusación, y donde un jurado emitía un veredicto general secreto que ponía fin al litigio (el recurso era algo extraño y limitado), provocó la imposición de controles sobre la prueba que obraron como exigencias *ex ante* hacia el jurado, las que funcionaron como dispositivos profilácticos destinado a dotar de valor de verdad al producto emergente (veredicto).

El estándar probatorio evolucionó, de ese modo, desde una mera regla moral hacia cierta exigencia epistemológica de convalidación de la condena.⁵

Pero el sistema continental presentaba una estructura completamente diversa.

Allí imperó un proceso en dos pasos, dentro del cual —el primero de ellos— estaba constituido por una recopilación minuciosa de las pruebas en un voluminoso expediente escrito, que luego serviría de base para el juicio y su posterior control recursivo. En este marco, la conceptualización de la suficiencia poco tenía que ver con el lenguaje del *common law*, ni con aquellas discusiones probatorias,⁶ ya que la normativización despejaba el debate sobre umbrales, para que emergieran conceptos rígidos como la “certeza”, que se equiparaba al concepto de “verdad”.

Cuando el modelo inquisitorial se resquebraja completamente luego de la revolución francesa, el derecho procesal continental se arrojó a un subjetivismo radicalizado, en lo que FERRAJOLI dio en llamar como la página más políticamente amarga e intelectualmente deprimente de la historia de las instituciones penales.⁷ Es decir, la mera subjetividad del decisor —sobre los hechos

⁵ Esta evolución, y la moderna función asignada, es la tesis principal de SHAPIRO, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*, California, Berkeley, 1991.

⁶ Una comparación sobre el desarrollo dispar de ambos sistemas, y del tratamiento diferenciado de una prueba en particular, puede observarse en DAMAŠKA, “Of Hearsay and Its Analogues”, en *Minnesota Law Review*, vol. 76, 1992, pp. 428-430.

⁷ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 137.

probados— resultaba suficiente para condenar, y los recursos se limitaban al cumplimiento de las formas procesales sobre las evidencias, y la aplicación sustancial de la ley.⁸

Los efectos altamente lesivos a los derechos individuales de este último enfoque tardaron en hacerse presentes, cuando menos en el campo jurídico latinoamericano, hasta que se generalizaron las reformas acusatorias a finales del siglo XX. Fue así como la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Casal” (Fallos 328:3399), resolvió que el imputado tenía un derecho constitucional a impugnar el razonamiento probatorio por medio del cual se declaraban acreditadas las premisas fácticas.

A partir de ese momento, comenzaron a registrarse una sucesión de debates vinculados a los estándares probatorios como mecanismos idóneos para fijar umbrales, confiando así un contenido material al derecho al recurso;⁹ y, cuando menos en nuestro campo jurídico, que fuera posible asumir —sin más— que aquellos modelos emergentes del *common law*, podían cumplir estrictamente una función de capaz de proporcionar una garantía para el análisis racional de la prueba destinada a la verificación de la suficiencia, y permitieran distribuir de un modo moralmente admisible el denominado riesgo del error.¹⁰

Abordar el conjunto de los problemas que trae aparejada esta nueva tabla de salvación, para un sistema que quedó perplejo ante la desaparición de la prueba tasada, resulta absolutamente imposible en este ensayo,¹¹ pero al menos es dable clarificar algunos conceptos, modelos y debates, que permiten afirmar las severas dificultades que ello trae aparejado.

⁸ Sustentando ese enfoque, véase BACIGALUPO ZAPATER, “La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal”, en *Estudios de Jurisprudencia*, n.º 1, 1992, p. 51, cuando sostuvo: “...el principio *in dubio pro reo* tiene dos dimensiones que se deberían distinguir, una dimensión normativa y una dimensión fáctica que, en general, no han sido tenidas en cuenta por la jurisprudencia ni por la doctrina. En esta última —la dimensión fáctica— el principio hace referencia al estado individual de duda de los jueces, y por lo tanto debe quedar fuera de la casación, pues el Tribunal de Casación no puede obligar al Tribunal a que a dudar cuando éste está realmente convencido respecto del sentido de una prueba que se ha percibido directamente...”.

⁹ Para ser exactos, y hacer justicia, estos debates habían comenzado en el campo del derecho continental unos años antes, y la principal contribución fue dada por el extraordinario trabajo del profesor TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2002.

¹⁰ Quien maximiza este enfoque, y lleva los argumentos más allá, proponiendo el establecimiento de estándares objetivos de la prueba es FERRER BELTRÁN, *Prueba sin convicción, estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

¹¹ Hago propias aquí las palabras iniciales de la introducción que nos proporciona TOULMIN, *Los usos jurídicos de la argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 33, cuando señala: “El propósito de los estudios que contiene este libro es

En todo caso el principal propósito de este ensayo es el de clarificar el error lógico¹² y metodológico¹³ que implica razonar los estándares probatorios como umbrales, y la imposibilidad —desde allí— de cuantificarlos cardinalmente, o de hacerlo bajo con formulaciones (estándares) objetivas. Llegados a ese punto, y a los fines descriptivos del modo de funcionamiento del sistema legal, pero también de adecuación metodológica del problema, se tratarán los postulados de la lógica abductiva que fundamenta la inferencia a la mejor explicación como el único modelo capaz de captar y procesar los desafíos a los que se ve sometido un sistema legal dado en lo referente al problema probatorio aquí involucrado.

Todo este agudo conflicto será abordado en la segunda parte del trabajo, donde se exponen dos cuestiones centrales. En la primera de ellas se exponen los errores de los enfoques probabilísticos (tanto en su empleo matemático, como en los postulados inductivos demostrativos), y desde allí, el necesario paso hacia la adopción de un enfoque plausibilista.¹⁴

En ese marco analítico también se expondrá otra dificultad asociada a la imposibilidad de construir un modelo probabilístico de cualquiera de esas dos clases (matemático e inductivo demostrativo) para ser adaptado al campo jurídico, y de su ligazón con la función distributiva apoyada en un predicado moral.¹⁵

plantear problemas, no solucionarlos...”. Pues bien, en este caso también se pretende exponer varios y significativos problemas a los que se encuentra sometido este enfoque de los estándares como umbrales probatorios, muchos de los cuales, resultan irresolubles.

¹² Uno de los problemas lógicos se correlaciona con afirmaciones con pretensión de verdad asignadas al campo inductivo. Como bien señala BUNGE (*Epistemología*, 3.ª ed., Buenos Aires, siglo XXI editores, 2002, pp. 25-26), las afirmaciones sobre los hechos no pueden ser expresados bajo los postulados de la probabilidad (matemática o inductiva), sin caer en la falacia del consecuente. Esto es así porque para realizar cualquier clase de estimación del valor de las evidencias, o de la probabilidad *a posteriori* sobre un determinado umbral previamente fijado, se requiere asumir —arbitrariamente— alguna clase de probabilidad general *a priori* capaz de verse alterada. Pero entonces, bajo ese modo de razonar, se sustenta la probabilidad sobre una noción previa de verdad que necesariamente debería ser conocida *a priori*. Esta consecuencia lógica, impone señalar que un evento puede ser más o menos plausible, pero nunca probable cuando se trata de

¹³ A lo largo del texto se irá siguiendo el rastro de las diversas posturas teóricas que permiten formular esta sentencia.

¹⁴ La plausibilidad relativa es una adecuación de la inferencia a la mejor explicación a las estructuras legales específicas.

¹⁵ Existe una comunicabilidad analítica entre la relevancia probatoria, que responde a la pregunta del modo en que se debe acreditar una afirmación fáctica, y la capacidad persuasiva que aquel conjunto de evidencias tiene con el propósito de adoptar una decisión. En ese tránsito no es posible escindir la función distributiva del “estándar” de la construcción previa de conocimiento (criterios de relevancia y valoración). Pero tampoco aquí, con los límites de este ensayo, es dable dar

Con el propósito de establecer una comunidad metodológica entre relevancia, valoración y distribución de riesgos, una vez desarrollado —aunque de un modo breve— los fundamentos de la plausibilidad relativa, se dará paso al punto III.

Allí se propondrá un enfoque sistémico de los costos asignables a la gestión del error, permitiendo de tal modo introducir cuantificadores expresables en el mundo real, que sean capaces de integrarse con el análisis previo.

Como se indicó previamente, la propuesta allí condensada, tiene un punto en común con la asignación moral de la función distributiva, ya que ambas tienen pretensiones consecuencialistas, pero mientras una descansa enteramente en predicados metafísicos, la que aquí se sustenta tiene un apoyo empírico, lo que permite que la ciencia avance.

Esto último requiere una última consideración, la cual es encarada en el punto IV, donde se da cuenta del sistema legal como uno adaptativo complejo, donde la gestión de costos de los errores y aciertos contenidos en una sentencia, se integran dentro de una mucho más amplia estructura que compone un modelo de administración de justicia.

II. Una breve discusión por la verdad, la probabilidad y la plausibilidad

El debate actual sobre los estándares probatorios, asumiendo que éstos pudieran cumplir la asignada función de un umbral,¹⁶ implícitamente parten del presupuesto de que los sistemas legales carecen de un modelo epistémico capaz de afirmar la verdad de un predicado fáctico

cuenta del problema atinente a la relación de compromiso ontológico y lenguaje que impiden hablar de “riesgo del error” como una categoría no epistémica, que escinda lo uno de lo otro. Un desarrollo del primer problema puede verse en SIMPSON, *Formas lógicas, realidad y significado*, 2.ª ed., Buenos Aires, EUDEBA, 1975, pp. 179-180; sobre lo segundo SCHIAVO, *Función distributiva del estándar probatorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2023.

¹⁶ Más abajo se expondrán las razones por la cual ello no es posible, y éstos más bien deben ser vistos como prototipos de admisibilidad sobre una decisión de culpabilidad. Sobre el debate de los estándares como umbrales o prototipos véase COLOMA CORREA, *Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos*, en *Discusiones*, vol. 18, n.º 2, 2016; en sentido crítico AGUILERA, *Los estándares de prueba: Revisión crítica de su caracterización como umbrales o prototipos y algunas alternativas*, en *Discusiones*, n.º 30, 2023.

descriptivo de un hecho del pasado. Pero esto no quiere decir que un concepto de aquella clase no sea relevante.¹⁷

Por el contrario, si la afirmación de ocurrencia del hecho pudiera despojarse de un criterio de verdad por correspondencia sobre el antecedente fáctico,¹⁸ las garantías constitucionales —en sus dimensiones procesales y sustanciales— perderían toda eficacia. En todo caso de lo que se trata es de asumir que la imposibilidad entre acceder a la verdad en sí,¹⁹ conjuntamente con la necesidad de realizar los *mayores esfuerzos* posibles para legitimar la decisión, asumiendo que ella puede ser inicialmente predicada como dentro de esa clase.²⁰

Hasta esta descripción del estado de situación podría afirmarse que existe cierto consenso, cuanto menos en el campo del derecho probatorio, y de allí se derivan premisas tales como: 1. Las evidencias no acreditan hechos, sino que lo hacen con las hipótesis descriptivas de los mismos, 2. La corroboración de hipótesis sobre hechos, y no de éstos en sí, expresan una distancia entre la que se presentan *riesgos del error*,²¹ 3. Estos pueden ser falsos positivos, cuando un imputado

¹⁷ En tal sentido TARUFFO, *Simplemente la verdad, El Juez y la construcción de los hechos* (trad. Daniela ACCATINO), Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 107, quien sostuvo: "...la verdad de un enunciado depende de la realidad del acontecimiento al que el enunciado se refiere. En cambio, un enunciado es *probable* si se dispone de informaciones que justifican considerarlo verdadero. En síntesis, la probabilidad es función de la justificación que se atribuye a un enunciado, sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles... Se podrá decir, entonces, que ese enunciado es 'probablemente verdadero', siempre que se entienda, bajo esa expresión, que las pruebas adquiridas en el proceso proporcionan razones suficientes para considerar confirmada la hipótesis de que ese enunciado es verdadero".

¹⁸ LAUDAN, *La elemental aritmética epistémica del derecho II: Los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal*, en *Estándares de prueba y prueba científica, ensayos de epistemología jurídica* (trad. Maximiliano ARAMBURU), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 29.

¹⁹ Esto no solo se vincula a los déficits epistémicos *per se*, y que son inherentes a las particularidades del conocimiento humano, sino que ello se profundiza en el campo legal por restricciones que le son propias (plazos, imposibilidad de acceder a determinadas fuentes de información, entre otras), y la imposibilidad de seleccionar los casos sobre los que se interviene. En cualquier campo del conocimiento, el científico dirige su atención al develamiento de las premisas sobre las que dispone de un método, y si no puede tener acceso a éste, simplemente deja de lado el problema inicial hasta otro momento en que pueda remover tal obstáculo. El derecho no dispone de esa potestad, los casos no son previamente seleccionado, y no resolverlos (mantener el *status quo*), también es una forma de decidir.

²⁰ Una posición opuesta, conduciría a un antimaterialismo radicalizado donde la sola declamación de acreditación de un hecho sería el antecedente necesario y suficiente de su existencia.

²¹ Aquí se utiliza el término "riesgo del error", pero con un sentido distinto al que lo hace FERRER BELTRÁN, *supra* nota 10, ya que sus componentes se refieren a conocimientos empíricos de los que no puede despojarse.

materialmente inocente es declarado procesalmente culpable;²² pero también existen materialmente culpables que quedan —de diversas formas— al margen del castigo, los que representan falsos negativos. 4. El estándar debe favorecer un modelo de distribución de esas clases de falso.

Pero, hasta allí llegan los acuerdos.

Si no se dispone de un mecanismo de acceso a la verdad, y los “esfuerzos” se dirigen a la corroboración de hipótesis descriptivas (que puedan ser asumidas como de aquella clase), resulta indispensable establecer dos cuestiones.

En primer lugar, un modelo de legitimación del estándar, para que éste pueda expresar aquella exigencia distributiva de las clases de errores posibles; pero en segundo, uno vinculado al análisis de la prueba que permita sustentar que aquella condición previa pudo ser satisfecha. Un tercer elemento conectivo debe ser destacado, ya que las respuestas dadas al primer interrogante deben estar directamente alineadas con el que se suministre al segundo.

Alrededor de estos dos componentes (y de su enlace) ha girado todo el debate vinculado al derecho probatorio y los estándares en el *common law*, cuanto menos desde mediados del siglo XIX, y aunque no se advierten controversias equivalentes en la literatura procesal y probatoria del derecho continental, el enfoque conceptual de ambas cuestiones conjuntas parece abreviar en el mismo punto que es presentado como un sentido común destinado a vincular *hipótesis—corroboración—estándar*, a saber: *el probabilismo*.

1. Probabilismo

²² La inevitabilidad de esto es intrínseca a la afirmación antecedente de que no se dispone de un modelo epistémico capaz de acceder a la verdad en sí. Si aquella exigencia se mantuviera (cuanto menos como predicado moral), y no se dispusiera de ese modelo, solo quedaría disponible una cesación inmediata de la capacidad de juzgar. En tal sentido señala DEI VECCHI, “Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 43, 2020, pp. 399, que: “Evitar absolutamente la comisión de errores, dada la irremediable falibilidad aludida, es incompatible con todo curso de acción y, por ende, con toda decisión sobre la culpabilidad o inocencia de las personas. Mas ninguna comunidad parece dispuesta a quedarse inerte ante la comisión de delito. De hecho, eso también se considera un error”.

El argumento general del enfoque probabilístico²³ se afianza en que la conexión entre afirmaciones de hipótesis respaldadas por evidencias, que se saben que no tienen la capacidad de poder ser predicadas de un modo absoluto²⁴ con valor de verdad, y que únicamente pueden ser expresadas como probabilidades graduables.²⁵

Si esto es correcto —posteriormente se explicará por qué ello no es posible, cuanto menos en el campo legal— sería lógico recurrir al análisis matemático de las probabilidades, y, adaptadas al contexto reconstructivo, utilizar el modelo de probabilidad subjetiva desarrollado por el *bayesianismo*.

Esta primera solución tiene varios puntos fuertes, ya que pareciera dar respuesta al conjunto de los conflictos inicialmente planteados acomodándose con el entendimiento común de la probabilidad, la función distributiva del estándar, a la vez que proporciona un modelo analítico para integrar las evidencias.

Por lo demás, este modelo cardinal de suficiencia es consistente con idéntica presentación matemática de la función distributiva de errores (falsos negativos y positivos) que están condensadas en las máximas morales. Es decir, si se asigna a la distribución de que es preferible que diez culpables queden en libertad a que un inocente vaya preso, una relación probabilística, sería suficiente con alcanzar un 0.9% de corroboración para declamar la suficiencia. Pero para poder afirmar ello, también sería necesario alinear la relevancia de las pruebas, asignando a cada una de ellas un nivel probabilístico (ejemplo: un testigo 0.7 %, otro 0.99%, una pericia 0.92%), y un modelo de análisis integral del modo en que esa información aumenta o disminuye la consideración global.

²³ El término “probabilidad” puede generar confusiones por cierta ambigüedad conceptual del término, ya que con esa denominación se presentan frecuencias recurrentes (la probabilidad de que llueva), otras expresan cálculos matemáticos que permiten predecir la posibilidad de que determinado suceso acontezca (la probabilidad de arrojar un dado y que salga el número 3), pero también hay otras estadísticas, inductivas, entre muchas otras. Al respecto véase HACKING, *El surgimiento de la probabilidad*, Gedisa, Cambridge, 1995.

²⁴ Entiéndase por ello a un razonamiento deductivo, donde las premisas, de ser verdaderas, suministran apoyo absoluto a la conclusión.

²⁵ En términos de “apoyo parcial” propios del razonamiento inductivo. De este modo señala FERRER BELTRÁN, *supra* nota 10, p. 67, adhiriendo a esta tesis, señala: “...la probabilidad aplicada a preposiciones mide, de forma general, nuestro grado de conocimiento del mundo. Se trata en este caso de una noción epistemológica de la probabilidad, que gradúa las posibilidades de que una determinada proposición sea verdadera”.

En esta primera mirada se condensarían dos ganancias extraordinarias. En primer término, se podrían predicar certezas numéricas en los umbrales, y en segundo lugar la capacidad de asignar el valor relativo de cada discreta pieza de evidencia que resulta posteriormente integrada. Se derivaría de allí un sistema computacional que expresaría los mayores esfuerzos posibles de reconstrucción, bajo estándares objetivos y de aplicación uniforme.

Dicho de otro modo, si el estándar es un umbral objetivamente fijado, desde el que se puede exigir una específica cantidad de suficiencia probatoria, la propuesta matemática —al cardinalizar las variables— es el encantador sueño del racionalista radical; uno que puede presentar el “más allá de toda duda razonable”,²⁶ como en un 0.9,²⁷ distribuyendo una relación equivalente a la fórmula de BLACKSTONE.²⁸

Pero a poco que se corre el velo de esa solución destinada a captar los problemas de relevancia probatoria, umbrales de suficiencia y capacidad distributiva, comienzan a emerger los severos conflictos que imposibilitan que esa tesis que pueda desarrollarse bajo las exigencias de los modelos jurídicos particulares.

Para explicitar ello, es posible comenzar por lo último punto. Es decir, la capacidad de transformar un predicado moral como es la fórmula de BLACKSTONE en una relación probabilística distributiva sobre la que posteriormente deben alinearse los cálculos de relevancia probatoria de cada evidencia, y el modelo de integración de cada discreta variable.

Las inconsecuencias de asignar a aquella ratio distributiva, propia del estándar probatorio, a la fórmula BLACKSTONE,²⁹ fue advertida en un trabajo de LAUDAN y ALLEN,³⁰ (2010:26–27), en el que expusieron los siguientes casos:

²⁶ Se toma este estándar propio del *common law* como un ejemplo connotativo.

²⁷ Las probabilidades matemáticas se miden de 0 a 1, y resultan complementarias ($H=0.7 \mid H^c=0.3$).

²⁸ La prueba clara y convincente (aplicada al campo del derecho administrativo, relaciones de familia y medidas de seguridad), como un 0.7, mientras que la preponderancia (propia del derecho civil) en un 0.5.

²⁹ Aunque alterando los cálculos, el mismo resultado puede ser alcanzado con cualquiera de las diversas proclamas morales distributivas que se han formulado a lo largo de la historia.

³⁰ LAUDAN / ALLEN, “Deadly Dilemmas II: Bail and Crime”, en *Chicago Law Review*, n.º 85, 2010, pp. 23-42.

1. *Si se emiten nueve condenas erróneas por cada cien casos que van a juicio, desde esa relación —con el propósito de evitar que el número yerros aumente— el sistema debería estructurarse para producir las noventa absoluciones requeridas que mantendrían estable la ratio.*

Un modelo de este tipo generaría errores en noventa y nueve de cada 100 casos que van a juicio. Un resultado que podría satisfacer, sobradamente, los postulados morales de BLACKSTONE (de hecho los superaría), pero difícilmente se produjera una solución admisible para sustentar la necesaria intervención de toda una estructura pública destinada a la investigación y sanción de las conductas delictivas.

Para traducir el modo en que ello funcionaría en un sistema legal dado, cabría sustentar que cada vez que se detectase un falso positivo, el sistema debería reconfigurarse en la asignación matemática de relevancia probatoria de cada discreta evidencia que se encuentra involucrado en el fallo,³¹ y con ello la resultante en el cálculo de probabilidad debería dejar la conclusión probatoria por debajo del umbral previamente cuantificado. Sólo con este mecanismo de reajuste se podría llegar a la conclusión de que es necesario absolver a todos los demás sujetos cuyas estructuras probatorias fueran equivalentes, y no descompensar la ratio.

Un procedimiento de este tipo, asumiendo la falibilidad del conocimiento humano, debiera ser exponencial, hasta un punto tal que ninguna evidencia estaría cuantificadamente disponible (en términos de relevancia) para acreditar la ocurrencia de un hecho con el nivel de exigencia previamente establecido.³²

2. *También puede considerarse un segundo caso parcialmente equivalente, donde si se emitieron cincuenta condenas sobre un total de cien juicios que deben realizarse, y cinco de esas primeras cincuenta resultaron ser falsos positivos, para protegerse contra el aumento de ellos, un sistema compatible con una pretensa función distributiva debería generar cincuenta falsas absoluciones en los casos restantes.*

³¹ Por ejemplo, si la mayoría de los errores se explicasen por reconocimientos en fila de personas erróneos, la asignación probabilística de acreditación de cada uno de ellos debería ir descendiendo hasta que su impacto fuera insignificante. Pero lo mismo también debería predicarse con las fuentes humanas de conocimiento (testigos), y con los medios periciales.

³² De tal modo, estableciendo dudas sobre la relevancia lógica de las pruebas, se llegaría al punto de inicio sobre la incapacidad de las personas de acceder a la verdad en sí, introduciendo nuevamente la cuestión vinculada a la legitimidad del castigo fundamentado en ciertos niveles de incertidumbre de la premisa fáctica antecedente.

Pero como sólo quedan cincuenta casos por asignar, cualquier otro fallo debería ser una absolución; más bien, una falsa absolución.

En resumen, esto significa que cincuenta delincuentes culpables serían liberados, y cuarenta y cinco culpables serían condenados. Por también que todo acusado inocente resultaría condenado (de allí la detección de falsos asumida). De ello resulta que una persona culpable tiene una probabilidad del cincuenta y tres por ciento de ser absuelta, y un acusado inocente una del cien por ciento de ser condenada. Esto es perverso, y aun así es, sobradamente, compatible con las consecuencias derivadas de ese enfoque cuantitativo.³³

Pese a ello, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso “Coffin v. United States”,³⁴ no solo citó la ley ateniense, a TRAJANO, FORTESCUE, HALE y BLACKSTONE, para subrayar la larga historia de la presunción de inocencia y la necesidad de imponer una ratio distributiva cardinal para defender la presunción de inocencia, sino que, bajo una lógica claramente probabilística, asumió que solo así era posible evitar la condena de los inocentes.³⁵

Pero fue en «*in re Winship*»³⁶ donde expresamente se impuso esta visión matemática probabilística,³⁷ al sustentar: “Es fundamental que la fuerza moral del derecho penal no se diluya con un estándar de prueba que deje a las personas en duda si se condena a hombres inocentes”.

³³ Existe un tercer problema, que puede ser trasladado a otros enfoques vinculados al estudio del problema probatorio. Muchos de ellos, y éste que se analiza en un caso, asumen que el único problema del sistema penal es el de verificación del estándar aplicado al final del juicio para la decisión adjudicativa de un caso dado. Sin embargo, un estudio sistémico permite advertir que el mismo solo es una parte de un mecanismo sistémico mucho más amplio que lo condiciona, del mismo modo que lo hace con el comportamiento primario de los individuos, como con el funcionamiento de la investigación y acusación. Esta crítica, en todo caso, será nuevamente abordada en el apartado IV. De todos modos resulta llamativo, y desconcertante, que el propio LAUDAN, luego de suscribir este punto de vista, culminara cometiendo el mismo error conceptual que señala, y propusiera reducir la cuenta total de errores, alterando su distribución interna, con el abandono del más allá de toda duda razonable por el de prueba clara y convincente. Al respecto véase, LAUDAN, *supra* nota 4.

³⁴ “Coffin v. United States”, 156 U.S. 432, 1895.

³⁵ “Henry v. United States”, 361 U.S. 98, 1959.

³⁶ «*in re Winship*», 397 U.S. 358, 1970.

³⁷ La lógica expuesta en este caso se encuentra fuertemente vinculada a un influyente trabajo publicado por KAPLAN en los años previos, que postulaba razonamientos de esa clase en el campo legal. Ver KAPLAN, “Decision Theory and the Factfinding Process”, en *Stanford Law Review*, vol. 20, 1968, pp. 1065-1092.

Pero si la traducción del predicado de preferencia moral distributivo en uno matemático probabilístico resulta tremendamente insatisfactoria, otro tanto acontece con su modelo de asignación de probabilidad a cada discreta evidencia en base a la acumulación estadística de información (estadística desnuda).

Tal como se expuso si el umbral se expresa de un modo cardinal (0.9%), es necesario asignar la relevancia probatoria de las evidencias con idéntica capacidad; caso contrario se estaría pretendiendo acoplar un análisis inductivo de las pruebas con una exigencia matemática del umbral. Esto último no es lógicamente posible, ya que —se reitera— la forma en que se razona debe estar alineada con los propósitos para que los cuales se lo hace.

Quien inicialmente denunció las inconsecuencias del razonamiento probabilista matemático en la asignación de la relevancia probatoria, fue COHEN.³⁸

Uno de sus ejemplos prototípicos, lo extrae de un caso suministrado por TRIBE,³⁹ y que se conoce como el caso del “*blue bus*”.⁴⁰

Una simplificación del ejemplo sería así: *supóngase que un sujeto es atropellado por un autobús en una ciudad donde la compañía de coches azules tiene setenta por ciento del total de los rodados que circulan por las calles, no se cuenta con testigos, y la víctima es daltónica, e incapaz de diferenciar el azul con el rojo (la otra empresa que presta servicios).*

El umbral probatorio (preponderancia probatoria) se expresa en $\leq 0.5\%$.

Si el caso tuviera que ser resuelto por el empleo de la prueba estadística disponible, se debería concluir que se verifica que la *evidencia estadística* señala que hay un 0.7 de probabilidades de sostener que la víctima fue atropellada por un rodado de la empresa “*blue*”, frente al 0.3 (complementario) de su competidora “*red*”.

³⁸ COHEN, *Lo probable y lo demostrable* (trad. Orión Vargas Vélez), Medellín, 2017.

³⁹ TRIBE, “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, en *Harvard Law Review*, n.º 84, 1971, pp. 1818-1910.

⁴⁰ El ejemplo es una alteración del caso “Smith v. Rapid Transit Inc.”, 317 Mass. 469, 470, 58 M.E. 2d. 754, 755, 1945.

Aquí, aunque sea de modo intuitivo, se revela un problema particular que abona la afirmación inicial, bajo la que se censura el razonamiento probabilístico, ya que no existen frecuencias relativas para hechos individuales que permitan responder cuál, y cuanta, es la evidencia relevante necesaria que respalda esa vinculación.

Esto se aprecia claro en el campo legal, ya que aquí no interesa establecer el nivel de probabilidad de que la empresa “blue” fuera la que atropello al sujeto X, sino —antes bien— ¿qué autobús efectivamente lo atropello?⁴¹

De allí que la información estadística no sea sensible a la verdad del caso, a la vez que genere incentivos perversos para la convivencia social, pues cualquier empresario sensato —para evitar las pérdidas por acciones legales de esa clase— reduciría la cantidad de unidades hasta dejarlas por debajo de su empresa competidora (“red”).⁴²

Otro caso hipotético (enteramente creado por COHEN) y en el que se aprecia la misma conclusión, es el de los “colados” (*gatecrashers*) al rodeo.⁴³

El ejemplo se construye de este modo: *hay un rodeo con mil espectadores presentes, donde sólo cuatrocientos noventa y nueve abonan la entrada, no se otorgaron tickets, ni tampoco estaban disponibles testigos que pudieran suministrar información sobre quién efectivamente pagó.*

De aplicarse las premisas previas, una acción contra cualquier sujeto seleccionado al azar arrojaría que la evidencia estadística arroja una posibilidad de 0.49% de que ese individuo la hubiera abonado, tornando (por complementación), en un 0.51% de preponderancia favorable al accionante, respecto de que aquél no lo hizo.

Una vez más, la estadística es insensible a los hechos del caso, ya que de lo que se trata —cuando menos en el campo jurídico— es de verificar si una persona específica, efectivamente pagó

⁴¹ Al respecto FERRER BELTRÁN, *supra* nota 10, 2021, p. 75; en igual sentido, ver ENOCH / SPECTRE / FISHER, “Statistical Evidence, Sensitivity, and the Legal Value of Knowledge”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 40, n.º 3, 2012, p. 204.

⁴² Una crítica de este modo de razonar, y los incentivos perversos que ello genera, puede verse en ALLEN, “Naturalized Epistemology and the Law of Evidence. Revision”, en *Questio Facti. International Journal on Evidential Reasoning*, n.º 2, 2021, p. 257.

⁴³ COHEN, *supra* nota 38, p. 66.

el ticket, pues de no ser el caso, el organizador del rodeo podría cobrar hasta 1500 entradas en un rodeo de 1000 espectadores, donde la mitad no pagó inicialmente por su ingreso.⁴⁴

Se podría presentar un último ejemplo, con idéntica estructura, proporcionado por NESSON,⁴⁵ en donde se utiliza el estándar del *más allá de toda duda razonable*, como la expresión probabilística de un 0.9.

En esta oportunidad se trata del patio de una cárcel en el que se encuentran veinticinco prisioneros vestidos con un mameluco naranja, junto a un único guardia penitenciario. En un momento dado, otro agente (el que se encuentra apostado en una torre a cincuenta metros de distancia), advierte que un preso se separa del resto y se esconde bajo un tinglado, mientras que los veinticuatro restantes se amotinan y agreden al guardia que estaba con ellos. Cuando las fuerzas de seguridad irrumpen en el patio, dan la voz de que todos se arrojen al suelo, y contabilizan a los veinticinco prisioneros.

Aquí se sabe que cualquier detenido tomado al azar tendría una probabilidad del 0.96% de ser culpable de la agresión, pese a que se tiene información —*ex ante*— de que uno de ellos resulta materialmente inocente.

Todos los ejemplos dados demuestran un modo incorrecto de razonar sobre la relevancia probatoria de forma inductivo estadístico.⁴⁶

Para superar estas consecuencias, y rescatar un modelo de inducción de apoyo parcial vinculado al probabilismo matemático, diversos estudiosos pretendieron recurrir a la fórmula subjetiva *bayesiana*.

⁴⁴ Una vez más los incentivos perversos son evidentes, ya que, en lugar de proporcionar ticket, disponer de medidas de seguridad (cámaras de vigilancia, y personal específico), le bastaría con establecer una organización rudimentaria donde se identificara a cada concurrente, se contabilizaran los pagos, y se contara las butacas ocupadas por el público.

⁴⁵ NESSON, “Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity”, en *Harvard Law Review*, vol. 92, 1979, pp. 1187-1225.

⁴⁶ De allí, se reitera, que luego ello no pueda alinearse con idéntico modo de razonar sobre el estándar probatorio, como se objetó en primer término.

Si bien no es posible reproducir aquí todos y cada uno de sus postulados, si es dable realizar algunas objeciones a la misma, que conducen al mismo problema de alinear conceptualmente la metodología, y razonamiento, de la *relevancia-suficiencia-distribución*.

El primer problema, común al estadístico, es el que podría denominarse como “*clase de referencia*”,⁴⁷ ya que en todos los casos se privilegia una información por sobre otra para la construcción de la base estadística, o de probabilidad antecedente.

Aplicado ello al supuesto del “*blue bus*”, esta objeción permite comprender la alteración del resultado que se produce cuando se incorpora el dato de que en la calle donde el accidente tuvo lugar, únicamente circulan un 0.4% del total de los que posee la empresa “*blue*”, o que a la noche (momento en que el accidente se produjo), solo lo hacen un 0.2%. También podría considerarse que los rodados de la compañía “*red*”, tienen cuatro veces más siniestros que los “*blue*”, lo que es compatible con los escasos incentivos que tendrían a evitarlos, cuando se saben exentos de responsabilidad estadística para responder, en todos los casos de identidad dudosa.

El segundo de los conflictos es la denominada “paradoja de la conjunción”, cuya implicancia en el modelo *bayesiano* pareciera ser insuperable (en términos de incompatibilidad con el razonamiento jurídico).

Es que cuando resulta necesario integrar el cálculo de dos o más evidencias, para establecer un grado de probabilidad conjunto, si E^{*1} y E^{*2} son mutuamente dependientes, en tanto una afecta la estimación de otra, la conjunción de ellas implica la multiplicación de ambas. De tal modo que su acumulación lejos de maximizar el conocimiento (utilidad esperada), reduce el cálculo de probabilidad estimado. A modo de ejemplo, la probabilidad de que salga escudo cuando se arroja una moneda es del 0.5%, pero si se apuesta a que en dos tiros (probabilidades mutuamente dependientes), ambos casos saldrán cara, la conjunción de probabilidades arroja un 0.25%.

Cuando se aplican esas evidencias a las cargas de persuasión destinadas a verificar el estándar, acontece exactamente lo mismo, ya que la asignación de veracidad proporcionada a un testigo debe ser, necesariamente, multiplicada con la de un segundo declarante cuyas manifestaciones son

⁴⁷ PARDO, “The Paradoxes of Legal Proof: A critical Guide”, en *Boston University Law Review*, vol. 99, 2019, p. 258.

mutuamente dependientes.⁴⁸ La resultante paradójica sería que, cuanto mayor cantidad de evidencia se suministre, menor será el grado de probabilidad resultante.

Una tercera paradoja, ahora directamente vinculada a la relación de las evidencias y el umbral (alineados de igual forma), se aprecia con el denominado “*axioma de la complementación*”.

Cuando se establece una escala de probabilidad que se mide de 0 a 1, y se establece un punto específico (umbral), la afirmación de un estado importa la negación de su complemento. Es decir, si $H=0.7\%$, entonces $H^c=0.3\%$, en tanto la probabilidad total debe arrojar siempre un número equivalente a 1.

Este principio nada tiene —en términos descriptivos y normativos— con las exigencias del campo legal, pero tampoco con la asignación ordinaria que se le confiere a la función distributiva del estándar, ya que la mera circunstancia de que se pueda sustentar la culpabilidad de un sujeto hasta un nivel del 0.7%, en modo alguno admite asumir que su inocencia complementaria está en el marco del 0.3%.

En el campo jurídico, aquello que se ignora, no es un complemento, sino que — simplemente— *se lo ignora*,⁴⁹ y por ello es necesaria una carga objetiva de la prueba que le imponga al decisor el modo de resolver ante supuestos de incertidumbre, haciéndolo a favor de una de las hipótesis disponibles.

Esta, justamente, es una de las funciones que cumple la presunción de inocencia, al distribuir el riesgo en los espacios de incertidumbre, manteniendo el *status quo*.⁵⁰

⁴⁸ El testigo *p*, afirma haber estado presente en el hecho, conjuntamente con *q*, *r* y *s*. Si todos expusieran exactamente el mismo relato, y a cada uno se le asignara un alto grado de relevancia, supóngase del 0.95%, la convergencia de esa probabilidad estaría levemente superior al 0.81%. En el caso particular, cuatro testigos que aportan información consistente que evaluada de modo solitario colocarían la resultante probatoria por sobre el umbral del 0.9% (destinado a captar la fórmula de BLACKSTONE), culminarían convergiendo en un grado de probabilidad destacadamente inferior a la posibilidad de condenar. Este resultado no parece compatible con el razonamiento ordinario bajo el que funcionan los sistemas legales, ni puede ser analíticamente presentado como satisfactorio con los puntos de partida propuestos.

⁴⁹ ALLEN / PARDO, “Relative Plausibility and its Critics”, 2018. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3179601> [enlace verificado el día 5 de febrero de 2025].

⁵⁰ Un efecto de lo inadecuado de razonar de modo probabilístico (aunque no necesariamente de forma expresa), son los efectos de la complementación, que condujeron a que en Escocia se introdujera un tercer veredicto posible de “culpable no

2. Probabilismo baconiano

Las críticas doctrinarias, y los yerros adjudicativos de la presentación matemática del umbral (como traducción de aquellas formulas morales distributivas), y de su modelo de relevancia,⁵¹ condujo a establecer una nueva fundamentación probabilística vinculada al análisis inductivo de la evidencia, que estuviera asociado a los factores bajo los cuales se asume que es posible construir una creencia.⁵²

El argumento central de este nuevo enfoque epistemológico es el de colocar su centralidad en las condiciones de creencia bajo las que se asume que una afirmación dada (H), puede ser probablemente cierta.

Para ello dado un evento (Eb) se requiere una evidencia (E*) cuya relevancia lógica se apoye en una “generalización” de veracidad.

A modo de ejemplo, cuando un sujeto reporta un evento, se asume que éste cree que ese suceso ocurrió, de tal modo que E* implica Eb. Cuando esa generalización es sometida a una mayor cantidad de test (ej. la mayoría de las personas que declaran lo hacen creyendo en la verdad de sus expresiones), se hace posible sustentar un mayor grado de creencia en esa evidencia B(Eb,E*), proporcionando un nivel no cardinal de relevancia lógica a esa prueba.

probado”, para captar supuestos donde el umbral probatorio penal no resultaba satisfecho, pero había preponderancia complementaria que lo vinculaba al evento. Un estudio de estos supuestos puede verse en PICINALL, *Justice In-Between: A Study of Intermediate Criminal Verdict*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

⁵¹ Un caso prototípico con el que se ejemplifica ello es “People v. Collins” (Crim. No. 11176, Mar. 11, 1968), véase un estudio al respecto en HUFFMAN, “When the Blue Bus Crashes into the Gate: The problema with People v. Collins in the Probabilistic Evidence Debate”, en *University of Miami Law Review*, vol. 46, 1992, pp. 975-1008.

⁵² El principal aporte se debe a COHEN, *supra* nota 38, bajo un modelo de inducción “*sui generis*”, ya que no trata de analizar un conjunto de casos con el propósito de establecer regularidades capaces de formular una regla general probablemente cierta, sino que la corroboración de una hipótesis descriptiva se fundamenta en evidencias que reúnen —en función de aquellas regularidades— la posibilidad de establecer generalizaciones que proporcionan fuerza inductiva para integrarse individualmente (atomistas) con otras. Este salto (generalización) implica un *razonamiento sucinto*.

Si la generalización de veracidad ($E^* | Eb$) ha pasado los primeros i^n test de verificación empírica, entonces $[E^* | Eb] \geq i^n$, permitiendo asumir que la creencia (B) esta sólidamente fundamentada.

Cuando esta fórmula se aplica a cada una de las evidencias (permitiendo señalar que es muy relevante, medianamente relevante, poco relevante o nada relevante), ellas se integran en cadenas de razonamiento,⁵³ desde donde es posible justificar graduaciones equivalentes de creencia (poco razonable, razonable, muy razonable), lo que soluciona el problema de la base de referencia, la convergencia y la complementación.

Este modelo, base de la denominada escuela racionalista de la prueba,⁵⁴ se enfrenta —al menos— a un nuevo desafío, porque si debe existir un alineamiento entre el modo en que se razona y los motivos que pretenden alcanzarse con ello, el estándar (fijado como un umbral de evidencia), pareciera resultar igualmente dependiente de las funciones de creencia, y con ello también su implicancia distributiva del riesgo del error asignado.

Ello llevaría el asunto a su punto de partida, reemplazando el “subjetivismo” por una “creencia”, lo que es un mero cambio de etiqueta.⁵⁵

⁵³ ACCATINO, “Atomismo y Holismo en la justificación probatoria”, en *Isonomía*, n.º 40, 2014, pp. 17-59.

⁵⁴ Entre los principales exponentes de esta escuela del razonamiento probatorio es posible destacar las contribuciones de TARUFFO, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en *Discusiones*, n.º 3, 2003, pp. 15-41; GASCÓN ABELLÁN, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre la prueba y verdad de Michele Taruffo”, en *Discusiones*, n.º 3, 2003, pp. 43-54; GONZÁLEZ LAGIER, “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)”, en *Jueces para la democracia*, n.º 46, 2003, pp. 17-26; FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002; FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007; FERRER BELTRÁN, *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2016; ACCATINO, “Teoría de la prueba ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, en *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n.º 39, 2019, pp. 85-102. En el ámbito anglosajón es posible destacar las contribuciones de TWINING, *The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship*, E. Campbell & L. Waller, 1982, donde identifica la noción racionalistas, con la mayoría de los principales tratadistas sobre evidencias que realizaron sus contribuciones en el *common law* (entre los que se encuentran THAYER, y si discípulo WIGMORE).

⁵⁵ Un sujeto puede creer, en base al sentido de su vista, que detrás de un arbusto hay una oveja, y utiliza una generalización de ese sentido particular para asignar un alto grado de creencia. Pero de hecho se trataba de un perro con un frondoso pelaje. Incluso para el supuesto de un acierto (supóngase que escondido en el follaje estaba presente una oveja), su afirmación no puede valer como conocimiento.

En contraposición al probabilismo matemático que proporciona un umbral objetivo cuantificable (aunque luego se muestra incapaz de hacerlo con un método analítico de la prueba que sea compatible con el campo normativo), el modelo probabilístico baconiano, pareciera conducir a un camino inverso, al suministrar un inicialmente un modelo de razonamiento que se compatibiliza con el sistema legal, pero que luego se muestra incapaz de hacerlo con el umbral probatorio.⁵⁶

Si cualquiera de los dos enfoques probabilísticos no logra satisfacer el punto de partida (función distributiva del estándar), la lógica implicaría descartarlos como modelos adecuados para ser integrados con el sistema legal, y alcanzar aquellos propósitos iniciales.

El profesor FERRER BELTRÁN fue quien advirtió que todo el andamiaje conceptual en el que fundamenta ese enfoque analítico era el que lo compelia a establecer alguna clase de estándar objetivo de la prueba, que no fuera matemático (aunque tuviera idéntica cualidad), y que pudiera ser alineado con el análisis probabilístico baconiano de la evidencia,⁵⁷ para que la propuesta del “racionalismo” no se derrumbara.

Su propuesta de un EdP (estándar de prueba), extrema y aplicable al campo penal, se estructura del siguiente modo:

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos, deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: (a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles integrándolos de forma coherente y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular, deben haber resultado confirmadas. (b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis posibles explicativas

⁵⁶ Existen varios intentos integrar ambos enfoques probabilísticos en un nuevo enfoque que sea capaz de solucionar los problemas individuales de cada uno, creando una teoría general del conocimiento que sea idénticamente aplicable al campo legal. Al respecto, véase SCHUM, *The evidential foundations of probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press, 2001, pp. 66-197.

⁵⁷ El conjunto de sus publicaciones, de los últimos veinte años, están asociadas a esta tarea. Pero, sin lugar a dudas, su obra cumbre (al menos así el propio autor la presenta) en esta empresa en la contribución que realizó en FERRER BELTRÁN, *supra* nota 10.

*de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad-hoc.*⁵⁸

Cabe señalar que más allá de la defensa que de esos intentos han formulado algunos de sus discípulos,⁵⁹ y la crítica a la que fuera sometida por algunos otros,⁶⁰ la empresa de objetivación del EdP se ha mostrado dificultosamente realizable.

La primera cláusula (a) pareciera estar directamente vinculada a la metodología analítica propuesta por la escuela racionalista, por medio de la cual todas las evidencias disponibles (E*) deben ser lógicamente relevantes (generalización) para integrarse, de un modo explicativo, para que ella sirva de base para confirmar la creencia (B) de verificación de la hipótesis (H) dada. Pero en su formulación se hace evidente lo opaco del término “capaz de explicar”, ya que —justamente— esto último es lo que se reclama al EdP.

Con esa expresión introduce en la definición de lo probado (como criterio de suficiencia) justamente aquello debía clarificarse con el EdP objetivo. De tal modo que, si pretende afirmarse que esto último fue alcanzado, ello solo sería posible con la crear un nuevo estándar (la explicabilidad) que quedaría igualmente indefinido (o cuanto menos, no objetivado), hasta una repetición perpetua.⁶¹

Pero otra objeción también puede levantarse a la descripción que aquella fórmula contiene respecto de la tarea que cualquier sistema legal le asigna a los determinadores de los hechos.

⁵⁸ FERRER BELTRÁN, *supra* nota 10, 2021, p. 236.

⁵⁹ AGUILERA, “Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídico (razonablemente) objetivos”, en *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Corte*, México: Centro de Estudios Constitucionales, 2021.

⁶⁰ DEI VECCHI, “Prueba sin convicción en su justa medida. The objectivist Conception of Standards of Proof Problems and Projects”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 45, 2022, pp. 337-373.

⁶¹ De este modo se expresa DEI VECCHI, *supra* nota 60, p. 355, cuando expresa: “Hay un primer gran inconveniente del que adolece esta fórmula que salta a la vista de manera bastante evidente cuando se la analiza como una definición. REFUTAR una hipótesis no es otra cosa que PROBAR su acaecimiento. De modo que la «definición» de PROBADO — i.e., el criterio de prueba suficiente— que el EdP erige, tiene el obvio defecto de incluir (de manera disfrazada y dos veces) al *definiendum* en el *definiens*. El defecto que intento señalar, obviamente, no consiste en el empleo del mismo término en ambos extremos de la (pseudo) definición. El problema reside más bien en que, al tiempo que se está intentado fijar (definir) un parámetro objeto de «prueba suficiente» como parte del parámetro mismo, a saber: los relativos a CONFIRMACIÓN de datos (que no son sino hipótesis fácticas) y la REFUTACIÓN de hipótesis alternativas”.

De este modo ALLEN,⁶² atinadamente señala que ello no resulta descriptivo de lo que sucede en un juicio,⁶³ pues éste no tiene el propósito de realizar nuevas hipótesis derivadas los datos, sino que allí se decide en base a toda la información presentada, para imponer consecuencias legales o mantener el *status quo* legalmente conferido, respecto de una configuración fáctica específica (principio de congruencia).

Advertido de esta última objeción, FERRER BELTRÁN⁶⁴ señala que su razonamiento probatorio es una especie de género del razonamiento científico, en la que se asume que la posición del juzgador sobre los hechos es semejante a quien debe efectuar una revisión de una investigación científica para decidir sobre su publicación.

Debería estar claro que ningún sistema judicial obra de ese modo.

Describir los contornos de un modelo ideal de administración de justicia difícilmente realizable no es un punto de partida razonable, ya que los distinguos entre un investigador científico y un decisor judicial son contextualmente evidentes. Mientras que en el primero de los campos se admisible aplazar la decisión cuando la incertidumbre no permite alcanzar *estándares aceptables* de la comunidad de referencia para su publicación, esto no acontece con una sentencia judicial que debe adoptarse con los niveles de confirmación que las evidencias permiten sobre esa particular hipótesis.

Pero la segunda premisa (b) también resulta objeto de críticas.

Para sustentar aquella propuesta de creencia derivadas de las comparaciones entre evidencias e hipótesis alternativas, introduce una limitación dejando fuera aquellas que resulten *ad-hoc* (lo cual implica, necesariamente, formular un nuevo EdP que permita esta exclusión intensional).

⁶² ALLEN, “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en *Estándares de prueba y prueba científica* (trad. Diego DEI VECCHI y Carmen VÁZQUEZ), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 55.

⁶³ Esta última expresión puede presentar fronteras ambiguas. Aquí se la utiliza como equivalente a debate, en procesos que tienen estructuras adversariales, en las que deben presentar en un mismo acto las evidencias, las cuales quedan expuestas a la confrontación de la otra parte.

⁶⁴ FERRER BELTRÁN, *supra* nota 10, p. 211.

Para describir este concepto, FERRER BELTRÁN⁶⁵ señala que reúne esas condiciones aquella que, por definición, resultan imposibles de ser confirmada o refutada por evidencia. Pero esto no puede ser correcto, ya que un argumento conceptual no puede ser alterado por prueba, porque en ese caso se trataría de uno sintético. Dicho de otro modo, la hipótesis *ad-hoc* (si no es *a priori*) también es *ad-hoc*, al tornarla dependiente de la capacidad explicativa que pudiera tener alguna potencial evidencia.⁶⁶

Supóngase, a modo de ejemplo, que el imputado X señala que el arma de fuego y los estupefacientes de tenencia prohibida que se le imputan (H¹), le fueron puestos por el personal policial que realizó el allanamiento (H²). La afirmación de que H² es *ad-hoc*, porque ello no puede ser verificado, ni negado, es dependiente de la existencia de algún testigo que pueda dar cuenta de esta situación, de una grabación de video o un registro de audio, que permita integrarse explicativamente para tornar mínimamente plausible a H².

Ahora bien, este enfoque inductivo baconiano, que requiere —indispensablemente— la construcción de alguna clase de estándar objetivo, presenta una clase adicional de conflictos, si es que se pretendiera solucionar las objeciones anteriores, recurriendo a una alteración de los términos de la fórmula.

Uno de ellos se encuentra en la inconmensurabilidad de las variables inductivas a las que se deberían recurrir para la construcción de cualquier fórmula de esa naturaleza.⁶⁷ El centro aquí está en el término “*integrándolas*”.

Es decir, esta visión atomista de las evidencias a las que se le asignó carácter independiente de relevancia convoca al interrogante sobre cuáles serían los criterios inferenciales que cabría privilegiar en un caso dado por sobre los otros, para construir un criterio de suficiencia que los abarcara.

⁶⁵ FERRER BELTRÁN, *supra* nota 10, p. 223.

⁶⁶ ALLEN, *supra* nota 62, p. 55.

⁶⁷ GONZÁLEZ LAGIER, “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, 2020, pp. 79-97.

De este modo, GONZÁLEZ LAGIER⁶⁸ señala que: “Cualquier estándar de este tipo estaría poniendo unas condiciones arbitrarias, sin que podamos asegurar que estén haciendo la prueba más o menos difícil. Por el contrario, si el estándar trata de formularse incluyendo todos los criterios de valoración, o bien lleva formulaciones vagas (escoger la hipótesis que sea la mejor explicación, o la más creíble, por ejemplo) o bien impide la distinción entre valoración de la prueba y estándar de prueba”.

Esto último reconduce el asunto a destacar que valorar la prueba siempre puede ser presentado como un equivalente a sustentar que el conjunto de las evidencias satisface, o no, un eventual umbral (de ser posible conceptualizarlo previamente), pero esos términos no son equivalentes, ya que este último también expresa preferencias morales (distributivas) las que tienen fuera ilocucionaria descriptivas del decisor. De tal modo que el estándar nada tendría que ver con la función distributiva apoyadas en aquellas máximas morales que pretendieron ser captadas por el mismo.⁶⁹

3. Plausibilidad relativa

La imposibilidad de estructurar, en el campo judicial, un modelo de valoración consistente con un estándar objetivo (aunque arbitrariamente prestablecido), o de hacerlo lo primero imposibilitado de realizar lo segundo, debería ser un buen punto de partida para abandonar cualquier empresa probabilística, y, con ello, su metodología atomista de análisis de la prueba, y la asunción de que los estándares reflejan un umbral, en lugar de dar cuenta de hacerlo con prototipos de legitimación.⁷⁰

La plausibilidad relativa, logra integrar los problemas de valoración y suficiencia en el campo legal, para lo cual ponen en competencia hipótesis que tienen la capacidad de integrar el conjunto

⁶⁸ GONZÁLEZ LAGIER, *supra* nota 67, p. 89.

⁶⁹ Así, como ejemplo de ello, que la decisión sobre si X efectivamente tenía en su poder un arma de fuego y sustancia estupefaciente (H¹) se pretende acreditar con la declaración del personal policial que realizó la requisa, mientras que (H²) se fundamenta en la ausencia de testigos ajenos a la repartición policial que convaliden el hallazgo. Los jueces A, B y C, debaten sobre la valoración de la prueba testimonial, y —con diferentes métodos para ello— señalan que H¹ estaría sólidamente respaldado, pero mientras que para A ello también es suficiente para condenar (estándar) los decisores B y C no coinciden, porque argumentan que hacerlo en base a la solitaria declaración policial podría exponer al conjunto de la comunidad a que sujetos materialmente inocentes fueran eventualmente imputados y condenados, desarticulando la función distributiva. DEI VECCHI, *supra* nota 60, 2021, p. 368.

⁷⁰ COLOMA CORREA, “Algo más sobre umbrales y prototipos”, en *Discusiones*, vol. 18, n.º 2 2016, pp. 107-133.

de las evidencias disponibles, tomando a ellas como un todo (de modo holístico);⁷¹ y lo que es más importante, permiten construir modelos de cuantificación de los costos asignados al riesgo del error (empírico), para realizar ajustes del sistema en su conjunto.

Este criterio inferencial (abductivo) se fundamenta en los siguientes criterios de vinculación entre hipótesis y evidencias:

1. *Simpleza*: pues estas clases de explicaciones descriptivas (H), al no involucrar grandes cantidades de premisas auxiliares, disminuyen la potencialidad de yerro.
2. *Consilencia*: la que describe la capacidad de unir conocimientos e información con distintas disciplinas que concurren en la explicación descriptivas (H) de un evento.
3. *Coherencia*: entendida como la capacidad de una explicación descriptivas de integrar armónicamente la mayor cantidad disponible de evidencias, con relación a las hipótesis alternativas, incluida la “hipótesis neutra” que resguarda el *estatus quo* (presunción de inocencia).

Un modelo de esta clase no solo resulta descriptivo de los sistemas procesales adversariales, sino también del modo en que actualmente operan los modelos continentales, tal como se propuso al inicio de este ensayo, propiciando a las partes a formular explicaciones comprensivas de estas tres premisas.

Así señalan ALLEN y PARDO,⁷² que: “*Las explicaciones rara vez explican por qué A, explican por qué A en lugar de B. Los intereses inferenciales en juego eligen los contrastes apropiados (o “medios de contraste”), si queremos explicar por qué A en lugar de B, o por qué A en lugar de C (o D, etcétera). Considérese si ‘la criada robo el collar’ proporciona una buena explicación del hecho de que se lo encontró en el bolsillo de ella. Podría serlo, si por otras pruebas fuese claro que alguien lo robo (en lugar de, por el contrario, esta extraviado, fue regalado o vendido). Pero supongamos que la controversia no es sobre quién robó el collar, sino sobre si el collar fue en realidad robado (o, por el contrario, fue dado como regalo). Ahora ‘la criada robo el collar’ ya no sería tan buena explicación, ya que no marca una diferencia relevante entre los intereses inferenciales en*

⁷¹ LIPTON, *Inference to the Best Explanation*, 2.ª ed., Londres, Routledge, 2004. En igual sentido señalan ALLEN / PARDO, “Judicial Proof and the Best Explication”, en *Law and Philosophy*, vol. 27, n.º 3, 2008, p. 230, que: “...la prueba jurídica implica, principalmente, inferencias inductivas en sentido amplio, no en sentido demostrativo”.

⁷² ALLEN / PARDO, *supra* nota 71, p. 232.

juego (“la mujer lo recibió como regalo”, también explica potencialmente por qué estaba en su bolsillo). La explicación era mejor, y por lo tanto es una inferencia más probable, cuando el contraste se establece con ‘otra persona ha robado el collar’, más que con el hecho de que éste fuera robado”.

De allí que una explicación guía las inferencias que se realizan desde las evidencias, en una eventual circularidad sistémica que conduce a la resolución; es decir, la hipótesis *explica* las pruebas, mientras que estas sirven para justificar la primera.

Pero esto no es necesariamente problemático, pues ayuda a dilucidar como la *explicación* dirige la inferencia que se apoya en prácticas científicas y cotidianas (máximas de experiencia). Es por ello que el argumento explicativo de la suficiencia también gobierna el juicio de la relevancia (la relevancia es científica y explicativa).

En el proceso judicial esta *circularidad* se desarrolla en dos etapas. En una primera se general *explicaciones* potenciales,⁷³ y en la segunda se realizan conexiones de las evidencias con las bases *explicativas* (relevancia material).

Es decir, en un caso se formulan hipótesis que permiten acumular pruebas consistentes con esa clase de descripción histórica del evento. Una vez que una de ellas es sometida a verificación y se transforman en la acusación (con la pretensión de alterar el *estatus quo*), es la parte contraria la que debe ofrecer versiones alternativas consistentes con esas evidencias, o con otras que proponga.⁷⁴

Por ello, ALLEN y PARDO⁷⁵ sustentan que: “Entonces, en cierto sentido, es literalmente cierto que el acusado, ya sea en un proceso civil o penal, no tiene que presentar una explicación alternativa, o alguna explicación en absoluto. Pero también es cierto que casi siempre lo hacen. La razón es obvia: si solo hay una explicación plausible de la evidencia, las personas desinteresadas y racionales concluirán que es la verdadera. En otras palabras, los acusados que “permanecen mudos” lo que a menudo está permitido por la ley, perderán”

⁷³ ANDERSON /SCHUM / TWINING, *Análisis de la prueba* (trad. Flavia CARBONELL y Claudio AGÜERO), Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 88.

⁷⁴ Entre ellas está la hipótesis neutra derivada de la presunción de inocencia, alegando que la acusación no logra integrar coherentemente toda la evidencia que produjo.

⁷⁵ ALLEN / PARDO, *supra* nota 59, p. 224.

Por lo tanto, cuando se deba tomar una decisión sobre la acreditación de la hipótesis sobre los hechos, es posible inferir cuál de ellas representa la mejor explicación en los términos de simpleza, consilencia y coherencia.

La inferencia a la mejor explicación, también, se basa en la idea de que el *éxito explicativo* se asocia a la capacidad de afirmar que determinadas hipótesis son verdaderas como una función de legitimación.

Cuando más respuestas proporcionen las evidencias explicativamente relevantes, determinadas por las disquisiciones suministradas con relación a las hipótesis en disputa, más fuerte será la inferencia de verdad de ese relato.

Para ello existen dos pasos en ese razonamiento.

En el primero, la comparación entre explicaciones, donde unas se imponen por sobre las otras bajo determinados elementos distintivos como son los criterios de coherencia, y luego un requisito de *suficiencia* de aquella triunfante con relación a las exigencias distributivas del riesgo del error, por medio de la cual se exige (en el campo penal) que no exista ninguna hipótesis alternativa, que favorezca la inocencia, y que sea igualmente compatible con la explicación de las evidencias.

Para proporcionar mayor contenido a esta relación de coherencia, es que AMAYA,⁷⁶ señala que la teoría del razonamiento basada en la *coherencia* permite sustentar que las decisiones jurídicas sean consecuencia de un proceso por medio del cual los determinadores de los hechos reconstruyan la presentación mental del problema a resolver, facilitando —con alto grado de confianza— la reducción de la complejidad que rodea esa tarea.

Es importante señalar que los casos procesados por los sistemas legales presentan varias notas distintivas de esa categoría compleja, pues la singularidad de los hechos que pretenden reconstruirse exhiben contradicciones, ambigüedades y una cantidad incommensurable de información, a la vez que la tarea encuentra restringida por múltiples normas y procedimientos,

⁷⁶ AMAYA, “Coherencia y virtud y prueba en el derecho”, en *Hechos, Evidencia y estándares de prueba, ensayos de epistemología jurídica*, Universidad de los Andes, Colombia, 2015.

que requieren emplear un razonamiento que simplifique y gobierne esa tarea con el propósito de adoptar una decisión que cuente con el mayor respaldo posible.

El único modo de administrar ese nivel, imposible de preestablecer, es con un enfoque global (holístico)⁷⁷ que determine una aproximación basada en los intereses derivados de los relatos explicativos disponibles. Ese punto sostiene concepciones *coherentistas* de la prueba por medio de los cuales hay que reputar como justificada una hipótesis cuando la misma pertenece a un sistema de creencias de esa clase.⁷⁸

Como se viene indicado, la *coherencia* tiene un papel fundamental en la etapa de generación de explicaciones y en la selección de las evidencias, pues sirve para disipar relatos altamente incoherentes con las creencias actuales, y que no se evalúan como suficientemente plausibles para explicar la presencia conjunta de las pruebas.

Estas inferencias son presentadas⁷⁹ por en una serie de cinco pasos, entre los que se encuentran:

1. *La especificación de la base de la coherencia*. Ella impone la necesidad de identificar el conjunto de hipótesis y pruebas relevantes sobre los que se realizan las inferencias coherentistas, lo cual implica un análisis general de funcionamiento de un sistema al indagar sobre las prácticas institucionales que guían los primeros momentos de las investigaciones, y como ellas pueden condicionar los posteriores, estrechando o ampliando la generación de hipótesis explicativas.

2. *La construcción de teorías del caso alternativas*. La coherencia no solo es un mecanismo que se aplica al momento de analizar cuál de todas las hipótesis es la más explicativa, sino que también interviene en los momentos en que ellas se están construyendo. Es así como *ab initio* se excluyen respuestas incoherentes con las creencias generales de la motivación humana o con principios causales comúnmente aceptados.

⁷⁷ Esto es así porque la explicabilidad que conecta evidencia e hipótesis, no puede hacerse de un modo aislado, ya que cada una de las primeras adquiere sentido y connotación en el marco de la estructura de pruebas dadas en un caso singular.

⁷⁸ AMAYA, “La coherencia en el derecho”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 35, 2012, pp. 60-90.

⁷⁹ AMAYA, *supra* nota 78, 2015, pp. 43-44.

3. *Una etapa de refinamiento.* Esto implica aumentar el grado de coherencia a través de la *sustracción*, la cual permite sobreponer una evidencia a otra en base a que ella explica mejor el conjunto de pruebas circunstanciales admitidas en el proceso. De allí que las conexiones de evidencias diluyen su singularidad, porque el sentido y connotación se retroalimenta con todas las que componen ese mosaico probatorio. En igual término se aplica la *adición*, por medio de las cual se sostiene la creencia de que una evidencia apoya una hipótesis, aunque de modo directo no lo haga, debido a otra que pone en crisis la confiabilidad de esta, y el sentido asignable.

4. *La evaluación coherentista expresada en una relación simétrica depende de nexos de explicación y analogía.* Es por ello que la simplicidad se integra como un elemento relevante para evaluar el grado de coherencia de una teoría del caso, ya que cuantas más hipótesis sean necesarias para explicar algo, menor será su grado de coherencia (al ampliar hipótesis derivadas).

5. La selección de la mejor justificación de la teoría del caso están dadas cuando su aceptación aumenta el grado de coherencia de nuestros sistemas de creencias.⁸⁰

Como puede advertirse, cada uno de estos pasos tienen su expresión particular en distintas etapas del proceso, por lo cual el riesgo del error no sólo se manifiesta como un yerro decisional, sino también forma parte del mismo proceso que conduce a estrechar la visión del asunto sometido a consideración; y ellos introducen costos al sistema en su conjunto, que deben ser empíricamente evaluados.

Las principales críticas que se han levantado a la propuesta aquí presentada, es que ellas no determinan que la hipótesis finalmente verificada sea necesariamente verdadera,⁸¹ en tanto puede suceder que exista un problema de consideración insuficiente de todos los posibles relatos que se podrían haberse formulado.

⁸⁰ Un procedimiento de este tipo permite resolver satisfactoriamente el ejemplo dado *supra* nota 55.

⁸¹ LAUDAN, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal* (trad. Edgar, AGUILERA), Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 89-118.

Es decir, que A sea mejor, y más coherente explicación que B, C o D, nada aporta en la medida que se haya dejado fuera de evaluación la hipótesis F, que se correspondía a la que verdaderamente describía el acontecimiento real.⁸²

Si bien esa impugnación no puede ser descartada a la ligera, tampoco hay que precipitarse y considerar que ella queda encapsulada en el enfoque explicativo.

Los espacios de incertidumbre sobre el valor de la evidencia (tomada en conjunto), incluso para generar hipótesis, afectan a todos los procesos reconstructivos por igual, y para que esa crítica tuviera un punto de apoyo sólido debería suministrar un mecanismo de evaluación que no solo fuera capaz de identificar que F fue dejada de lado, sino que —lo más importante aún— que ella era la hipótesis verdadera.

Es decir, asumir que la inferencia a la mejor explicación pudo haber dejado fuera la consideración de alguna otra hipótesis, mucho más *explicativamente* apta para la resolución del caso, implica disponer de un modelo que permita afirmar que esa “hipótesis no considerada” realmente existe y está disponible, que es “verdadera”, y que las partes involucradas que podían aprovecharse de las consecuencias de ella, la dejaron deliberadamente de lado.

Si el sistema adversarial parte del presupuesto de que la defensa también participa (incluso cuando asume un rol pasivo) de la construcción de esa empresa reconstructiva, la configuración litigiosa de supuesto de aquella clase no parece reflejar un escenario razonable.

Pero, también es posible reducir los riesgos asociados a esta crítica, asumiendo que los sistemas procesales (desde lo organizacional, gestión burocrática y tensiones de gobernanza), deben generar incentivos para que la construcción de hipótesis explicativas sean el producto de ejercicios *epistémicamente responsables* destinados a maximizar la coherencia.⁸³

El sistema legal impone la obligación de buscar la mayor cantidad de pruebas acerca de las proposiciones que son dudosas, evitando juicios arrojados a partir de un puñado de ellas, y los compromisos éticos de sus integrantes se asocian con las virtudes individuales relevantes para

⁸² Comparte esta objeción ACCATINO, *supra* nota 53, p. 29.

⁸³ AMAYA, *supra* nota 78, 2012, p. 78.

promover una mente abierta para enfrentarse a la reconstrucción de un evento incierto, sin que tomen parte sesgos de confirmación en la adquisición de evidencias,⁸⁴ lo cual implica posicionamientos *epistémicamente irresponsables* que tienen una potencialidad de conducir al sistema reconstructivo a problemas generalizados y predicables a cualquier modelo.⁸⁵

Estas consideraciones permiten superar las objeciones que se le dirigen a la inferencia a la mejor explicación, pues no se trata de establecer una *plausibilidad relativa* entre diversas hipótesis, sino entre todas las presentadas, luego de un demostrado ejercicio de exhaustividad epistémicamente responsable, efectuando comparaciones sobre la prueba válidamente incorporada al proceso.

A la vez ese enfoque facilita la comprensión sobre el rol fundamental que cumplen los investigadores, el acusador, la defensa y el juez como tercero imparcial en un modelo adversarial, ya que todos colocan las condiciones del litigio dentro de la cual las evidencias establecen conexiones explicativas con los relatos suministrados.

III. Distribución de los costos del riesgo del error

Tal como se destacó en los apartados anteriores, no es posible adoptar decisiones adjudicativas, en el campo legal, sin asumir el riesgo de cometer errores, pues ello es incito a la inaccesibilidad de un método certero y preciso en aquella asignación.

Quien no está dispuesto a sustentar un sistema con determinados márgenes de riesgo, debería propiciar una cesación absoluta de esa actividad.⁸⁶

⁸⁴ Las disposiciones normativas sobre incompatibilidades, inhabilidades y recusaciones de jurados favorecen indagaciones de esta clase, que no parecieran estar disponibles cuando los asuntos son resueltos por jueces profesionales estables.

⁸⁵ Un estudio que indaga sobre las relaciones entre órganos de acusación, policía, víctimas y la comunidad, desde la que emergen un conjunto de sesgos, puede ser encontrada en SIMON, *In Doubt, The Psychology of the Criminal Justice Process*, Cambridge, Harvard University Press, 2012. A su vez, indagando sobre esas relaciones, pero enfocadas en jueces profesionales puede consultarse BARRY, *How Judges Judge. Empirical insights into judicial decision-making*, Nueva York, Routledge, 2023.

⁸⁶ Este es un argumento fuerte, y de hecho lo fue, para no convalidar penas absolutas; y particularmente aquellas de consecuencias idénticamente irreversibles, como la “pena de muerte”, tal como supo sustentar la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en “*Furman v. Georgia*” (408 US 238, 1972), aunque lamentablemente luego perdió ese sendero moral. En igual sentido, BURT, *La muerte es esa mujer que deambula tomando nombres* (trad. Agustina RAMÓN

Las dificultades de adaptar un concepto de estándar probatorio entendido como un umbral, a las exigencias propias del campo legal, imponen una reconsideración de ellos como prototipos que expresan la corroboración de los hechos probados en términos de inferencias a la mejor explicación.

Pero esto no quiere decir que no exista gradaciones que impongan mayores correlaciones coherentistas en el campo penal que el exigido en otras áreas del derecho.

Este enfoque implica no detenerse en ponderaciones exclusivamente morales expresadas en los riesgos del error, sino —antes bien— en el modo en que *los costos* de esos riesgos se asignan,⁸⁷ en función de influir en el comportamiento primario de una comunidad, permitiendo alcanzar los objetivos primordiales de una organización social que emplea el derecho como una herramienta para la consecución de esos fines.⁸⁸

Cuando se miden *costos* del riesgo, existe la posibilidad de realizar ponderaciones empíricas sobre aquél asignado al modelo de relevancia, valoración y suficiencia anteriormente fundamentado. Ciertamente esto es consecuencial, o utilitarista, al igual que presentar al estándar (y su función distributiva) como un predicado moral; pero difiere sustancialmente de esto último, porque mientras la consideración metafísica detiene el asunto, impidiendo su integración en un propósito más amplio, esto no sucede con la consideración de los costos del riesgo del error, que

MICHEL), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2016, p. 191, sostuvo: “Una defensa realista de la pena de muerte debe partir de la admisión explícita de que no hay institución humana que posea un conocimiento perfecto y que, si la sociedad estadounidense quiere mantener los beneficios que considera hay en la pena de muerte, debe necesariamente conformarse con algo imperfecto”. Por supuesto que esta tribulación moral siempre puede ser removida por la jactancia de un dirigente político que, tal como hizo Bush, sea capaz de exponer que: “...todas las personas que fueron ejecutadas en Texas, bajo mi supervisión, eran culpables de los delitos que fueron acusados” (la referencia de ello en RIMER / BONNER, “On the Record/Capital Punishment in Texas. Bush Candidacy Puts Focus on Executions”, *New York Times*, 14/5/2000. Disponible en <https://www.nytimes.com/2000/05/14/us/record-capital-punishment-texas-bush-candidacy-puts-focus-executions.html> [enlace verificado el día 5 de febrero de 2025]).

⁸⁷ La afirmación de que el “riesgo” del error es meramente conceptual, empleada para fundamentar una relación distributiva, donde no existe nada empírico que deba ser verificado, no es correcta. Quien alega en este sentido es FERRER BELTRÁN, *supra* nota 10, p. 36, cuando señala “...la distribución del riesgo del error es una consecuencia conceptual del estándar, de modo que no habría nada que comprobar empíricamente”. La afirmación, tal como se expuso en un comienzo, resulta extraña, porque sus términos se refieren a conceptos claramente empíricos.

⁸⁸ ALLEN, “How to Think About Errors, Costs, and Their Allocation”, en *Engage*, vol. 12 I. 13, 2012, pp. 105-109.

pasan a ser un elemento de juicio más dentro de la consideración del sistema legal como uno adaptativo complejo.

A los fines de ejemplificar esto último es posible considerar un ejemplo general. En el campo económico, la producción industrial genera contaminación ambiental, y se corre el riesgo de daños a la vida, la propiedad y el flujo económico de una comunidad dada.⁸⁹ Cuando se toma la decisión de reducir los costos de producción, con el propósito de aumentar la cantidad de bienes para equilibrarla con la demanda (lo cual fomenta beneficios en el empleo, la estabilidad de precios, los derechos de propiedad y el flujo del comercio), también se aumentan los costos medioambientales que esa producción genera.

Por lo tanto, el productor puede *externalizar* parte de su costo al verter desechos en el río (en la medida que las reglas así lo permitan), pero en ese caso el valor real del bien no refleja el costo social futuro, ya que el aumento de la contaminación alterará la ecuación económica inicial.

De allí que para distribuir los costos asociados al conjunto de intereses (el cierre de la fábrica mejoraría las proyecciones medioambientales, pero a costa de un aumento de precios, desocupación y parálisis del comercio, que impediría el desarrollo comunitario) se debe tomar el *costo social real*. Es así que las reglas imponen *internalizar* en el precio del producto la reducción de los impactos de contaminación generada, *externalizando* un aspecto marginal.

Este equilibrio permanente, en el que interviene el conjunto de elementos anteriormente señalados, que hacen al sistema legal (reglas, organizaciones, gobernanza, litigio, disposiciones sobre las evidencias), pueden ser denominados como “reglas de optimización”, destinadas a alinear los costos con los efectos.⁹⁰

⁸⁹ El cálculo también debe incorporar el riesgo de daño futuro.

⁹⁰ ALLEN, *supra* nota 88, p. 106, donde señala que: “El efecto combinado del descuido de la relación interactiva entre el comportamiento primario y de litigio, y la curiosa concepción de un error es obvio. El resultado es oscurecer el hecho de que las decisiones judiciales no son solo una parte del resultado del sistema legal. Las partes negocian los resultados tanto en casos civiles como penales. Lo hacen a la sombra de los juicios (entre otras cosas), pero los resultados en esos casos son obviamente parte de los efectos de bienestar social total de un sistema legal. Además, las partes toman esas decisiones en un entorno dinámico, no estático, lo que lleva a preguntarse cómo regular procesos tan complejos de la manera más efectiva”.

Con lo expuesto puede advertirse que la distribución de costos es dinámica, porque ellas reflejan las prácticas procesales, las estrategias de investigación y el comportamiento litigioso de los involucrados. Es decir, las relaciones sobre la distribución de los costos del riesgo del error no son exclusivamente dependiente del decisor, sino que ellas se condicional por la interacción de las partes, las estructuras legales, los modelos organizacionales, las prácticas institucionales, las tensiones de gobernanza, y los objetivos propuestos al sistema legal.

Un ejemplo aplicado al campo legal puede ilustrar el punto. Cuando la Corte Suprema de Justicia emitió el precedente “Góngora”,⁹¹ por medio del cual prohibió que se realizaran suspensiones de juicio a prueba en los supuestos de violencia de género, al tensionar las capacidades explicativas en supuestos donde existen diversas hipótesis cuyo deslinde implican demandas epistémicas de imposible satisfacción, externalizó los costos de riesgo del error del falso negativo en las víctimas, ya que supuestos que podrían verse captados por aquél instituto, culminaron en desestimaciones o archivos,⁹² y en aumentos de medida de prohibición de acercamiento *cuasi* administrativas, que proporcionaron un efecto *cuasi* equivalente a los generados por la suspensión de juicio a prueba que fue genéricamente rechazada.⁹³

IV. El sistema legal como un modelo adaptativo complejo

En función de lo expuesto, conjuntamente con la crítica a los modelos probabilísticos,⁹⁴ y con la capacidad de generar modelos de evaluación de los costos del riesgo del error, el modelo de plausibilidad relativa también permite describir un sistema legal como un modelo adaptativo complejo, en el que confluyen cuestiones que están más allá —aunque lo incorporan— al litigio en sí.

⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Góngora, Gabriel Arnaldo”, 23 de abril de 2013 (Fallos 336:392).

⁹² Esto es empíricamente demostrable con una investigación que recopile y entrelace la información estadística (si la hubiera disponible).

⁹³ De un modo u otro, el sistema volvió a internalizar el costo, pero lo hizo con un valor marginal. Una profundización de este argumento se encuentra en SCHIAVO, “Estándares de comprobación en delitos vinculados a la violencia de género”, en *Género y Derecho Penal*, AA.VV., en DE LA FUENTE / CARDINALI (dirs.), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2021, p. 455.

⁹⁴ Este modelo de razonar es aquel que promueve expresiones tales como “la evidencia no resulta suficiente para condenar”, o “se ha rebajado el estándar probatorio”, que en una multiplicidad de casos se han transformado en una fraseología insustancial, que no logra superar los problemas de conceptualizar los estándares como umbrales.

Este último se enmarca en un contexto más amplio, ya que se desarrolla sobre estructuras organizacionales prototípicas (organizacional), en la que confluyen tensiones (gobernanza), relaciones entre diversas agencias gubernamentales (policía y demás organismos de investigación), presiones sociales, y compromisos legales que asignan finalidades específicas a la intervención pública,⁹⁵ con el propósito de intervenir en el comportamiento primario de la comunidad.

Para ello resulta necesario contemplar las condiciones de complejidad, ya que ellas presentan rasgos estructurales y singulares que los diferencian de otras disciplinas reconstructivas, y que en términos globales podrían ser denominadas como las *condiciones de litigio*.

Entre estas cabe destacar los intereses especiales de quienes confluyen en un caso, y que conduce a una puja sobre el conjunto de los elementos constitutivos del proceso reconstructivo, lo cual permite dotar de relevancia a una evidencia o conjunto de ellas para estructurar argumentos de suficiencia.

Es decir, la prueba no implica, o asume, una mera cuestión inferencial, sino que incentiva e informa —como un atractor nodal— a todo el modelo legal.

Otro ejemplo puede ilustrar adecuadamente este argumento. La declaración de un oficial de policía que señala haber observado como X vendía estupefacientes a Y (quien no resulta identificado), avalado por la detención del primero, a quien se le encontró una escasa cantidad de esa sustancia, no puede ser resuelto con un análisis asilado de esa modesta evidencia, porque la decisión que se adopte sobre ella producirá incentivos para alterar el funcionamiento global.

Es así que la convalidación de la imputación en base a ese solitario testimonio, conferirá un poder discrecional a la fuerza policial en el campo social, que tenderá a diluir los compromisos epistémicos, aumentarían los sesgos, y diluirá las condiciones de coherencia antes señaladas. No se

⁹⁵ Un claro ejemplo de ello puede advertirse en el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Manuela v. El Salvador” del 2 de noviembre de 2021, en el que fueron impuestos deberes activos (y reforzados) de investigación en casos que involucran cuestiones de género.

trata de que se rebaja un umbral,⁹⁶ sino que no se configura un prototipo capaz de garantizar una función de preferencia distributiva en la asignación del riesgo del error.⁹⁷

Es por ello que el proceso tiene que administrar estos puntos nodales, cuyos niveles de complejidad permitan hacerlos dominables en un punto en el que sea posible concluir con una decisión adjudicativa de derechos razonablemente fundamentada.

Este es uno de los elementos distintivos del campo legal, frente a otras disciplinas reconstructivas donde la decisión puede diferirse hasta gobernar los espacios de incertidumbre. Las jueces deben —en algún momento y dentro de un plazo razonable— adoptar una decisión, y ello es imposible sin ajustar la teoría general del proceso con la de la prueba, de tal modo que ambas puedan ejercer ese dominio sobre las múltiples y singulares variables que intervienen.⁹⁸

Este enfoque como dominio de la *complejidad* cambia radicalmente la concepción del proceso propiciando adaptaciones a los prototipos representados por esos estándares, asumiendo una posición intervencionista del derecho en la realidad social, con el propósito de satisfacer objetivos previamente delimitados.

Esto no puede ser descripto de manera estática como una sucesión de rituales legalmente regulados, donde se presentan las evidencias destinadas a satisfacer *umbrales* que, como tales resguardan una opción moral (distributiva). Por el contrario, para comprender el funcionamiento se debe recurrir a un modelo adaptativo en el que aquél se reconfigura.

De este modo, es posible concebir el sistema jurídico, y al derecho probatorio en particular, como un modelo de optimización de diversas variables que fluyen de modo dinámico, lo que tiene

⁹⁶ Porque estos términos, y su implicancia, ya fueron rechazados a lo largo del trabajo.

⁹⁷ Si un modelo legal se organizara recurrentemente sobre esta relación de gobernanza, los imputados (aún aquellos materialmente inocentes) tendrían pocos incentivos para litigar, privilegiando la realización de juicios abreviados, con importantes descuentos de pena, que permitan recuperar prontamente la libertad a los implicados (sean que se encuentren detenidos preventivamente o no). Este funcionamiento burocrático tenderá a una administrativización de la administración de justicia, y que generará, en sus agentes, una tendencia a privilegiar los casos que se pueden “abreviar”, influyendo (explícita, o implícitamente) en las relaciones probatorias que hacen al litigio. Un análisis de este tipo, denunciando la “administrativización” puede advertirse en LANGER, “Plea Bargaining as Second-Best Criminal Adjudication and the Future of Criminal Procedure Thought in Global Perspective”, en *Research Handbook of Plea Bargaining*, Luke Marsh Eds., 2023.

⁹⁸ ALLEN, *supra* nota 62, 2013, pp. 62.

un enorme poder explicativo, pues se parte de un sistema que puede ser evaluado debido a los efectos que genera para los objetivos buscados.⁹⁹

Una propuesta estructural de esta clase requiere realizar reajustes, u optimizaciones, en las reglas que confluyen a la generación de la asignación de costes del error, tomando como uno de sus parámetros la *gravedad* asignada a los casos, y los incentivos que están más allá de un supuesto particular.

V. Bibliografía

ACCATINO, Daniela, “Atomismo y Holismo en la justificación probatoria”, en *Isonomía*, n.º 40, 2014, pp.17-59.

—, “Teoría de la prueba ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, en *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n.º 39, 2019, pp. 85-102.

AGUILERA, Edgar, “Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídico (razonablemente) objetivos”, en *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Corte*, México: Centro de Estudios Constitucionales, 2021, pp. 403 - 452.

—, “Los estándares de prueba: Revisión crítica de su caracterización como umbrales o prototipos, y algunas alternativas”, en *Discusiones*, n.º 30, 2023, pp. 227–274.

ALLEN, Ronald J., “How to Think About Errors, Costs, and Their Allocation”, en *Engage*, vol.12 I. 13, 2012, pp. 105-109.

—, “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en *Estándares de prueba y prueba científica* (trad. Diego DEI VECCHI y Carmen VÁZQUEZ), Marcial Pons, Madrid, 2013.

—, “Taming complexity: rationality, the law of evidence and the nature of the legal system”, en *Law, Probability and Risk*, vol. 12, 2013, pp. 99-113.

⁹⁹ ALLEN, *supra* nota 62, 2013, pp. 63.

—, “Naturalized Epistemology and the Law of Evidence. Revision”, en *Questio Facti. International Journal on Evidential Reasoning*, n.º 2, 2021, pp. 253-284.

ALLEN, Ronald J. / PARDO, Michael S., “Judicial Proof and the Best Explication”, en *Law and Philosophy*, vol. 27, n.º 3, 2008, pp. 223-268.

ALLEN, Ronald J. / PARDO, Michael S., “Relative Plausibility and its Critics”, 2018. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3179601> [enlace verificado el día 5 de febrero de 2025].

AMAYA, Amalia, “La coherencia en el derecho”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 35, 2012, pp. 59-90.

—, “Coherencia y virtud y prueba en el derecho”, en *Hechos, Evidencia y estándares de prueba, ensayos de epistemología jurídica*, Universidad de los Andes, Colombia, 2015.

ANDERSON, Terence / SCHUM, David / TWINING, William, *Análisis de la prueba* (trad. Flavia CARBONELL y Claudio AGÜERO), Marcial Pons, Madrid, 2015.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal”, en *Estudios de Jurisprudencia*, n.º 1, 1992.

BARRY, Brian M., *How Judges Judge. Empirical insights into judicial decision-making*, Nueva York, Routledge, 2023.

BUNGE, Mario, *Epistemología*, 3.ª ed., Buenos Aires, siglo XXI editores, 2002.

BURT, Robert A., *La muerte es esa mujer que deambula tomando nombres* (trad. Agustina RAMÓN MICHEL), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2016.

COHEN, Jonathan, *Lo probable y lo demostrable* (trad. Orión Vargas Vélez), Medellín, 2017.

COLOMA CORREA, Rodrigo, “Algo más sobre umbrales y prototipos”, en *Discusiones*, vol. 18, n.º 2, 2016, pp. 107-133.

—, “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”, en *Discusiones*, vol. 18, n.º 2, 2016, pp. 23-57.

- DAMAŠKA, Mirjan, “Of Hearsay and Its Analogues”, en *Minnesota Law Review*, vol. 76, 1992, pp. 425-458.
- DANCY, Jonathan, *Introducción a la epistemología*, Madrid, Tecnos, 1993.
- DEI VECCHI, “Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 43, 2020, pp. 397-426.
- , “Prueba sin convicción en su justa medida. The objectivist Conception of Standards of Proof Problems and Projects”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 45, 2022, pp. 337-373.
- ENOCH, David / SPECTRE, Levi / FISHER, Talia, “Statistical Evidence, Sensitivity, and the Legal Value of Knowledge”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 40, n.º 3, 2012, pp. 197-224.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón* (trad. Perfecto Andrés IBÁÑEZ), Madrid, Trotta, 1995.
- Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- , *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- , *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2016.
- , *Prueba sin convicción, estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre la prueba y verdad de Michele Taruffo”, en *Discusiones*, n.º 3, 2003, pp. 43-54.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)”, en *Jueces para la democracia*, n.º 46, 2003, pp. 17-26.
- , “Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2020, pp. 79-97.
- HACKING, Ian, *El surgimiento de la probabilidad*, Cambridge, Gedisa, 1995.

HUFFMAN, Mark L., “When the Blue Bus Crashes into the Gate: The problema with People v. Collins in the Probabilistic Evidence Debate”, en *University of Miami Law Review*, vol. 46, 1992, pp. 975-1008.

KAPLAN, “Decision Theory and the Factfinding Process”, en *Stanford Law Review*, vol. 20, 1968, pp. 1065-1092.

LANGER, Máximo, “Plea Bargaining as Second-Best Criminal Adjudication and the Future of Criminal Procedure Thought in Global Perspective”, en *Research Handbook of Plea Bargaining*, Luke Marsh Eds., 2023.

LAUDAN, Larry / ALLEN, Ronald J., “Deadly Dilemmas II: Bail and Crime”, en *Chicago Law Review*, n.º 85, 2010, pp. 23-42.

LAUDAN, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal* (trad. Edgar, AGUILERA), Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

—, *La elemental aritmética epistémica del derecho II: Los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal*, en *Estándares de prueba y prueba científica, ensayos de epistemología jurídica* (trad. Maximiliano ARAMBURU), Madrid, Marcial Pons, 2013.

—, *The Law's Flaws. Rethinking Trial and Errors?*, Londres, Law and Society Series Editors, 2016.

LIPTON, Peter, *Inference to the Best Explanation*, 2.ª ed., Londres, Routledge, 2004.

MANCHA ROMERO, Pedro Miguel, *Teoría de la complejidad, caos y derecho: una lectura jurídica de las dinámicas emergentes y no lineales*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

MCNAUGHTON, John T., “Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion”, en *Harvard Law Review*, vol. 68, n.º 8, 1955, pp. 1382-1391.

NESSON, Charles R., “Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity”, en *Harvard Law Review*, vol. 92, 1979, pp. 1187-1225.

PALEY, William, *The principles of moral and Political Philosophy*, Indianapolis, Liberty Fund, 1785 (reimp. 2002).

PARDO, Michael S., “The Paradoxes of Legal Proof: A critical Guide”, en *Boston University Law Review*, vol. 99, 2019, pp. 233-290.

PICINALI, Federico, *Justice In-Between: A Study of Intermediate Criminal Verdict*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

RIMER, Sara / BONNER, Raymond, “On the Record/Capital Punishment in Texas. Bush Candidacy Puts Focus on Executions”, *New York Times*, 14/5/2000. Disponible en <https://www.nytimes.com/2000/05/14/us/record-capital-punishment-texas-bush-candidacy-puts-focus-executions.html> [enlace verificado el día 5 de febrero de 2025).

ROMILLY, Samuel, *The speeches of Sir Samuel Romilly in the House of Commons*, vol. I, Londres, James Ridgway and Son, 1820.

SCHIAVO, Nicolás, *El juicio por jurados*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

—, “Estándares de comprobación en delitos vinculados a la violencia de género”, en *Género y Derecho Penal*, AA.VV., en Javier Esteban DE LA FUENTE / Genoveva Inés CARDINALI (dir.), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2021.

—, *Función distributiva del estándar probatorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2023.

SCHUM, David, *The evidential foundations of probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press, 2001.

SHAPIRO, Barbara, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*, California, Berkeley, 1991.

SIMON, Dan, *In Doubt, The Psychology of the Criminal Justice Process*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

SIMPSON, Thomas Moro, *Formas lógicas, realidad y significado*, 2.^a ed., Buenos Aires, EUDEBA, 1975.

TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, (trad. Jordi FERRER BELTRÁN), Madrid, Trotta, 2002.

—, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en *Discusiones*, n.º 3, 2003, pp. 15-41.

—, *Simplemente la verdad, El Juez y la construcción de los hechos*, (trad. Daniela ACCATINO), Madrid, Marcial Pons, 2010.

TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

TRIBE, Laurence H., “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, en *Harvard Law Review*, n.º 84, 1971, pp. 1329-1393.

TWINING, William L., *The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship*, E. Campbell & L. Waller, 1982.

WHITMAN, James Q., *Orígenes de la duda razonable, Raíces teológicas del proceso penal*, (trad. Nicolás SCHIAVO), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2015.

Traducción

EL EXCEPCIONALISMO ESTADOUNIDENSE EN LA DESIGUALDAD Y LA
POBREZA: UNA EXPLICACIÓN HISTÓRICA (TENTATIVA)*

Nicola LACEY y David SOSKICE**

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2023

Fecha de aceptación: 5 de agosto de 2023

I. Resumen

Realizar un estudio de caso sobre los Estados Unidos es interesante para observar los vínculos complejos entre el crimen, el castigo y la desigualdad, ya que el país se destaca en términos de desigualdad medida por una serie de estándares económicos; en niveles de crímenes violentos graves; y en las tasas de encarcelamiento, vigilancia penal e inhabilitaciones posteriores a la condena. En este capítulo, nos basamos en trabajos anteriores que sostienen que el aumento excepcional de los delitos violentos y el castigo en los Estados Unidos desde mediados de la década de los setenta hasta principios de la década de los noventa del siglo XX podría explicarse por la interacción de cuatro variables políticas y económicas: un “cambio de régimen tecnológico”; las

* Traducción del inglés de Flora Bosch y Lucía Dalto Rodríguez (UIBA). Publicado originalmente bajo el título “American Exceptionalism in Inequality and Poverty: A (Tentative) Historical Explanation”, en *International Inequalities Institute Working Paper 32, The London School of Economics and Political Science*, 2019 [en línea], disponible en <https://www.lse.ac.uk/International-Inequalities/Publications/All-LSE-III-Working-Papers>. Recientemente, se ha publicado otra versión: “American Exceptionalism in Inequality and Poverty: A (Tentative) Historical Explanation”, en LACEY/SOSKICE/CHELIOTIS/XENAKIS (eds.), *Tracing the Relationship between Crime, Punishment and Inequality: Space, Time, and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 41-67. Se mantuvo el formato de citas del original.

** Sobre los autores: Nicola Lacey es profesora de Derecho, Género y Políticas Sociales en la London School of Economics. David Soskice es profesor de Ciencias Políticas y Economía en la London School of Economics. Nuestro más sincero agradecimiento a María David por su gran ayuda en la investigación. También a ella y a Ely Aaronson, Leo Cheliotis, Sappho Xenakis y al público de la conferencia en la British Academy y en el seminario de Criminología de Oxford All Souls por sus comentarios, que fueron de mucha ayuda.

“variedades de capitalismo” y las “variedades de estado de bienestar”; los tipos de “sistemas políticos”; y, de manera crítica y específica, los Estados Unidos como un caso radicalmente atípico en el grado de democracia local. En este artículo, nos hacemos tres preguntas adicionales que se desprenden de nuestro trabajo anterior. Primero, ¿por qué surgieron patrones de democracia local tan distintivos en los Estados Unidos? ¿Y hasta qué punto esta estructura política está ligada a las políticas y la historia de la raza? En segundo lugar, ¿qué implicó el desarrollo histórico particular de la economía política estadounidense en el siglo XIX para la estructura de las instituciones de justicia penal? Y por último, ¿por qué la carga del crimen y del castigo recaerá de manera tan desproporcionadamente desigual sobre las personas afroamericanas?

Desde cualquier punto de vista, los Estados Unidos es un país que resulta interesante para realizar un estudio de caso, dados los complejos vínculos que presenta entre el crimen, el castigo y la desigualdad. A pesar de que existe mucho conocimiento en torno a este tema en diversas disciplinas, esos vínculos, y la existencia y la dirección de los vectores causales entre ellos siguen siendo debatidos. Sin embargo, en términos generales, hay consenso acerca de que las sociedades con niveles altos de desigualdad tienden también a exhibir niveles altos de delincuencia (en particular de delitos violentos) y de castigo. No obstante, la mayor parte de los casos que ejemplifican esta observación presentan, además, una o ambas de las siguientes características adicionales: la incorporación insegura y/o muy reciente de un sistema político democrático; y la incorporación tardía y/o incompleta de un sistema económico capitalista “desarrollado”. Entre otras naciones con tradiciones democráticas de larga data y con economías capitalistas desarrolladas, los Estados Unidos se destaca en una serie de características clave: desigualdad medida por una serie de estándares económicos (LINDERT y WILLIAMSON 2016; PICKETT y WILKINSON 2009); niveles de crímenes violentos graves (GALLO *et al.* 2018; ROTH 2009); tasas de encarcelamiento y tasas de vigilancia penal e inhabilitaciones posteriores a la condena (ENNS 2016; GARLAND 2017; 2018; LACEY 2008; REITZ (ed.) 2018). Presenta un coeficiente de Gini de 0,39 frente a 0,35 en el Reino Unido (OCDE 2019); una tasa de homicidios cinco veces mayor que la del Reino Unido y 2,57 o 7 veces mayor que el promedio de la OCDE (Grupo del Banco Mundial 2017)¹; y una tasa de encarcelamiento que, incluso después de una modesta reducción durante la

¹ Los datos abiertos del Banco Mundial sobre los países individuales de la OCDE para 2015 (o el año más cercano disponible), incluidos los Estados Unidos, muestran una tasa de homicidios de 1,93, lo que implica que la tasa de homicidios de los Estados Unidos es 2,57 veces mayor que el promedio. GRINSHTEYN y HEMENWAY (2016) utilizaron

última década (PHELPS y PAGER 2016; REITZ 2018), sigue siendo cuatro veces mayor que la de otras economías de libre mercado como Escocia, Inglaterra, Gales, Nueva Zelanda y Australia. Así, los Estados Unidos ocupan la posición poco envidiable de ser el caso atípico en todos los indicadores incorrectos. E incluso sobresale entre las economías de libre mercado de las democracias modernas más desiguales, criminógenas y punitivas, de las que tantas veces se ha autoproclamado líder.

En trabajos anteriores, sostuvimos que el aumento excepcional de los crímenes violentos y del castigo en los Estados Unidos desde mediados de la década de los setenta hasta principios de la década de los noventa podría explicarse por la interacción de cuatro variables políticas y económicas: un “cambio de régimen tecnológico” (en este caso, el colapso del fordismo); las “variedades de capitalismo” (HALL y SOSKICE 2001; LACEY 2008; LACEY *et al.* 2018) y las “variedades de estado de bienestar” (ESPING-ANDERSEN 1990) (los Estados Unidos como economía de mercado liberal y un estado de bienestar liberal); el “sistema político” (los Estados Unidos como un sistema político de representación competitiva/mayoritaria más que negociada/proporcional) (LIJPHART 1984; 1999); y, de manera crítica y específica, los Estados Unidos como un caso radicalmente atípico en el grado de democracia local, con políticas sobre zonificación residencial, educación pública (desde jardín de infantes hasta el último año del secundario), vigilancia, acusación, justicia y transporte, todo decidido directa o indirectamente por los votantes locales (FISCHEL 2001; 2004; LACEY y SOSKICE 2015; 2018).

En términos amplios, sostenemos que el aumento de los delitos violentos fue causado por la pobreza, la falta de prestaciones sociales, el acceso limitado a la educación y la falta de vigilancia policial eficaz, en los tramos en los que las políticas de zonificación segregaron a los que salieron perdiendo con el colapso del fordismo. Todas estas políticas favorecieron a los votantes locales medios, puesto que reforzaron los precios de la vivienda y redujeron los impuestos a la propiedad (GALLO *et al.* 2018; LACEY y SOSKICE 2015; 2018; MILLER 2016; 2018). Y esa misma dinámica le dio forma a una política de castigo distintiva y tóxica, especialmente a partir de la década de los setenta. En particular, estos patrones de segregación residencial impulsados por las elecciones

datos de 2010 sobre veinticuatro países de la OCDE, pero dejaron afuera a los Estados Unidos, y calcularon que la tasa para ese país era siete veces mayor que la del promedio sin los Estados Unidos.

reforzaron y agravaron la gran desigualdad racial, una característica adicional y muy llamativa de la historia de los Estados Unidos. Y aunque la sobrerrepresentación de personas afroamericanas e hispanoamericanas en el sistema de justicia penal se corresponde con niveles comparables de desproporción en cuanto a raza en los sistemas penitenciarios de países como Nueva Zelanda, Inglaterra o Gales, siguen existiendo importantes diferencias en la política racial estadounidense sobre el crimen y el castigo que, sostenemos, se relacionan específicamente con el poder de la política local estadounidense (PETERSON y KRIVO 2010; SCHNEIDER y TURNEY 2015).

Investigaciones recientes en una serie de disciplinas han contribuido a formar la base teórica y de evidencia para nuestra hipótesis. Historiadores y politólogos han identificado la tendencia de la fragmentación política estadounidense a desencadenar fuerzas polarizadoras “centrífugas” (GERSTLE 2015: 154-5; KING 2000; 2005; 2017; KING y SMITH 2005; 2011; MILLER 2016). Asimismo, el impacto clave que tienen la democracia local y las instituciones de justicia penal locales en el desarrollo de políticas de justicia penal se ha confirmado en una variedad de trabajos sobre criminología (APPLEMAN 2017; BROWN 2016; CAMPBELL 2014; 2016; 2018; VERMA 2016). Más específicamente, muchos estudios recientes han confirmado el impacto decisivo que los ciclos electorales tienen en la toma de decisiones tanto del Poder Judicial como de los fiscales de distrito (BERDEJÓ y CHEN 2017; NADEL *et al.* 2017; PARK 2017). En la mayoría de estos estudios, el hallazgo es que, bajo las condiciones imperantes desde el colapso del fordismo, a partir de la década de los setenta, estas dinámicas electorales han alimentado una trayectoria ascendente del punitivismo. De hecho, PFAFF (2017; ver también LYNCH 2018) ha llegado a afirmar, sobre la base de un análisis empírico meticuloso, que la reforma más importante que se necesita para avanzar en el desmantelamiento del encarcelamiento masivo sería la eliminación de la elección por sufragio ciudadano de los fiscales. Hemos identificado los niveles excepcionales de segregación residencial existentes en los Estados Unidos como un mecanismo clave a través del cual la democracia local produjo y mantuvo la desigualdad en las esferas de la educación, la economía y la justicia penal. El impacto y los patrones cambiantes que estos niveles tienen siguen llamando mucho la atención a las ciencias sociales (ELLEN y STEIL [eds.] 2019; SAMPSON 2019; SCHNEIDER y TURNEY 2015; SMITH 2012). Particularmente desde los años setenta, criminólogos, politólogos, sociólogos e historiadores se han dedicado a analizar tanto el fenómeno de larga data de niveles inusualmente altos de desigualdad en los Estados Unidos (LINDERT y WILLIAMSON 2016) y el fracaso en el desarrollo de un estado de bienestar integral, como la correlación entre la desigualdad y las prestaciones sociales mezquinas con los cambios en el crimen y el punitivismo (GARLAND 2017;

2018; HINTON 2016; PHELPS y PAGER 2016; REITZ [ed.] 2018; ROTH 2009; 2018; SCHOENFELD 2018; TONRY 2018).

Como resultado de este conocimiento, se está llegando, de a poco, a una comprensión más acabada de los mecanismos culturales, institucionales y políticos a través de los cuales se producen y mantienen esos insólitos resultados en materia de delincuencia, castigo y desigualdad en los Estados Unidos. También están surgiendo algunas hipótesis prometedoras para explicar cómo la estructura económica, política y social particular del país ha generado esos resultados a lo largo del tiempo. De esta lectura se desprende la importancia de la historia (ADLER 2015; CAMPBELL y VAUGHN 2018; GOTTSCHALK 2006; SIMON 2017). Porque las instituciones que le dan forma a esos resultados hoy son el producto de largos procesos de desarrollo histórico (GARLAND 2007; 2010; 2017). En consecuencia, necesitamos un enfoque histórico para nuestra comprensión del sistema político particularmente institucionalizado que, sostenemos, es la base de la posición atípica de los Estados Unidos entre las democracias contemporáneas modernas. En este artículo, por lo tanto, abordaremos ese proceso histórico a través de tres preguntas que se desprenden de nuestro trabajo anterior, pero que se respondían muy por encima.

Primero, la pregunta fundamental: ¿por qué surgieron patrones de democracia local tan característicos en los Estados Unidos? Y, a la luz de la sobrerrepresentación de personas afroamericanas en el sistema de justicia penal, ¿cómo se relaciona esta estructura política con las políticas y la historia de la raza particulares de los Estados Unidos? Aquí, nos remontamos a la estrategia institucional de la autoridad del partido republicano a partir de la década de los setenta del siglo XIX con el fin de brindar el marco para la industrialización tras el fracaso de la reconstrucción del Sur. Basándonos en el trabajo de BENSEL (2000), GERSTLE (2015) y NOVAK (1996), entre otros, explicamos la descentralización del poder político hacia las principales ciudades para proporcionar una mano de obra no sindicalizada (en gran parte inmigrante) a las principales corporaciones chandlerianas, sin restricciones y en desarrollo, sujetas a las interpretaciones de la Corte Suprema de la cláusula constitucional de Comercio Interestatal y a las interpretaciones presidenciales de las leyes Clayton y Sherman sobre competencia. (Al mismo tiempo, las autoridades republicanas permitieron la exclusión de los estados del Sur, profundamente hostiles a la industrialización y a las posibilidades potencialmente transformadoras para las personas afroamericanas, pero los obligaron a comprar productos manufacturados en el Norte al prohibir los aranceles internos). Contrastamos la experiencia estadounidense con la experiencia británica, que fue muy diferente ya que, a partir de un sistema altamente descentralizado a principios del siglo XIX, los líderes políticos británicos desarrollaron un sistema altamente centralizado (COX 1987).

En segundo lugar, nos preguntamos qué significó esta historia político-económica para el desarrollo de las instituciones de justicia penal en particular. Tanto el sistema de justicia penal estadounidense como el británico sufrieron un proceso de modernización durante el siglo XIX y principios del XX; pero, si se mira el panorama más amplio de economía política, el sistema estadounidense no se centralizó ni se profesionalizó en la misma medida que los sistemas de Inglaterra y Gales o de Escocia. Aquí, nuestro enfoque es complementario al de GARLAND al discutir la pena de muerte y los fundamentos de la política criminal en los Estados Unidos (2010; 2017; 2018; 2019).

*La tercera pregunta, que es igual de fundamental, es: ¿por qué la carga del crimen y del castigo siguen cayendo de manera tan desproporcionadamente desigual sobre las personas afroamericanas?*². Basándonos en el trabajo de KING (2000; 2005; KING y SMITH 2005; 2011), sostenemos que, de una forma cruel e irónica, los estadounidenses "originales" y los inmigrantes ingleses, irlandeses y del norte de Europa de la "primera ola" migratoria del siglo XIX impusieron controles de inmigración estrictos en la década de los veinte del siglo XX contra la "segunda ola" de inmigrantes de Italia, de Europa central y de judíos de Rusia. Esos controles fueron una de las principales causas de la masiva migración interna hacia el Norte de alrededor de seis millones de personas afroamericanas del Sur entre 1920 y 1970, para satisfacer la enorme demanda industrial de mano de obra semicalificada. Pero ¿por qué se vieron "muy desfavorecidos" (WILSON 1987) en las ciudades del Norte, si la segunda generación de las oleadas migratorias anteriores a esas mismas ciudades estaba relativamente integrada? Concluimos tentativa y, de nuevo, irónicamente que la respuesta está en la solución de las "dos regiones" adoptada por la economía política estadounidense. Los Gobiernos de los estados del Sur, sin necesidad de industrializarse y capaces de restablecer formas de opresión racial radical incluso después de la abolición de la esclavitud (AARONSON 2014), impidieron que las personas afroamericanas de esa región recibieran educación y desarrollaran el liderazgo político que hubieran necesitado para que, una vez en el Norte, a partir de 1920, logaran la integración de la segunda generación en esa región. Para finalizar, hacemos un contraste con la política centralizada de Nueva Zelanda (que también tiene una economía de libre mercado, un estado de bienestar liberal y un sistema político competitivo), en donde los maoríes

² La violencia generalizada y avalada por el Estado que ejercieron los colonos y sus descendientes contra los habitantes nativos de los Estados Unidos proporciona otro ejemplo actual de lo que LISA MILLER ha llamado "fracaso estatal racializado" en los Estados Unidos (MILLER 2016). En esta sección del artículo, nos centramos en la interacción entre las políticas y la historia de la raza y las políticas migratorias de finales del siglo XIX.

representan una proporción similar de la población y también hubo una migración análoga a Auckland (igualmente impulsada por la demanda de empleo), pero que presenta resultados bastante diferentes en lo que respecta a los delitos violentos y a los patrones generales (aunque no a las desproporciones raciales) de las penas.

Si bien gran parte de nuestra argumentación es tentativa y está pensada para provocar el debate, consideramos que los esfuerzos para poner en diálogo estudios de disciplinas diferentes son clave para el proyecto de integrar el crimen y el castigo en un marco político-económico más general.

II. Instituciones político-económicas modernas e historia de la industrialización en los Estados Unidos y Europa

1. La modernización y la centralización del poder estatal en (la mayoría de) las economías desarrolladas

La mayoría de las estructuras institucionales modernas de las economías avanzadas (al menos de las que se industrializaron a finales del siglo XIX) derivan, en gran parte, de dos factores: las formas en que estas naciones estaban organizadas política y económicamente antes de la industrialización; y la manera en que los Gobiernos, dadas esas condiciones político-económicas previas, dieron forma a la infraestructura institucional que consideraron necesaria para la industrialización (CUSACK *et al.* 2007; IVERSEN y SOSKICE 2009).

Los historiadores de economía distinguen tres (o cuatro) revoluciones industriales, que se corresponden con diferentes regímenes tecnológicos. La revolución “industrial” original, basada en el hierro y el vapor, le dio paso, a mediados del siglo XIX, a la revolución “científica” (mucho más sofisticada), basada en la electricidad y las principales y complejas corporaciones chandlerianas, que luego se transformó en el sistema fordista. Fue la revolución científica la que precipitó un cambio institucional importante por parte de los Gobiernos, incluido el cambio de las estructuras gubernamentales. Y, como se analiza a continuación, cuando el fordismo se derrumbó en los años setenta y ochenta del siglo XX, las economías desarrolladas absorbieron, con dificultades y conflictos importantes, la revolución de la “información”, basada en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

La revolución científica, a diferencia de la revolución industrial, requirió una gran variedad de instituciones y reglas de infraestructura. En la segunda mitad (o el último tercio) del siglo XIX, el

Reino Unido, Alemania y los demás países en vías de industrialización, excepto los Estados Unidos, en el contexto de la creación de la gran variedad de bienes públicos y club necesarios para una industrialización cada vez más sofisticada, vieron una consolidación del poder por parte de los Gobiernos nacionales. Esta consolidación tuvo su base en los partidos nacionales disciplinados (en Alemania, un sistema *Interessenparteien* con base nacional; en Gran Bretaña, un sistema bipartidista) y en la creación de ministerios, que le quitaron el control a las fuerzas conservadoras y reaccionarias, que se oponían a la creación de aquellos bienes públicos necesarios para la industrialización. Uno de los ejes con particular importancia para esa oposición era la educación obligatoria, que las élites existentes tendrían que pagar y que les permitiría a los trabajadores agrícolas, cuya mano de obra era crucial para el poder de esas élites, irse a trabajar en la industria. Eso tendría consecuencias significativas para el equilibrio de la economía, pero también del poder político y social. Por lo tanto, el sistema político, en aquel entonces recientemente centralizado, creó una serie de leyes que abarcaban las finanzas, la contabilidad, el transporte, el trabajo, una amplia gama de estándares mínimos, la seguridad, la salud y la educación. Y, lo que es fundamental para nuestra comparación con los Estados Unidos, esto incluyó, en el Reino Unido, el establecimiento de un control nacional de arriba hacia abajo desde Westminster sobre los municipios, y, en los sistemas políticos de negociación de Europa occidental como Alemania, la institucionalización de la toma de decisiones por consenso entre los Gobiernos nacionales y los regionales y locales.

2. El camino particular de los Estados Unidos: modernización sin centralización

En contraste, a través de las decisiones presidenciales tomadas por el partido republicano a partir de 1870 y en cooperación con los nombramientos presidenciales para la Corte Suprema, los Estados Unidos fueron en la dirección opuesta. Lo que es más, lo hicieron a pesar de que el partido republicano estaba igual de interesado en la industrialización y, por lo tanto, enfrentaba y necesitaba resolver problemas similares en cuanto a la creación de bienes públicos y al incentivo para su sustento en el futuro. Pero hicieron frente a la tarea bajo condiciones institucionales previas muy diferentes a las de Europa, Canadá y Australia. A continuación, se exponen las características particulares clave de la historia político-económica de los Estados Unidos.

a. Una solución de dos regiones. La principal oposición conservadora a la industrialización se concentraba en los estados del Sur, pero los presidentes consideraron que eliminar esta oposición era demasiado costoso, por al menos dos razones.

La primera era que los estados del Sur tenían una buena organización, bastante centralizada (al menos a nivel estatal), y se oponían con vehemencia a la industrialización, porque eliminaría la mano de obra barata de personas afrodescendientes, les brindaría más educación y —lo que era todavía más amenazante para las élites blancas— les permitiría la organización política. Después del fracaso de la reconstrucción impuesta por el Norte a principios de la década de 1870, entrar en conflicto directo con el sur no era una opción atractiva.

Además, los estados del Sur no eran necesarios para el proyecto de industrialización. Mientras el Sur aceptara los aranceles por bienes manufacturados, que servían para proteger a las industrias en desarrollo del Norte contra la competencia europea³, se verían obligados a comprar productos del Norte.

Por lo tanto, el Sur permaneció al margen del proyecto de industrialización y el Norte no tuvo ningún motivo económico para imponer una educación adecuada para la población afrodescendiente de los estados del Sur.

En efecto, como sugiere GERSTLE (2015), dejar en paz al Sur y centrarse en la industrialización solo en el Norte tuvo sus beneficios. Por un lado, porque los estados del Sur estaban relativamente bien organizados políticamente y muy en contra de la industrialización. *Pero también* porque, de acuerdo con la Constitución Nacional, las intervenciones en el Sur en las materias no enumeradas por ella (p. ej., educación), en las que el Sur quería políticas diferentes a las del Norte, hubieran sido declaradas inconstitucionales, lo que implicaba un profundo conflicto político y, potencialmente, militar. La solución no fue obligar a los estados del Sur a que se industrializaran (y aceptaran grandes fábricas, elevaran los niveles educativos de la población afrodescendiente y, lo que era peor desde el punto de vista de las élites del Sur, permitieran su organización política); sino que solo se les exigió que aceptaran las barreras arancelarias y, por lo tanto, compraran productos manufacturados en el Norte.

Hay que tener en cuenta que este acuerdo implicó que, a diferencia de en el Reino Unido, donde se neutralizó a la oposición de los Lores con leyes reformistas como las de 1867 y 1884, en

³ Lo que es irónico, desde la perspectiva del Consenso de Washington.

los Estados Unidos no se eliminó a la oposición conservadora en el siglo XIX; más bien, se la contuvo dentro de una región específica.

b. Autonomía local en materia de educación. La Presidencia observó que, sin el campesinado oprimido, las ciudades y los condados del Norte tenían incentivos autónomos fuertes para llevar adelante la implementación de la educación universal primaria (y luego la secundaria) (LINDERT y WILLIAMSON 2016), por al menos dos razones.

Primero, dados los mercados laborales flexibles, los votantes medios locales consideraban que la educación era necesaria para asegurar niveles de ingreso.

Segundo, los municipios necesitaban mano de obra capacitada o, al menos, semicapitada para atraer a las grandes corporaciones.

Por lo tanto, el sistema educativo en los Estados Unidos se desarrolló con autonomía local, sobre la base de las elecciones democráticas de la zona, y tuvo como resultado una educación por lo general efectiva (al menos fuera del Sur). En todo caso, como se señaló más arriba, la Presidencia no tenía el poder constitucional para imponer la educación primaria universal en todo el país.

c. Autonomía para municipios y condados. La ausencia de una burocracia federal efectiva que abarcara todo los Estados Unidos implicó que los municipios, especialmente los grandes, tuvieran un papel importante. En el siglo XIX, en la mayoría de los estados del Norte, los municipios eran mucho más importantes en términos de administración que los estados (ver, p. ej., NOVAK [1996], donde se presenta evidencia del poder de policía otorgado por los Gobiernos estatales a las ciudades). En palabras de NOVAK: "[e]n contraste con el ideal moderno del Estado como una burocracia centralizada, [la concepción estadounidense prevalente en el siglo XIX de] una sociedad bien regulada hacía énfasis en el control local y la autonomía" (NOVAK 1996: 237). Esto reflejó los orígenes históricos de los Gobiernos con base en ciudades de gran parte del Norte de los Estados Unidos.

Como sostuvo Richard BENSEL (2000), para la dinámica que favoreció la concesión real de autonomía a las grandes ciudades con el fin de lograr un desarrollo industrial fue clave el hecho de que la Corte Suprema pudiera imponer la cláusula constitucional de Comercio Interestatal,

interpretada de la manera adecuada, por lo que las áreas locales y las grandes ciudades no pudieron establecer controles a la competencia y aranceles propios.

Por lo tanto —y esto pareciera fundamental para la industrialización estadounidense—, las grandes ciudades tuvieron que atraer a las corporaciones (que traerían riqueza y empleo) proporcionándoles mano de obra educada y no sindicalizada. Además, las ciudades asumieron el papel de educar a los flujos migratorios del siglo XIX y les garantizaron a las corporaciones que la sindicalización y las huelgas estarían controladas por la ciudad, todo esto a cambio de los votos de las personas migrantes (ver también GERSTLE 2015).

Desde luego que la Constitución le otorgaba el poder de policía a los estados. Sin embargo, la mayoría de estos se lo había transferido de facto a los municipios y condados. La noción central de que el poder estatal estaba dedicado al “bienestar del pueblo” y el desarrollo incipiente de algo parecido a un estado de bienestar en el período previo a la Guerra Civil dio lugar a un sistema basado en los derechos individuales y un sistema de enjuiciamiento adversarial después de ella (NOVAK 1996). Un tema que merece una investigación más profunda es por qué las bases políticas de los estados (fuera del Sur) descansaba en ciudades y quizás condados (de ahí la ubicación de las capitales de estado en pueblos pequeños). Cualquiera sea la explicación, el hecho es que la mayoría de los estados tenían una capacidad administrativa relativamente débil desde el comienzo, y los políticos de las ciudades poderosas no estaban dispuestos a cederla.

d. Se le otorgó una gran autonomía a las principales corporaciones chandlerianas para que desarrollaran internamente lo que eran, en esencia, bienes públicos: contabilidad, logística, sistemas de *marketing*, investigación. En cambio en Europa y Gran Bretaña, los Estados nacionales desempeñaron un papel mucho más importante en el desarrollo de la infraestructura necesaria para la industrialización. De hecho, el Gobierno federal simplemente no tenía el poder institucional y legal para desarrollar esa infraestructura, al menos no hasta mediados del siglo XX. GERSTLE (2015) sostiene que, por las características de la Constitución de los Estados Unidos, el poder nacional central tenía que ser ejercido mediante estrategias evasivas como la exención de la restricción constitucional, la delegación de responsabilidades o la privatización mediante subcontratación en materias que en otros sistemas eran consideradas funciones gubernamentales centrales. Así, se creó una estructura de gobernanza público-privada híbrida. No es de extrañar que luego enfrentaran dificultades especiales para diseñar, y mucho más para implementar, políticas centralizadas de redistribución o el desarrollo de capacidades que potencialmente

pudieran aminorar los niveles drásticos de desigualdad instalados en los primeros dos tercios del siglo XIX (LINDERT y WILLIAMSON 2016).

BENSEL (2000) afirma que la Corte Suprema, repleta de nombramientos judiciales (bajo el poder del partido republicano) luego de las exitosas operaciones ferroviarias, comprendió la potencia de crear economías de gran escala y alcance que poseían las corporaciones si tenían la libertad de dominar los mercados. Eso llevó a la Corte a interpretar las leyes antimonopolio Clayton y Sherman de una manera distinta y a la Presidencia a usar el poder de disolución solo cuando las empresas no logran las economías de escala y alcance deseadas. En efecto, la Presidencia, en manos del partido republicano, usó a la Corte Suprema para implementar la cláusula constitucional de Comercio Interestatal. Con eso, evitó prácticas proteccionistas de los estados o ciudades, y les quitó poder tanto a nivel federal como estatal y municipal para regular las relaciones laborales (y así logró que se convirtieran en objeto de legislación). Como resultado, las ciudades se vieron obligadas a competir por las corporaciones y a moldear su mercado laboral a las necesidades de estas.

e. *El "acuerdo" para las ciudades.* Entonces, entre 1880 y 1910 y a principios de la década de 1920, la estructura de incentivos para los jefes de los partidos de las grandes ciudades consistió en absorber inmigrantes, principalmente del sur de Europa (sobre todo de Calabria), de Europa del Este y de Rusia (sobre todo judíos), pertenecientes a la segunda ola de inmigración del siglo XIX (después de la primera ola, compuesta por migrantes de Inglaterra, Irlanda, Alemania y países escandinavos). Los jefes buscaban que las grandes empresas llevaran prosperidad a sus ciudades, que elevaran el precio de las propiedades y generaran empleo. Al llegar, muchos inmigrantes trajeron con ellos un liderazgo político o una organización comunitaria de su tierra natal (curas o rabinos, p. ej.), y otros se unieron a grupos de inmigrantes ya establecidos. Así, se hicieron pactos implícitos entre esos líderes y los jefes de las ciudades, que brindaban empleo y educación a cambio de votos (dentro del sistema conocido como Tammany Hall). Sin embargo, más adelante presentaremos por qué esos acuerdos no estaban del todo disponibles para las personas afroamericanas que emigraron al Norte entre 1916 y 1970 para satisfacer la demanda de mano de obra industrial cuando la inmigración europea se desaceleró.

Esto nos lleva a proponer una hipótesis radical. Dadas las enormes inversiones que hicieron, esas corporaciones necesitaban sentirse protegidas por el sistema político; por lo tanto, era muy importante que tuvieran la capacidad de invertir en políticos en todos los niveles. (Desde una perspectiva comparativa, una hipótesis razonable sería que las empresas británicas, que no podían

invertir en políticos porque los políticos individuales no tenían una influencia significativa, estaban menos preparadas para realizar grandes inversiones a largo plazo de la misma manera que las corporaciones estadounidenses. Hace falta una investigación más profunda para sostener esta afirmación, pero lo que llevamos investigado hasta ahora la respalda). Además, dado el importante papel que cumplían en la formulación de políticas, las ciudades querían protección del sistema político federal y estatal más amplio.

f. Por lo tanto, el sistema de partidos siguió siendo indisciplinado y no federal. De hecho, todo el sistema descrito anteriormente funcionó precisamente porque *no había* un sistema de partidos federal y disciplinado. Más bien, el sistema de partidos en los Estados Unidos, aunque funcionaba dentro de un marco nacional y era fomentado por los Gobiernos federales, concentró su organización y poder a nivel local, y operó a través de una política local clientelar compleja y de sistemas de patrocinio administrados desde los ayuntamientos (GERSTLE 2015: Capítulo 5). El sistema estadounidense aseguró que tanto las ciudades como las corporaciones estuvieran adecuadamente representadas en el Congreso. Dado su papel, era necesaria una representación de este tipo (al igual que, a la inversa, no era necesaria en el Reino Unido ni en otros Estados nacionales europeos).

En los puntos b, c, d y e se explica este último: no es que el sistema reflejara votantes individuales no organizados, sino que, como el sistema de partidos estaba descentralizado, el poder en el mismo Congreso reflejaba los intereses locales. Las principales corporaciones y las grandes ciudades necesitaban representación a nivel estatal y federal y la ganaron, de facto, a través de los representantes elegidos a nivel local para el Congreso. Esto significaba que el sistema político reflejaba *intereses* que se distribuían de manera descoordinada. Por el contrario, en Alemania, las grandes corporaciones de fines del siglo XIX estaban protegidas (más o menos explícitamente) por el Gobierno imperial y los Gobiernos estatales. En el Reino Unido, no tenían protección, por lo que los sindicatos pudieron obstaculizar el crecimiento de grandes empresas orientadas a la investigación (ICI y Unilever fueron las excepciones y no dependían de mano de obra sindicalizada).

En resumen, el sistema político-económico de los Estados Unidos era, en su esencia, diferente a los sistemas políticos del Reino Unido y del norte de Europa en aspectos clave: unos negativos, como la ausencia de partidos políticos altamente disciplinados que impulsaran políticas nacionales; y otro positivos, como el poder conferido a las localidades y las corporaciones como impulsoras del desarrollo económico. Estas diferencias estuvieron definitivamente moldeadas por las políticas

y la historia racial del país, en particular por el legado de la Guerra Civil y de la esclavitud, que le dieron forma al mundo político y cultural del Sur y fomentaron el equilibrio ramificado (tanto política como económicamente) que surgió entre las regiones. Sin embargo, es importante señalar que la autonomía local de los Estados Unidos no estuvo impulsada por la cuestión de la raza de la manera causal simple que a veces se sugiere. La descentralización estuvo fundamental e indirectamente ligada a la cuestión racial; pero esta estuvo mediada por la economía política y de clases, y viceversa, en el sentido de que fue la política racial del Sur la que empujó la industrialización hacia el Norte.

III. Las instituciones gubernamentales modernas y la historia de la modernización de la justicia penal en los Estados Unidos frente a Inglaterra y Gales

En la primera sección, presentamos las formas clave en las que los sistemas económicos y políticos de los Estados Unidos se desarrollaron de manera muy diferente a las del Reino Unido y los países del norte de Europa. En estos países, el siglo XIX fue testigo de un proceso gradual de formación del Estado que cumplió con la visión weberiana de modernizar a través de la centralización, la profesionalización y la construcción de burocracias gubernamentales. Por el contrario, en los Estados Unidos, este proceso de construcción centralizada del Estado permaneció incompleto (DALE 2011). Y este resultado concentró una cantidad muy importante de poder, tanto público como privado, en el nivel local. En esta sección, pasamos a considerar las formas específicas en las que esta historia político-económica moldeó, directa e indirectamente, el desarrollo de las instituciones de justicia penal que ofrecen niveles de castigo tan excepcionales. Además, en la sección 2.4, sugerimos que la trayectoria paralela y particular de la justicia penal estadounidense reflejó y fomentó un conjunto distintivo de actitudes relacionadas con la soberanía popular y la legitimidad de la autoridad estatal que han tenido un papel clave en la producción de los patrones de crimen y castigo que tiene el país.

Los relatos sobre el desarrollo de las instituciones de justicia penal en los Estados Unidos desde la época colonial hasta el siglo XX (DALE 2011; FRIEDMAN 1993; MONKKONEN 1981; WALKER 1997) presentan una trayectoria que, a primera vista, es similar a la del Reino Unido. Muy por encima, podemos decir que, antes del siglo XIX, la justicia penal de ambos países era un asunto sobre todo local y no profesional, administrado por funcionarios locales y aplicado en un contexto de densos sistemas normativos de control social arraigados, de manera diversa, en las iglesias, las estructuras familiares, las estructuras de propiedad de la tierra y el poder disciplinario, más o menos extremo, sobre los trabajadores agrícolas y domésticos que estas estructuras

conllevaban. Después de la Revolución y del establecimiento de la República independiente en 1789, se interpretó que el acuerdo constitucional estadounidense imponía poderes federales de criminalización limitados. Los académicos difieren en cuán determinante era la Constitución en este punto. En particular, NOVAK (1996) ha argumentado que la concepción republicana temprana de que el Gobierno existía para asegurar el bienestar social encarnaba una forma de asistencialismo que podría haber apuntalado una trayectoria muy diferente, pero que se vio socavada por el movimiento hacia una idea de Gobierno legalista, más basada en los derechos, implícita en el acuerdo constitucional que siguió a la Guerra Civil. Pero el hecho es que ni en las primeras décadas de la República ni en el período de reconstrucción posterior a la Guerra Civil existió una coalición con el interés o la capacidad de modificar la primera asignación del poder de policía a los estados de manera que se facilite el desarrollo de instituciones gubernamentales centrales como las que estaban surgiendo en Europa.

No obstante, durante el siglo XIX, a ritmos algo diferentes y, en el caso de los Estados Unidos, muy influenciados por los conflictos que llevaron y siguieron a la Guerra Civil (AARONSON 2014), tanto los Estados Unidos como Inglaterra y Gales vieron importantes desarrollos que se ajustan a la imagen estándar de modernización en la justicia penal. Estos fueron el desarrollo de las fuerzas policiales; el surgimiento de la prisión concebida como una institución humana y racional, orientada a reformar —el primer movimiento penitenciario estadounidense, aunque era muy particular en cada región, fue digno de la admiración de los visitantes europeos (GARLAND 2019)—; y un sistema y una jerarquía de tribunales más organizados, en parte gracias al surgimiento de una profesión jurídica más organizada y numerosa. Sin embargo, debajo de estas similitudes aparentes, existían profundas disparidades. Las diferencias duraderas que han sido objeto de la mayoría de los análisis académicos son, por supuesto, la división entre el Norte y el Sur; la esclavitud y las políticas raciales posteriores a la esclavitud; y la persistencia de la pena de muerte. Volveremos a la cuestión de la raza y las regiones en la tercera sección del artículo. En esta sección, dejaremos de lado el tema de la pena capital, que está bien estudiado (GARLAND 2010; STEIKER 2002; STEIKER y STEIKER 2016) y nos concentraremos en tres áreas muy importantes en las que las diferencias entre las instituciones de justicia penal de los Estados Unidos, por un lado, y de Inglaterra y Gales, por el otro, pueden estar directamente relacionadas con las diferentes trayectorias de sus economías políticas. Las áreas son, en primer lugar, el desarrollo de la policía; en segundo lugar, los planes para las decisiones en torno a la acusación y su realización; y, por último, el papel de la justicia popular.

1. La policía

Tanto en Inglaterra y Gales, como en los Estados Unidos, la institución de una fuerza pública de policía fue un asunto muy controvertido a principios del siglo XIX, porque evocaba modelos de poder estatal centralizado o militarizado que estaban asociados, aunque de formas algo diferentes, con gobiernos tiránicos. Como es sabido, la Policía Metropolitana fue creada por Robert Peel con la idea de que tuviera un personal altamente profesional y disciplinado. Más allá de si la primera fuerza se ajustaba del todo o no a este modelo, el desarrollo y la expansión gradual hacia una fuerza policial de nivel nacional se ajustó al ideal de una fuerza independiente, vista como una organización profesional más que política. Por supuesto, la estructura de la política estadounidense implicaba que el surgimiento de la policía sería descentralizado. (De hecho, esta característica del sistema, tan sorprendente desde una perspectiva comparativa, es tan obvia para los comentaristas estadounidenses que casi escapa a cualquier comentario). A partir de mediados del siglo XIX, surgió un desarrollo de las fuerzas policiales, tanto a nivel estatal como de ciudad, que era una respuesta a las ineficiencias del sistema de vigilancia de alguacil y al surgimiento de cuerpos de "vigilancia" paralelos no coordinados en algunas ciudades. Lo significativo fue que, aunque a menudo estuvieran inspiradas en el modelo de Peel (MONKKONEN 1981: 141-49), las policías que surgieron fueron bastante distintas de ese modelo. Las primeras fuerzas policiales de los Estados Unidos no estaban integradas por hombres que se veían a sí mismos como miembros de una profesión emergente, sino por personas reclutadas por funcionarios locales y sin seguridad laboral, ya que sus puestos podían ser eliminados por el resultado de las siguientes elecciones en la ciudad, el condado o el estado. Este largo camino hacia la profesionalización, que se extiende desde las ciudades más grandes como Nueva York en la década de 1850, y finalmente llega a ciudades más nuevas y más pequeñas como Denver entre 1880 y 1900, está simbolizado por la extensa discusión acerca de los uniformes que identificaban a la policía como funcionarios públicos y que inicialmente fueron considerados antidemocráticos y asociados con el ejército.

FRIEDMAN en particular ha enfatizado (1993: Capítulos 3 y 7) que esto insinuaba que la policía era en verdad un brazo del Gobierno, una herramienta de los intereses políticos locales, y que era vulnerable a la influencia del poder político y a las tentaciones de las distintas formas de corrupción. Y al tiempo que enfatiza que "[e]l crecimiento de la policía urbana uniformada debería

verse simplemente como parte del crecimiento de las burocracias de servicios urbanos”, MONKKONEN también señala que las “estructuras internas gobernadas por las normas... estaban sujetas a las demandas del poder político local” (MONKKONEN 1981: 55, 62)⁴. Quizás el ejemplo más espectacular de esto sea el famoso caso del Departamento de Policía de Nueva York durante la época de la política local clientelar. Gran parte de la vigilancia estaba financiada por sistemas informales de cobro de licencias, exenciones y servicios, y la policía prácticamente funcionaba al servicio de los políticos locales y, de hecho, formaba parte del sistema de patrocinio conocido como Tammany Hall. A pesar de los esfuerzos por avanzar en la profesionalización de la policía durante la última parte del siglo XIX, estas diferencias institucionales profundas persistieron hasta bien entrado el siglo XX (MONKKONEN 1981: 153), aunque estuvieron sujetas a las variaciones de cada lugar, una característica clave del caso estadounidense. Incluso en medio de las reformas de la era progresista de principios del siglo XX, la característica dominante de la policía estadounidense fue el control político local más que la autonomía profesional (WALKER 1997: Capítulo 4).

2. La fiscalía

A principios del siglo XIX, en Inglaterra, Gales y los Estados Unidos, la acusación estaba en manos no profesionales, era iniciada por ciudadanos privados con la ayuda de funcionarios locales como jueces, jefes de policía y alguaciles, estaba mediada por las deliberaciones de jurados y, a veces, se veía facilitada por la existencia de acuerdos colectivos privados como las asociaciones de fiscales. En Inglaterra y Gales, aunque el jurado sobrevivió hasta el siglo XX, su importancia fue en disminución. El desarrollo gradual de una fuerza policial nacional transfirió gran parte de la responsabilidad de la toma de decisiones y de la preparación para la acusación a la policía. Los casos más graves tuvieron cada vez más participación de los abogados: abogados comunes puestos por la policía o, en el caso de enjuiciamientos privados, por la víctima. Sin embargo, en los Estados Unidos hubo una innovación institucional clave que iba a tener enormes consecuencias para el desarrollo de la justicia penal de ese país durante los siguientes ciento cincuenta años. Esta fue la invención, en las primeras décadas del siglo XIX, de la figura del fiscal (ELLIS 2012; FRIEDMAN 1993: 29-30; WALKER 1997: 29, 70-71): un funcionario público, como los fiscales en los sistemas del norte de Europa, pero de base local y que, por lo tanto, implicaba una toma de

⁴ La policía inglesa también estaba (y está) organizada a nivel local. Sin embargo, el desarrollo y la organización estaban prescritos por un marco legal nacional. Además, eran obligatorios y no el resultado de un desarrollo local autónomo.

decisiones local, como en Inglaterra y Gales. A mediados del siglo XIX, en muchos estados, una característica clave de la institucionalización de los fiscales de distrito tuvo un desarrollo completamente diferente al del sistema inglés o europeo. En los años posteriores a la Revolución, la mayoría de los estados estadounidenses estipulaban que el nombramiento de los fiscales lo hicieran jueces, gobernadores o legisladores. Sin embargo, de forma gradual, comenzaron a surgir preocupaciones en torno a la influencia que el clientelismo político podría tener sobre los fiscales designados. Por lo tanto, entre 1832 y 1861, casi tres cuartas partes de los estados pasaron a un sistema en el que los fiscales eran elegidos por sufragio en lugar de designados. El objetivo era garantizar su independencia política, un tanto irónico, dado lo que sabemos sobre el comportamiento de los fiscales en la actualidad. Como resultado del sistema de democracia electoral tan denso que había engendrado la economía política estadounidense, las elecciones eran, por supuesto, locales. Así, de manera incluso más directa que la policía, pasaron a formar parte de los sistemas políticos estatales y locales. Estuvieron sujetos a la influencia de la disciplina electoral a nivel local y, contrariamente a las intenciones de las reformas, muy sujetos a la influencia política en general. Por lo tanto, lo que podría considerarse el filtro oficial más importante para la criminalización quedó expuesto al poder de la opinión popular de una manera tan dividida que socavó cualquier posibilidad de configurar un sistema nacional de justicia penal coherente, e incluso de hacerlo a nivel estatal. La importancia de la influencia de la política electoral local en la toma de decisiones en torno a la acusación hasta el día de hoy está reflejada en la reciente conclusión de PFAFF (2017) de que eliminar la elección por sufragio ciudadano de los fiscales y comenzar a nombrarlos sería la reforma más importante en términos del potencial para desmantelar el encarcelamiento masivo.

3. Justicia lego

Una tercera diferencia clave entre el desarrollo de la justicia penal inglesa y estadounidense en el siglo XIX radica en el grado en que las prácticas de la justicia privada o popular continuaron ejerciendo el control social (DALE 2011). Es importante no exagerar esto: los historiadores han demostrado que, incluso en el sistema británico, relativamente centralizado, persistieron prácticas locales de humillación pública como la "música fuerte", particularmente en las zonas rurales, hasta finales del siglo XIX (CONLEY 1991). Y, por supuesto, algunas difusas normas internalizadas y una gama de instituciones privadas, en todos los países, siguen siendo esencialmente más importantes para el cumplimiento y el orden social que la práctica sancionadora de la justicia penal formal, a pesar de que son inevitablemente parciales, desiguales y a veces contraproducentes. Los juicios por jurados también continuaron siendo una característica central de los sistemas. No obstante,

hay pruebas contundentes de que el apego y la dependencia continuos a la soberanía popular al impartir justicia penal en los Estados Unidos se mantuvieron en un nivel característicamente alto, lo que trajo consecuencias significativas en términos de un proceso incompleto de modernización, sistematización, legalización y hasta pacificación.

Podría decirse que la influencia de roles públicos y privados híbridos (como los jueces, alguaciles y agentes de policía elegidos a nivel local), junto con la lenta profesionalización de la policía, que a fines del siglo XIX todavía no estaba terminada y que suponía continuos esfuerzos de reforma a lo largo de la era progresista (MONKKONEN 1981: 153 y ss.), implicaban en sí mismas un gran elemento de justicia “*lego*” en el corazón hasta de la justicia penal estatal. Eso también aplicaba al papel que continuaban ejerciendo las personas no profesionales encargadas de tomar las decisiones en los casos penales, algo que, por supuesto, era característico de los sistemas de ambos países. Pero muchas otras prácticas y organizaciones aceptadas en los Estados Unidos no tienen un paralelo claro en Inglaterra y Gales. Con una actuación policial débil en muchas partes del país, las milicias privadas siguieron siendo una herramienta residual importante del control público real a lo largo del siglo, lo que implicaba la dependencia de las autoridades gubernamentales estatales y locales en la opinión popular y el apoyo de los grupos relevantes (DALE 2011; WALKER 1997). (La relación con el apego, aún hoy, al derecho a la posesión de armas es, por supuesto, significativa en este contexto). En muchas partes del país, el hostigamiento y los disturbios continuaron siendo una forma de intervención de la “ley y el orden” de manera más parecida a la Inglaterra del siglo XVIII que la del siglo XIX. Al mismo tiempo, la horrorosa práctica del linchamiento impuso límites claros a los estándares estatales y legales de criminalización hasta bien entrado el siglo XX. De manera igualmente significativa, la creación de comités de vigilancia, que se arrogaron a sí mismos el derecho de hacer cumplir la “ley” en muchas áreas del país y que persistieron durante el siglo XIX y hasta el XX (FRIEDMAN 1993: Capítulo 8; WALKER 1997: Capítulo 2), indica una falta no solo de centralización, sino también de estandarización y de institucionalización del estado de derecho, que no tiene paralelo en el Reino Unido ni en los países del norte de Europa. Tomando los diagnósticos de GERSTLE (2015) y de BROWN (2016) de un sistema que se basa en la privatización para cumplir con las funciones gubernamentales, y el concepto de “privatismo” de WARNER (1968), el sistema (o los sistemas) de justicia penal de los Estados Unidos de finales del siglo XIX equivalía a un híbrido público/privado. En los albores del siglo XX, la justicia penal en los Estados Unidos seguía siendo una mezcla de organizaciones públicas pero politizadas; profesionales pero no centralizadas; privadas y descoordinadas; o híbridas, lo que implicaba una variación local radical tanto en la estructura institucional como en los resultados.

Quizás uno de los ejemplos más reveladores sea el de una institución que ambos sistemas compartían: el juicio por jurados. En Inglaterra y Gales, en el siglo XIX, ya estaba muy aceptado que el jurado era el que juzgaba los hechos y no el derecho. Si bien la confidencialidad de los veredictos del jurado hace que sea difícil evaluar hasta qué punto los jurados usan su discreción para resistir lo que vieron, o ven, como condenas o absoluciones injustas o inapropiadas, la caracterización de los veredictos "contra los hechos" como "perversos" implica una visión de este poder residual como una corrupción de la justicia y no como un mecanismo de seguridad institucional aceptado, aunque excepcional. En los Estados Unidos, por el contrario, persiste hasta el día de hoy (BUTLER 2009) una fuerte reivindicación del derecho del jurado a ejercer la prerrogativa de "anular" veredictos injustos (DALE 2011: Capítulos 3 y 5), un poderoso símbolo del apego persistente a los estándares populares como el árbitro definitivo de la justicia penal y un nivelador del poder estatal. Que la distinción entre hecho y derecho sea discutible no minimiza la importante diferencia en las actitudes de los jurados en el uso de la discrecionalidad a la hora de decidir en los dos países.

4. Pensamiento político

No es difícil ver cómo la trayectoria fragmentada y muy privatizada de la economía política estadounidense en las décadas de la industrialización condujo a esta estructura de justicia penal igualmente público/privada y descentralizada. Pero surge una pregunta adicional e interesante sobre el pensamiento político que estas estructuras institucionales asociadas reflejaban y reforzaron. Como han señalado muchos historiadores (p. ej., GERSTLE 2015), el republicanismo estadounidense ha sido moldeado por un fuerte apego a la libertad y una sospecha del poder centralizado que tiene como correlato una gran inclinación a la soberanía popular y al desarrollo de instituciones que son altamente sensibles. En este contexto, el fascinante y magistral estudio de ROTH (2009; 2018) sobre los patrones de homicidio es instructivo. Sobre la base de un análisis meticuloso de diversas fuentes, ROTH sostiene que, a lo largo de toda la historia estadounidense, el nivel de homicidios estuvo relacionado con períodos de alto conflicto social y con niveles bajos de confianza en el Gobierno y de fe en una identidad nacional fuerte. Estas llamativas correlaciones plantean preguntas importantes sobre hasta qué punto la política y la sociedad estadounidenses han sido capaces de sostener niveles de normas sociales informales y mecanismos de control social informal al mismo nivel que otros países con sistemas más centrales y, especialmente, coordinados (GARLAND 2017; 2019). Esto, a su vez, invita a pensar que existe una fuerte correlación entre no dos, sino tres características del panorama social estadounidense: la estructura institucional de la economía política y de la justicia penal, las instituciones informales

de control social, y el imaginario social en relación con el poder estatal y, en particular, con el poder federal.

Es entendible que gran parte de las investigaciones actuales sobre el excepcionalismo estadounidense en cuanto al crimen y al castigo se centren en el impacto que tuvo sobre estos que el Gobierno federal haya comenzado a intentar construir un Estado nacional más coordinado recién a mediados del siglo XX, y en las implicaciones de la participación federal en el control del crimen de los programas asociados tanto con el New Deal, durante la presidencia de Roosevelt, como con la Great Society, durante el mandato de Johnson (GOTTSCHALK 2006; SCHOENFELD 2018). En esas investigaciones se sostiene que gran parte de los recursos federales dedicados al control del crimen durante este período tomaron la forma de subvenciones a los estados y, así, se transformaron en recursos descentralizados, muchos de los cuales se delegaron, a su vez, al nivel local (FEELEY y SARAT 1980; LACEY y SOSKICE 2018: 81-85). También argumentan que estos recursos crearon la infraestructura que facilitó el aumento del encarcelamiento masivo a partir de la década de los setenta. Esa argumentación es convincente y no la negamos. Pero, en sí misma, no explica los incentivos para dicho aumento ni cómo se logró, en gran parte, mediante la toma de decisiones tanto a nivel local como estatal. Nuestro argumento, en otras palabras, es que el aumento de la capacidad, impulsado y financiado en gran parte por el Gobierno federal, fue una condición pero no una causa de la aceleración del excepcionalismo estadounidense en los resultados en términos de justicia penal después de 1970.

IV. Las políticas y la historia de la raza

En esta sección, consideramos hasta qué punto las trayectorias históricas particulares, y vinculadas, de la economía política y la justicia penal en los Estados Unidos pueden explicar la gran desproporcionalidad racial actual en los patrones de delincuencia, victimización criminal y castigo, y hasta qué punto las políticas y la historia de la raza han moldeado esas trayectorias. Hace tiempo que la raza y el racismo ocupan un lugar central en las explicaciones de los patrones particulares de los Estados Unidos en cuanto al crimen y, especialmente, al castigo (BENNETT 2015; SIMON 2017; TONRY 2011), y también a la organización social en general (KATZNELSON 1973; 1981; LIEBERSON 1980; MASSEY y DENTON 1993; SAMPSON *et al.* 2018; SCHNEIDER y TURNEY 2015; WILSON 1987). Y, recientemente, un argumento llamativo ha colocado a la raza en el centro de la explicación del aumento de la encarcelación al sugerir que el encarcelamiento masivo es, en efecto, una analogía de las violentas leyes Jim Crow, orientadas a perpetuar la exclusión estructural de las personas afrodescendientes de la ciudadanía plena en la primera mitad

del siglo XX (ALEXANDER 2012; cf. SCHOENFELD 2018). Es claro que las políticas y la historia de la raza han contribuido de manera clave a los patrones de crimen y castigo singulares de los Estados Unidos. En esta sección, argumentamos que nuestro análisis histórico y comparativo muestra una nueva perspectiva sobre las formas en que la raza ha mediado y ha sido mediada por otras fuerzas institucionales y estructurales en la configuración de la justicia penal. En particular, sostenemos que la dinámica de la autonomía local surgida de la historia política y económica particular de los Estados Unidos moldeó de manera decisiva el impacto de la raza en sí mismo, que a su vez, indirecta pero fundamentalmente, moldeó la historia del país.

La sobrerrepresentación de ciertos grupos demográficos (principalmente hombres afrodescendientes jóvenes) es un fenómeno notable de los sistemas de justicia penal de muchos países. La desproporción presente en Inglaterra y Gales, p. ej., se corresponde con la de los Estados Unidos (TONRY 2014). Pero la población afroamericana en los Estados Unidos es mucho mayor que la de personas negras británicas en el Reino Unido, y eso implica un impacto más notable en el número total de encarcelamientos, así como un problema social y político mayor en términos absolutos. Según un informe de la Oficina de Estadísticas de la Justicia (Bureau of Justice Statistics) de los Estados Unidos publicado en 2018, si las personas de todas las razas y grupos étnicos fueran encarceladas en la misma proporción que las personas blancas, el número de hombres condenados se reduciría en aproximadamente un 52,7%: pasaría de 1.353.850 a 640.075. A pesar de las caídas en la tasa de encarcelamiento de los Estados Unidos entre 2010 y 2016 y de cierta reducción en las disparidades raciales, todavía son muy marcadas. En 2016, la tasa de encarcelamiento de hombres a nivel nacional fue de 848 cada 100.000. Desagregada por raza, la tasa fue de 401 para hombres blancos; 1.093 para hombres hispanos; y 2.417 para hombres afrodescendientes (BUREAU OF JUSTICE STATISTICS 2018: 15). Se podría decir que los efectos actuales y acumulados de la discriminación individual e institucional son, por sí mismos, suficientes para hacernos esperar que en los Estados Unidos haya una severidad penal especialmente pronunciada. Además, no hay dudas acerca de que la guerra contra las drogas (War on Drugs) ha acentuado, desde la década de los ochenta, los patrones de las fuerzas de seguridad sesgadas por la raza, sobre todo debido al uso de los arrestos por drogas para sustituir aquellos delitos más graves que presentan mayores problemas de prueba (STUNTZ 2011).

Sin embargo, como sostiene James FORMAN (2012; 2017) de manera convincente, una explicación fundada solo en la exclusión racial enfrenta importantes dificultades, en particular a la hora de explicar los aspectos de clase de los patrones raciales del crimen y el castigo (ya que el encarcelamiento masivo, a diferencia de las leyes Jim Crow, prácticamente no afecta a la

numerosa clase media afrodescendiente y, a la inversa, tiene un impacto significativo en las personas blancas e hispanas pobres; ver también GOTTSCHALK 2015: Capítulos 6 y 7; GOTTSCHALK, este volumen). También tiene dificultades para explicar el apoyo político de la población afrodescendiente a las políticas de mano dura contra el crimen (reflejado en las decisiones de políticas en la jurisdicción de mayoría afrodescendiente de Washington D. C.; FORMAN 2012: 38-44); o el rol de los delitos violentos (en los que las personas afrodescendientes son tanto las víctimas como los delincuentes de manera desproporcionada) en hacer que el crimen ocupe un lugar destacado en la agenda política desde mediados de la década de los sesenta.

Un análisis histórico refuerza el llamado de académicos como FORMAN y GOTTSCHALK a hacer una interpretación más matizada y, de hecho, pluralista. Al sostener que la raza no ha sido la principal o única causa del encarcelamiento masivo o de la desproporcionalidad racial en la criminalización y en la victimización criminal en los Estados Unidos, no se niegan los importantes y continuos efectos de las políticas y la historia racial. Los crudos datos de la desigualdad racial en los Estados Unidos, como se ve en los gráficos de académicos como WILSON (1987); MASSEY y DENTON (1993); LOURY (2003); WESTERN (2006); LERMAN y WEAVER (2014); ALEXANDER (2012); y SCHOENFELD (2018), son claras consecuencias directas e indirectas del racismo del Sur antes y durante el siglo XIX (AARONSON 2014; CHARLES 2006: Capítulo 6), exacerbado por el acuerdo político de las dos regiones después de la Guerra Civil, que consolidó esas consecuencias, incluso después de la abolición de la esclavitud. Sin duda, en los Estados Unidos todavía persisten las consecuencias de la esclavitud, de las leyes Jim Crow que la reemplazaron y de una serie de acuerdos institucionales relacionados, especialmente en torno a la vigilancia (MULLER 2012) y la segregación residencial (SMITH 2012; TROUNSTINE 2018). Las diferencias demográficas de edad entre los grupos raciales también pueden haber tenido algún impacto (CAMPBELL y VOGEL 2019). Además, la existencia de actitudes racistas —que persisten, por supuesto, no solo en los Estados Unidos, sino también en el Reino Unido y Nueva Zelanda, para tomar solo dos casos comparables en términos generales— se ha puesto aún más de manifiesto, sobre todo para el público blanco, en el contexto político de la Administración Trump y gracias a los esfuerzos de movimientos sociales como el Black Lives Matter.

Las repercusiones de las funestas fuerzas históricas se vieron amplificadas por la estructura fragmentada del sistema político estadounidense que, como hemos mostrado en este artículo, fue consecuencia de ellas. La segregación persistente, particularmente en las ciudades industriales del Nordeste y el Medio Oeste, junto con la falta de una alternativa educativa real para los de verdad desfavorecidos, han sido consecuencias de las decisiones de los votantes medios locales, que gozan

de autonomía local extrema (SAMPSON 2019; SAMPSON *et al.* 2018; TROUNSTINE 2018). Y esto se ha visto exacerbado por la desorganización social que acompañaron a las implicaciones demográficas de la migración masiva y, más tarde, de la salida gradual, ya sea hacia los suburbios o hacia áreas contiguas (PATTILLO-MCCOY 1999), de un número considerable de la clase media afrodescendiente (WILSON 1987). Además, la dinámica "centrífuga" (GERSTLE 2015: 154-5) establecida por la autonomía local ha impulsado las divisiones demográficas dentro y entre los grupos raciales (CHARLES 2006), al igual que ha dado a los líderes políticos afrodescendientes locales desincentivos para combatir la segregación (MASSEY y DENTON 1993: 153-60, 213-15). Una vez que las divisiones de desigualdad se imprimen en el territorio, las posibilidades de revertirlas, en particular a través de la educación, disminuyen constantemente. Estos acuerdos institucionales a nivel local que han fomentado, a menudo a través de la zonificación, la concentración espacial de las desventajas son anteriores a las grandes migraciones de personas afroamericanas de principios y mediados del siglo XX. Sin embargo, la trayectoria político-económica de las dos regiones, en gran parte resultado de la política racial del Sur, fue la que les dio forma.

La tragedia de segregación arraigada que resultó no tuvo la misma escala en los sistemas donde las políticas de vigilancia, planificación y educación se desarrollan a nivel nacional. Por ejemplo, se ha demostrado que el grado de segregación racial residencial de los Estados Unidos es considerablemente más alto que el del Reino Unido, Australia o Nueva Zelanda (JOHNSTON *et al.* 2005: Figura 4; 2007). Difícilmente se pueda pensar que esto se debe a que otros países anglosajones son ajenos al racismo o a las políticas públicas discriminatorias. El Reino Unido introdujo una legislación sobre "nacionalidad" (es decir, inmigración) implícitamente basada en la raza en 1971 y una legislación integral contra la discriminación racial recién en 1976, doce años después de la Ley de Derechos Civiles. Apenas en 1973, se abolieron los últimos elementos de la política de inmigración blanca australiana, que había prevalecido desde principios del siglo XX. La persistencia de algunas formas virulentas de discriminación por motivos de raza se puede encontrar en, p. ej., los picos recientes en crímenes de odio y otras manifestaciones de racismo a raíz del referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea (COOPER y LACEY 2019), los hallazgos del Lammy Review acerca de la desigualdad racial en todo el sistema de justicia penal (LAMMY 2017), y algunos escándalos, como la denuncia del espantoso trato que recibieron personas de la generación Windrush por parte de la Agencia de Fronteras del Reino Unido (GENTLEMAN 2019). Pero, incluso después del traspaso de funciones, la centralización de los poderes de la justicia penal en los Gobiernos de Inglaterra y Escocia permite que estos

problemas se aborden a nivel nacional, y que el control de la justicia penal y de las políticas de vivienda y educación también sea a nivel de la nación. Lo que sostenemos es que esta diferencia de larga data ayuda a explicar el hecho de que la desproporcionalidad penal no haya ido acompañada, como en los Estados Unidos, de una explosión incontenente de encarcelamientos y otras formas de control penal, ni de una explosión de violencia comparable. Quizás el ejemplo más sorprendente de todos es el de Nueva Zelanda, donde las poblaciones maorí y polinesia son aproximadamente comparables a la población afrodescendiente estadounidense en cuanto a proporción y a desigualdad histórica, social y económica, y están sobrerrepresentadas en la población carcelaria en un grado similar (DEPARTMENT OF CORRECTIONS 2007), y que tuvo una política de inmigración explícitamente blanca hasta 1986. Aunque nunca estuvo sometido a la esclavitud, el pueblo maorí fue expropiado por el colonialismo británico y luchó durante más de un siglo por la compensación correspondiente y el reconocimiento adecuado de su cultura. Sin embargo, las personas maorí y otros pueblos minoritarios han logrado integrarse en las ciudades en las que se concentra más su población, en particular Auckland, cerca de dos veces más (en términos de segregación residencial) que las personas afrodescendientes en los Estados Unidos.

En el sistema radicalmente descentralizado de los Estados Unidos, ha resultado imposible enmarcar y encontrar un apoyo consistente para las estrategias políticas que combaten la segregación. Y, en varios momentos, en particular en la década de los treinta, las políticas federales motivadas por cuestiones raciales, como las reglas discriminatorias sobre la elegibilidad para pedir hipotecas, empeoraron las cosas. Por lo tanto, la desigualdad racial ha crecido y se ha extendido desde el sistema de justicia penal para producir efectos sociales muy amplios y de gran disparidad (LEE *et al.* 2015; WESTERN 2006). De hecho, incluso se podría decir que hoy no son las dinámicas raciales las principales causas de la segregación, sino que es la dinámica de promoción de la segregación de las políticas locales la que consolida la injusticia de la desigualdad de personas afrodescendientes e hispanas. No se puede argumentar que el localismo estadounidense esté motivado directamente por el racismo, pero la larga historia de racismo en los Estados Unidos fue una impulsora indirecta clave del localismo que hoy afianza la desigualdad racial. Por lo tanto, puede caracterizarse como una forma de lo que MILLER (2016) ha llamado “fracaso estatal racializado”. Porque la continuidad de la segregación y de la desigualdad racial en el Norte es, de hecho, una consecuencia del camino hacia la industrialización a través de la solución de las dos regiones, que dejó a la población afrodescendiente a su suerte en el Sur y depositó una confianza muy decisiva en los mecanismos de desarrollo industrial del Norte que dependían de la autonomía y el control local, así como del comercio con el Sur no industrializado.

La autonomía local ha sido un elemento clave en el gobierno de los Estados Unidos desde principios del siglo XIX, al menos fuera de los estados del Sur. Además, como vimos en la primera sección de este artículo, la autonomía local de las ciudades y los municipios fue fundamental para impulsar el desarrollo económico fuera del Sur. Esto contrastó con el impulso hacia la centralización que tuvo lugar en el Reino Unido y sus colonias. Del mismo modo, el sistema de segregación étnica de los migrantes en el Norte y el Medio Oeste era muy anterior a la migración afrodescendiente (KATZNELSON 1981). Pero los inmigrantes anteriores tuvieron un acceso significativamente mejor a la educación (LIEBERSON 1980: 123-199) y a las instituciones de organización social más desarrolladas: las personas que llegaron a los Estados Unidos desde Irlanda, Polonia e Italia tenían la jerarquía de la Iglesia Católica; y las que migraron desde Alemania y Suecia traían una fuerte tradición de organización local (LIEBERSON 1980: 19-99). Estas tradiciones y formas de asociación, a su vez, hicieron que les resultara relativamente fácil a los Gobiernos de los ayuntamientos incorporarlas al empleo y al sistema educativo. Por consiguiente, para estos grupos fue más sencillo encontrar una posición dentro de la organización de "trincheras de la ciudad" que formó el sistema de gobierno local en los Estados Unidos en el siglo XIX, y fueron integrados gradualmente en términos residenciales y de empleo. Pero el movimiento que apuntaba a reformar el sistema Tammany Hall planteó un inconveniente clave. Ese movimiento se oponía al acuerdo de coalición y de integración y educación entre los jefes de las ciudades y los inmigrantes de la segunda ola. Esto luego llevó a presiones políticas para cerrar la inmigración a principios de la década de los veinte. Con la combinación del movimiento reformista y el cierre de la inmigración, las fábricas del Norte, irónicamente, comenzaron a depender de la migración de personas afrodescendientes del Sur. Sin embargo, esto no implicó que se incorporaran a los Gobiernos locales del Norte como lo habían hecho los grupos de inmigrantes anteriores. Los déficits acumulados que iban de la mano con la proscripción de la educación y la organización política en el Sur, así como la continuación del racismo en el Norte, tuvieron un efecto perjudicial en el progreso de las personas afrodescendientes estadounidense. A eso se le sumó la desaparición gradual del sistema Tammany Hall, que duró hasta la década de los cuarenta, y el declive de las funciones relacionadas con prestaciones sociales de la anterior policía semiprofesionalizada (como proporcionar alojamiento; MONKKONNEN 1981: 86-109). Como ha señalado KATZNELSON (1981), después del fin de las trincheras de la ciudad, la segregación de las personas afrodescendientes les hizo difícil encontrar posiciones estables en el Gobierno local. Y, para complicar aún más las cosas, las bases de poder estables que tenían los políticos afrodescendientes locales a menudo dependían de la segregación residencial, lo que ponía en

riesgo su compromiso con las medidas para combatir dicha segregación (DOUGLAS 2005; MASSEY y DENTON 1993; PATILLO 2007).

Los legados de la esclavitud y de la estructura gubernamental del Sur hasta el final de la era de las leyes Jim Crow tuvieron dos efectos que son de especial importancia para explicar por qué fue tan difícil lograr una integración real de las personas afrodescendientes, en particular en las ciudades del Norte y del Medio Oeste de los Estados Unidos. Primero, el régimen del Sur impidió el desarrollo de cualquier tipo de estructura política dentro de la comunidad afrodescendiente, un hecho que tuvo consecuencias importantes de largo plazo para la falta de organización social. Y, en segundo lugar, los Gobiernos del Sur impidieron el desarrollo educativo de las personas afrodescendientes. Sostenemos que fueron estas dos características, y no el tamaño de la migración afrodescendiente, como sugiere WILSON (1987), las que tuvieron repercusiones tan dañinas para las posibilidades de integración de esos migrantes en el Norte. Luego, las dinámicas establecidas por la fuerte autonomía local y la poca capacidad nacional para desarrollar políticas y ponerlas en práctica magnificó ese legado histórico. El colapso del fordismo ocurrió en un momento desastroso para la integración de las personas afrodescendientes, y la autonomía local empeoró las cosas de manera decisiva al permitirle al votante medio separar la pobreza en términos espaciales y educativos. Esto creó una dinámica polarizante en la que los más privilegiados tienen el deseo y, dada la autonomía local, el poder de separarse cada vez más completamente —en términos espaciales, culturales, educativos y económicos— de los desfavorecidos. Dado que las poblaciones afrodescendientes e hispanas de los Estados Unidos están visiblemente sobrerrepresentadas entre los desfavorecidos, se ven particularmente afectadas por estas dinámicas. Desde este punto de vista, el encarcelamiento masivo se ve como la manifestación extrema, en forma de práctica, de una dinámica institucional (y social) mucho más extendida, lo que es desalentador. Además, el ajuste de PATILLO-MCCOY (1999) a la tesis de WILSON (1987) sobre la emigración de la clase media afrodescendiente —a menudo a áreas entre los suburbios blancos y las zonas pobres— refuerza la idea de que también sufrieron el efecto del colapso del fordismo más que la clase media blanca.

Por lo tanto, la clave del problema radica en las instituciones políticas locales que han impulsado y sostenido la segregación socioeconómica y, al hacerlo, han subvertido no solo los ideales del movimiento por los derechos civiles, sino cualquier perspectiva real de paliar la pobreza y la desigualdad ante la ausencia de iniciativas estatales o federales. Frente a estas dinámicas, resultaron débiles o incluso contraproducentes las principales herramientas para la formulación e implementación de políticas nacionales a nivel local, como la provisión de

subvenciones federales a las localidades, la institución de agencias reguladoras para producir y/o controlar estándares y la aplicación de estándares constitucionales en los tribunales. La administración a nivel local de las contribuciones federales somete las políticas federales a las dinámicas de la política local. Las agencias reguladoras tienden a ser débiles y, en cualquier caso, se han vuelto menos prominentes a raíz del “nuevo federalismo” (FEELEY y SARAT 1980) y de los recortes presupuestarios. Y los litigios son prolongados, costosos, desiguales en su impacto, causan divisiones, están mal adaptados para abordar cuestiones generales de políticas o principios que van más allá del caso específico, y están diseñados para las cuestiones de proceso y no las de cuestiones de fondo, lo que no ayuda (KAGAN 2001). En este contexto, incluso la proscripción legal de la discriminación a menudo opera como una política simbólica, al tiempo que desvía la atención de las causas estructurales de la desigualdad y no las puede abordar por su falta de poder (AARONSON 2014). Algunos ejemplos de esta patología de dependencia excesiva en la ejecución legal incluyen el litigio de Gautreaux en Chicago y la deriva en litigios que desafían los sistemas de financiamiento de las escuelas públicas estatales, en particular, el impacto de la base impositiva variable en la provisión de educación (MASSEY y DENTON 1993: 14-15, 187, 223-30, 206; cf. PATILLO 2007: 110-14; PETERSON y KRIVO 2010: Capítulo 5). Desde el caso *Rodríguez*, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos desvió este asunto a los tribunales estatales, ha habido un cambio gradual. Se pasó de una preocupación por la equidad a una preocupación diluida por hacer cumplir solo la obligación de proporcionar una base educativa adecuada, a una renuencia a tratar a los niños de los distritos escolares más pobres como víctimas de una protección desigual, o a someter el financiamiento local para la educación a un escrutinio más que deferente a los efectos de la revisión constitucional (NICKERSON y DEENIHAN 2003).

V. Conclusión

La justicia racial a la que aspiran los movimientos por los derechos civiles sigue estando, lamentablemente, lejos, como lo atestiguan con demasiada claridad los resultados sociales en educación, crimen, castigo y vivienda. Nuestro argumento en este artículo ha sido que la descentralización y la fragmentación del poder en el sistema político estadounidense, y la influencia política que esto da al egoísmo localista, es una de las razones más importantes por las que eso sucede. También argumentamos que esa descentralización tiene profundas raíces

históricas e institucionales que dependen tanto de la economía política como de los rasgos particulares de la Constitución de los Estados Unidos. Para concluir, quizás valga la pena considerar un escenario contrafáctico. Imaginemos al equivalente de mediados del siglo XIX del presidente⁵ Trump, quien, en lugar de iniciar una guerra civil, decide que la solución es construir un muro en la frontera con el Sur para evitar la migración hacia el Norte, mientras negocia un acuerdo comercial con aranceles altos. Si nuestra argumentación es correcta, la estructura institucional resultante en la economía política y el sistema de justicia penal del Norte se habría desarrollado de forma similar a la que tuvieron en la historia real de los Estados Unidos. Y también se hubieran producido las desigualdades en el crimen y el castigo, y en los índices sociales más amplios como vivienda y educación. Algo se puede tomar del destino de las personas hispanas, que son migrantes con un acceso desigual a la educación y a la organización necesarias para poder asimilarse (ya que, como ha demostrado KING [2000], la “integración” de los migrantes, donde hubo “éxito”, siempre ha sido una forma de adecuación). Por razones en general político-económicas y de acuerdo con los estándares de otras economías desarrolladas con sistemas políticos democráticos, el proyecto estadounidense de construcción de estados-nación —incluso de pacificación— ha permanecido, y seguirá estando, incompleto. Como afirma ROTH, en comparación con las naciones más similares, irónicamente, los Estados Unidos han sufrido un “fracaso para unirse como nación” (ROTH 2009: 300; cf. GARLAND 2010; 2019). Los patrones distintivos de desigualdad, y de desigualdad racial en particular, son un efecto trágico de los caminos singulares y descentralizados que tomaron los Estados Unidos hacia la modernidad.

VI. Bibliografía

AARONSON, Ely, *From Slave Abuse to Hate Crime: The Criminalization of Racial Violence in American History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

ADLER, Jeffrey S., “Less Crime, More Punishment: Violence, Race, and Criminal Justice in Early Twentieth-Century America”, en *Journal of American History*, 102, 2015, pp. 34-46.

ALEXANDER, Michelle, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colourblindness*, Nueva York, The New Press, 2012.

⁵ N. de las T.: A partir del 20 de enero de 2021, expresidente.

APPLEMAN, Laura I., “Local Democracy, Community Adjudication, and Criminal Justice”, en *Northwestern University Law Review*, 111, 2017, pp. 1413-27.

BENNETT, John T., “It's Not Jim Crow, It's Jail: Questioning the Role of Race in the Origins of Punitive Policy”, en *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*, 14, 2015, pp. 39-90.

BENSEL, Richard Franklin, *The Political Economy of American Industrialization, 1877-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

BERDEJÓ, Carlos y CHEN, Daniel L., “Electoral Cycles among US Courts of Appeals Judges”, en *The Journal of Law and Economics*, 60, 2017, pp. 479-96.

BROWN, Darryl K., *Free Market Criminal Justice: How Democracy and Laissez Faire Undermined the Rule of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, “Prisoners in 2016”, 2018 [en línea]. Dirección URL: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=6187>> [Consulta: 11 de marzo de 2019].

BUTLER, Paul, *Let's Get Free: A Hip-Hop Theory of Justice*, Nueva York, New Press, 2009.

CAMPBELL, Michael C., “Are All Politics Local? A Case Study of Local Conditions in a Period of ‘Law and Order’ Politics”, en *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 664, 2016, pp. 43-61.

— “The Emergence of Penal Extremism in California: A Dynamic View of Institutional Structures and Political Processes”, en *Law and Society Review*, 45, 2014, pp. 377-409.

— “Varieties of Mass Incarceration: What We Learn From State Histories”, en *Annual Review of Criminology*, 1, 2018, pp. 219-34.

CAMPBELL, Michael C. y VAUGHN, Paige E., “Historical Trends in Punishment and the Lens of American Federalism”, en HUEBNER, ByBeth M. y FROST, Natasha A. (eds.), *Handbook on the Consequences of Sentencing and Punishment Decisions*, Nueva York, Routledge, 2018, pp. 13-31.

CAMPBELL, Michael C. y VOGEL, Matt, “The demographic divide: Population dynamics, race and the rise of mass incarceration in the United States”, en *Punishment and Society*, 21, 2019, pp. 47-69.

CHARLES, Camille Zubrinsky, *Won't You Be My Neighbour? Race, Class and Residence in Los Angeles*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2006.

CONLEY, Carolyn A., *The Unwritten Law: Criminal Justice in Victorian Kent*, Nueva York, Oxford University Press, 1991.

COOPER, Kerris y LACEY, Nicola, "Physical Safety and Security: Policies, spending and outcomes 2015-2020", en *Social Policies and Distributional Outcomes in a Changing Britain: CASE Working Paper*, n.º 5, 2019.

COX, Gary W., *The Efficient Secret: The Cabinet and the Development of Political Parties in Victorian England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

CUSACK, Thomas R.; IVERSEN, Torben; y SOSKICE, David, "Economic Interests and the Origins of Electoral Systems", en *American Political Science Review*, 101, 2007, pp. 373-91.

DALE, Elizabeth, *Criminal Justice in the United States, 1789-1939*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

DEPARTMENT OF CORRECTIONS, *Over-Representation of Māori in the Criminal Justice System: An Explanatory Report*, Wellington, Department of Corrections, 2007.

DOUGLAS, Davison M., *Jim Crow Moves North: The Battle over Northern School Segregation, 1865-1954*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.

ELLEN, Ingrid G. y STEIL, Justin P. (eds.), *The Dream Revisited: Contemporary Debates About Housing, Segregation, and Opportunity in the Twenty-First Century*, Nueva York, Columbia University Press, 2019.

ELLIS, Michael J., "The Origins of the Elected Prosecutor", en *Yale Law Journal*, 121, 2012, pp. 1528-69.

ENNS, Peter K., *Incarceration Nation: How the United States Became the Most Punitive Democracy in the World*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990.

FEELEY, Malcolm y SARAT, Austin, *The Policy Dilemma: Federal Crime Policy and the Law Enforcement Assistance Administration, 1968-1975*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1980.

FISCHEL, William A., “An Economic History of Zoning and a Cure for its Exclusionary Effects”, en *Urban Studies*, 41, 2004, pp. 317-40.

— *The Homevoter Hypothesis: How Home Values Influence Local Government Taxation, School Finance, and Land-Use Policies*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

FORMAN, James, *Locking up Our Own: Crime and Punishment in Black America*, Nueva York, Farrar, Straus & Giroux, 2017.

— “Racial Critiques of Mass Incarceration: Beyond the New Jim Crow”, en *New York University Law Review*, 87, 2012, pp. 21-69.

FRIEDMAN, Lawrence M., *Crime and Punishment in American History*, Nueva York, Basic Books, 1993.

GALLO, Zelia; LACEY, Nicola; y SOSKICE, David, “Comparing Serious Violent Crime in the U.S. and England and Wales: Why It Matters, and How It Can Be Done”, en REITZ, Kevin R. (ed.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 332-64.

GARLAND, David, *Peculiar Institution: America’s Death Penalty in an Age of Abolition*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

— “Penal controls and social controls: Toward a theory of American penal exceptionalism”, en *Punishment and Society*, 22 (3), 2019, pp. 321-52.

— “Penal power in America: Forms, functions and foundations”, en *Journal of the British Academy*, 5, 2017, pp. 1-35.

— “The Concept of American Exceptionalism and the Case of Capital Punishment”, en REITZ, Kevin R. (ed.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 103-20.

— “The Peculiar Forms of American Capital Punishment”, en *Social Research*, 72, 2007, pp. 435-66.

GENTLEMAN, Amelia, *The Windrush Betrayal: Exposing the Hostile Environment*, Londres, Faber, 2019.

GERSTLE, Gary, *Liberty and Coercion: The Paradox of American Government from the Founding to the Present*, Princeton, Princeton University Press, 2015.

GOTTSCHALK, Marie, *Caught: The Prison State and the Lockdown of American Politics*, Princeton, Princeton University Press, 2015.

— *The Prison and the Gallows: The Politics of Mass Incarceration in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

GRINSHTEYN, Erin y HEMENWAY, David, “Violent Death Rates: The US Compared with Other High-income OECD Countries, 2010”, en *American Journal of Medicine*, 129, 2016, pp. 266-73

HALL, Peter A. y SOSKICE, David, “An Introduction to the Varieties of Capitalism”, en LOS MISMOS (eds.), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 1-68.

HINTON, Elizabeth, *From the War on Poverty to the War on Crime: The Making of Mass Incarceration in America*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.

IVERSEN, Torben y SOSKICE, David, “Distribution and Redistribution: The Shadow of the Nineteenth Century”, en *World Politics*, 61, 2009, pp. 438-96.

JOHNSTON, Ron; POULSEN, Michael; y FORREST, James, “Ethnic Residential Segregation Across an Urban System: The Maori in New Zealand, 1991-2001”, en *The Professional Geographer*, 57, 2005, pp. 115-29.

— “The Geography of Ethnic Residential Segregation: A Comparative Study of Five Countries”, en *Annals of the Association of American Geographers*, 97, 2007, pp. 713-38.

KAGAN, Robert A., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

KATZNELSON, Ira, *Black Men, White Cities: Race, Politics, and Migration in the United States, 1900-30, and Britain, 1948-68*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.

— *City Trenches: Urban Politics and the Patterning of Class in the United States*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.

KING, Desmond, "Forceful Federalism against American Racial Inequality", en *Government and Opposition*, 52, 2017, pp. 356-82.

— *Making Americans: Immigration, Race, and the Origins of the Diverse Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

— *The Liberty of Strangers: Making the American Nation*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.

KING, Desmond y SMITH, Rogers M., "Racial Orders in American Political Development", en *American Political Science Review*, 99, 2005, pp. 75-92.

— *Still a House Divided: Race and Politics in Obama's America*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

LACEY, Nicola, *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

LACEY, Nicola y SOSKICE, David, "American Exceptionalism in Crime, Punishment, and Disadvantage: Race, Federalization, and Politicization in the Perspective of Local Autonomy", en REITZ, Kevin R. (ed.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 53-101.

— "Crime, Punishment and Segregation in the United States: The Paradox of Local Democracy", en *Punishment & Society*, 17, 2015, pp. 454-81.

LACEY, Nicola; SOSKICE, David; y HOPE, David, “Understanding the Determinants of Penal Policy: Crime, Culture, and Comparative Political Economy”, en *Annual Review of Criminology*, 1, 2018, pp. 195-217.

LAMMY, David, *The Lammy Review: An Independent Review Into the Treatment of, and Outcomes for, Black, Asian and Minority Ethnic Individuals in the Criminal Justice System*, 2017 [en línea]. Dirección URL: <<https://www.gov.uk/government/publications/lammy-review-final-report>> [Consulta: 9 de abril de 2019].

LEE, Hedwig; MCCORMICK, Tyler; HICKEN, Margaret T.; y WILDEMAN, Christopher, “Racial Inequalities in Connectedness to Imprisoned Individuals in the United States”, en *Du Bois Review*, 12, 2015, pp. 269-82.

LERMAN, Amy E. y WEAVER, Vesla, *Arresting Citizenship: The Democratic Consequences of American Crime Control*, Chicago, University of Chicago Press, 2014.

LIEBERSON, Stanley, *A Piece of the Pie: Blacks and White Immigrants Since 1880*, Berkeley, University of California Press, 1980.

LIJPHART, Arend, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Governments in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 1984.

— *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven, Yale University Press, 1999.

LINDERT, Peter H. y WILLIAMSON, Jeffrey G., *Unequal Gains: American Growth and Inequality since 1700*, Princeton, Princeton University Press, 2016.

LOURY, Glenn C., *The Anatomy of Racial Inequality*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

LYNCH, Mona, “Prosecutorial Discretion, Drug Case Selection, and Inequality in Federal Court”, en *Justice Quarterly*, 35, 2018, pp. 1309-36.

MASSEY, Douglas S. y DENTON, Nancy A., *American Apartheid: Segregation and the Making of the Underclass*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

MILLER, Lisa L., “Making the State Pay: Violence and the Politicization of Crime in Comparative Perspective”, en REITZ, Kevin R. (ed.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 298-331.

— *The Myth of Mob Rule: Violent Crime and Democratic Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.

MONKKONEN, Eric H., *Police in Urban America, 1860-1920*, Cambridge University Press, 1981.

MULLER, Christopher, “Northward Migration and the Rise of Racial Disparity in America Incarceration, 1880-1950”, en *American Journal of Sociology*, 118, 2012, pp. 281-326.

NADEL, Melissa R.; SCAGGS, Samuel J. A.; y BALES, William D., “Politics in Punishment: The Effect of the State Attorney Election Cycle on Conviction and Sentencing Outcomes in Florida”, en *American Journal of Criminal Justice*, 42, 2017, pp. 845-62.

NICKERSON, Brian J. y DEENIHAN, Gernard M., “From Equity to Adequacy: The Legal Battle for Increased State Funding of Poor School Districts in New York”, en *Fordham Urban Law Journal*, 30, 2003, pp. 1341-92.

NOVAK, William J., *The People’s Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, Londres, University of North Carolina Press, 1996.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, “Income inequality”, 2019 [en línea]. Dirección URL: <<http://doi.org/10.1787/459aa7f1-en>> [Consulta: 11 de marzo de 2019].

PARK, Kyung H., “The Impact of Judicial Elections in the Sentencing of Black Crime”, en *Journal of Human Resources*, 52, 2017, pp. 998-1031.

PATILLO, Mary E., *Black on the Block: The Politics of Race and Class in the City*, Chicago, University of Chicago Press, 2007.

PATILLO-MCCOY, Mary, *Black Picket Fences: Privilege and Peril among the Black Middle Classes*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.

PETERSON, Ruth D. y KRIVO, Lauren J., *Divergent Social Worlds: Neighbourhood Crime and the Racial-Spatial Divide*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2010.

PEAFF, John F., *Locked In: The True Causes of Mass Incarceration—and How to Achieve Real Reform*, Nueva York, Basic Books, 2017.

HELPS, Michelle S. y PAGER, Devah, “Inequality and Punishment: A Turning Point for Mass Incarceration?”, en *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 663, 2016, pp. 185-203.

PICKETT, Kate y WILKINSON, Richard G., *The Spirit Level: Why More Equal Societies Almost Always Do Better*, Londres, Allen Lane, 2009.

PRATT, John y CLARK, Marie, “Penal populism in New Zealand”, en *Punishment & Society*, 7, 2005, pp. 303-22.

REITZ, Kevin R. (ed.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

REITZ, Kevin R., “American Exceptionalism in Crime and Punishment: Broadly Defined”, en EL MISMO (ed.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 1-49.

ROTH, Randolph, *American Homicide*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

— “How Exceptional is the History of Violence and Criminal Justice in the United States?”, en REITZ, Kevin R. (ed.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 272-97.

SAMPSON, Robert J., “Neighbourhood Effects and Beyond: Explaining the Paradoxes of Inequality in the Changing American Metropolis”, en *Urban Studies*, 56, 2019, pp. 3-32.

SAMPSON, Robert J.; WILSON, William Julius; y KATZ, Hanna, “Reassessing ‘Toward a Theory of Race, Crime, and Urban Inequality’: Enduring and New Challenges in 21st Century America”, en *Du Bois Review*, 15, 2018, pp. 13-34.

SCHNEIDER, Daniel y TURNEY, Kristin, “Incarceration and Black–White Inequality in Homeownership: A State-Level Analysis”, en *Social Science Research*, 53, 2015, pp. 403-14.

SCHOENFELD, Heather, *Building the Prison State: Race & the Politics of Mass Incarceration*, Londres, The University of Chicago Press, 2018.

SIMON, Jonathan, “Racing Abnormality, Normalizing Race: The Origins of America’s Peculiar Carceral State and its Prospects for Democratic Transformation Today”, en *Northwestern University Law Review*, 111, 2017, pp. 1625-53.

SMITH, Justin M., “Maintaining Racial Inequality through Crime Control: Mass Incarceration and Residential Segregation”, en *Contemporary Justice Review*, 15, 2012, pp. 469-84.

STEIKER, Carol S., “Capital Punishment and American Exceptionalism”, en *Oregon Law Review*, 81, 2002, pp. 97-130.

STEIKER, Carol S. y STEIKER, Jordan M., *Courting Death: the Supreme Court and Capital Punishment*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2016.

STUNTZ, William J., *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

TONRY, Michael, *Punishing Race: A Continuing American Dilemma*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

— “Race, Crime, Ethnicity, and Immigration”, en BUCERIUS, Sandra M. y TONRY, Michael (eds), *The Oxford Handbook of Race, Crime, and Immigration*, Nueva York, Oxford University Press, 2014.

— “The President’s Commission and Sentencing, Then and Now”, en *Criminology & Public Policy*, 17, 2018, pp. 341-54.

TROUNSTINE, Jessica, *Segregation by Design: Local Politics and Inequality in American Cities*, Cambridge University Press, 2018.

VERMA, Anjali, “A Turning Point in Mass Incarceration? Local Imprisonment Trajectories and Decarceration under California’s Realignment”, en *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 664, 2016, pp. 108-35.

WARNER, Sam Bass, *The Private City: Philadelphia in Three Periods of Its Growth*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1968.

WALKER, Samuel, *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*, 2.^a ed., Nueva York, Oxford University Press, 1997 [1980].

WESTERN, Bruce, *Punishment and Inequality in America*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2006.

WILSON, William Julius, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass and Public Policy*, Chicago, Chicago University Press, 1987.

WORLD BANK GROUP, “Intentional homicides (per 100,000 people)”, 2017 [en línea]. Dirección URL: <<https://data.worldbank.org/indicator/VC.IHR.PSRC.P5?locations=US-GB-OE>> [Consulta: 8 de abril de 2019].

WORLD PRISON BRIEF, “World Prison Brief Data: United States of America”, 2019 [en línea]. Dirección URL: <<http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america>> [Consulta: 11 de marzo de 2019].

Recensiones

“DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN Y ARGENTINO” DE KLAUS VOLK, KAI AMBOS Y PABLO LARSEN Prof. Dr. Eugenio C. SARRABAYROUSE*

Fecha de recepción: 10 de julio de 2023

Fecha de aceptación: 5 de agosto de 2023

VOLK, Klaus, AMBOS, Kai, LARSEN, Pablo, *Derecho procesal penal alemán y argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 2023, 679 pp.

I.

Sobre la base de la séptima edición alemana de la obra de Klaus VOLK (Profesor ordinario emérito de la Universidad Ludwig-Maximilians de Múnich), *Grundkurs StPO* (traducida en la Argentina bajo el título *Curso fundamental de Derecho procesal penal*)¹, actualizada hasta septiembre de 2021, el Centro de Estudios de Derecho penal y procesal penal Latinoamericano (CEDPAL)² puso en práctica un proyecto de investigación transnacional, consistente en la elaboración de diversas versiones nacionales de aquella obra. Así, ya han sido publicados o están en proceso de publicación trabajos con la misma matriz en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, España,

* Universidad de Buenos Aires, Argentina. Fundación Alexander Von Humboldt.

¹ VOLK, Klaus, *Curso fundamental de derecho procesal penal* (trad. de Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarrabayrouse, revisada por Noelia T. Núñez), Buenos Aires, Hammurabi, 2016. Mientras tanto, la obra de VOLK es continuada desde la 8ª edición alemana por el profesor Armin ENGLÄNDER. Consecuencia de los permanentes desarrollos legislativos, el *Grundkurs StPO* va por su 10ª ed. (Múnich, Beck, 2021).

² Se trata de una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg – August de Göttingen y parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional de esa institución. Con anterioridad, había patrocinado también la traducción mencionada en la nota 1.

México y Perú.³ Según explica Kai AMBOS en la presentación del libro, la razón de esta elección “...yace en la estructura y especial relevancia de la obra del Prof. Klaus Volk. Su concisión y claridad ofrecen condiciones favorables para la instauración de un diálogo científico dinámico, y al mismo tiempo comprensible, entre la ciencia procesal penal alemana y la de diversos países del ámbito hispano hablante...” (p.7).⁴ En el caso de Argentina, un joven, destacado y comprometido jurista, Pablo LARSEN, asumió la tarea de presentar las discusiones locales en la materia, con la aspiración de brindar una exposición sintética de nuestro derecho procesal penal a quienes se acercan por primera vez a él.

II.

La aparición de este libro profundiza una línea de intercambio del saber procesal entre Argentina y Alemania de larga data. Sin ánimo de exhaustividad, pueden señalarse como los “mojones” más importantes de esa comunicación la monumental *Ordenanza Procesal Penal Alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos* de Julio MAIER⁵, obra en la cual ese enorme maestro emprendió y terminó la tarea titánica de traducir, explicar y concordar la OPP alemana (como él decidió traducir el Código procesal penal alemán, *StPO*) con los principales códigos procesales argentinos. De ese trabajo prodigioso surgieron muchas ideas e instituciones que inspiraron las reformas procesales penales argentinas, adaptadas y pensadas a las necesidades y características de nuestro ordenamiento jurídico.⁶ Aquí también cabe citar el libro

³ Al momento de escribir este trabajo, se han publicado una versión costarricense y otra peruana: VOLK, Klaus/AMBOS, Kai/LLOBET, Javier, *Derecho procesal penal alemán y costarricense*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2022; VOLK, Klaus/AMBOS, Kai/SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan, *Derecho procesal penal alemán y peruano*, Lima, Ubilex, 2023. Ver la información respectiva en <https://cedpal.uni-goettingen.de/index.php/investigacion/proyectos-transnacionales/712-ediciones-binacionales-de-volk-curso-fundamental-de-derecho-procesal-penal-7-edicion> [enlace verificado el 20/6/2023].

⁴ Esta concisión y claridad de los trabajos de Klaus VOLK están reflejadas en los artículos y libros que ha escrito. En la línea remarcada por Kai AMBOS, se destaca el libro de divulgación *Die Wahrheit vor Gericht. Wie sie gefunden und geschunden erkämpft und erkaufte wird*, Múnich, C. Bertelsmann, 2016 (“La verdad ante el tribunal. Cómo se la obtiene y maltrata, se lucha y se compra”) en el cual, el profesor de Múnich narra con un lenguaje sencillo y fácil de comprender el funcionamiento del proceso penal y sus contradicciones.

⁵ MAIER, Julio B. J., *La ordenanza procesal penal alemana*, Buenos Aires, Depalma, 1982.

⁶ Al respecto, véase LANGER, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano. Difusión de las ideas legales desde la periferia”, en *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial*, t. II, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 53-134.

de Rodolfo E. WHITTHAUS⁷, dedicado a un tema de escaso interés en nuestro medio, la organización judicial; y las traducciones realizadas por Daniel PASTOR y Gabriela CÓRDOBA (bajo la dirección de Julio MAIER) del *Derecho procesal penal* de Claus ROXIN⁸; por Mario AMORETTI y Daniel ROLÓN (dirección de Ignacio TEDESCO) de la misma obra pero ya continuada por Bernd SCHÜNEMANN⁹; el *Curso fundamental de derecho procesal penal* de Klaus VOLK (7ª ed. alemana) ya mencionado¹⁰, entre muchas otras.¹¹ En esta línea se inscriben dos tesis recientes (una doctoral y otra de habilitación docente) de enorme valor: la de Anna RICHTER, *Strafverteidigung und Liberalismus. Eine Untersuchung anhand der Rechtsordnungen von Deutschland und Argentinien*;¹² y la de Mariana SACHER, *Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit. Eine Analyse mit Blick auf die Strafprozessreformen von Argentinien und Mexico*.¹³

III.

La primera decisión importante para emprender una tarea como la propuesta en la obra que comentamos, es decidir *a qué nos referimos cuando hablamos de derecho procesal penal argentino*. Es que hoy la principal característica de nuestra legislación procesal penal es su *dispersión*, esto es, su *particularismo*, similar a las etapas previas a la codificación ilustrada. A lo largo y ancho de nuestro

⁷ WHITTHAUS, Rodolfo E., *Poder Judicial Alemán*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994.

⁸ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, (trad. de la 25ª ed. alemana por Daniel Pastor y Gabriela Córdoba), Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

⁹ ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, *Derecho procesal penal* (trad. de la 29ª ed. alemana por Mario Amoretti y Daniel Rolón), Buenos Aires, Didot, 2019.

¹⁰ Cf. *supra* nota 1.

¹¹ En la revista ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft), Ricardo LEVENE (h) publicó el trabajo “*Reformprobleme des argentinisches Strafprozessrechts*” (“Problemas de la reforma del derecho procesal penal argentino”), t. 84, 1972, pp. 480-496; Helmut GROPPENGIEBER, en la misma revista, pero en 1993, explicaba el reforma procesal recién ocurrida en el ámbito federal de nuestro país: véase “*Die neue argentinische Bundestrafprozessordnung*”, en ZStW, t. 105, 1993, pp. 169 y ss.

¹² RICHTER, Anna, *Strafverteidigung und Liberalismus. Eine Untersuchung anhand der Rechtsordnungen von Deutschland und Argentinien*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2020 (“Derecho de defensa y liberalismo. Una investigación sobre el ordenamiento jurídico alemán y argentino”). Con este trabajo, la autora obtuvo la doble titulación como doctora por las Universidades Nacional de Córdoba y Ludwig-Maximilians de Múnich.

¹³ SACHER, Mariana, *Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit. Eine Analyse mit Blick auf die Strafprozessreformen von Argentinien und Mexico*, Berlin, Duncker & Humblodt, 2022 (“La audiencia pública como foro de la verdad. Un análisis con vista a las reformas procesales penales de Argentina y Mexico”). En el semestre de invierno 2020/2021, este trabajo fue presentado y aceptado como tesis de habilitación docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Ludwig-Maximilians de Múnich.

país nos encontramos con 26 cuerpos legislativos que regulan el proceso penal con estructuras y principios totalmente diferentes. En este sentido, se destaca la paradoja del CPPN (ley 23.984), el CPPF (ley 27.482), el CPP de la Provincia de Buenos Aires y del CPP de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los cuales conviven geográficamente en el mismo territorio, pero son en muchos aspectos totalmente distintos y en otros, si bien son similares, proponen soluciones diametralmente opuestas.¹⁴

Este *particularismo* puede verse reflejado en distintos institutos, incluso en la regulación de procedimientos similares.

Esta dificultad es claramente advertida por LARSEN, quien ya en la presentación de su trabajo, señala que “...en un país como Argentina es muy difícil de hablar de **un** derecho procesal penal...” producto de su organización federal, y agregamos nosotros, de la interpretación que se han hecho de las cláusulas constitucionales respectivas. Esta cuestión es muy relevante pues “...más allá de que ciertas cuestiones fundamentales para el diseño del proceso penal cuentan con anclaje constitucional —y deben, por esa razón, ser respetadas por todas las leyes procesales del país— muchos asuntos relacionados con el proceso en sentido estricto pueden variar, y de hecho lo hacen, entre cada uno de los Estados locales y el Estado federal...” (p. 9). Por esta razón, y con muy buen tino, LARSEN opta por tomar como objeto de análisis el CPPN y el CPPF; y para salvar cualquier omisión trató de apoyarse en aquellos aspectos del proceso con regulación constitucional. Sin embargo, y como veremos en algunos institutos, es prácticamente imposible desprenderse de esta dificultad. En cada comentario, LARSEN está obligado a realizar salvedades. Esto, en realidad, no hace más que destacar el esfuerzo realizado. Por lo demás, y dada la función y finalidad de la obra, el enfoque del trabajo es preponderantemente *descriptivo*.

¹⁴ Daniel PASTOR señalaba hace ya algún tiempo atrás, que los particularismos comenzaron en nuestro país con la paulatina incorporación del CPP Córdoba de 1940 en las provincias dando lugar, entre ese año y 1992, a la convivencia de dos estilos de enjuiciamiento. Desde esta última fecha “...la atomización es enorme y poco a poco los particularismos son tan marcados que ya se va perfilando la idea de un derecho procesal penal diferente para cada jurisdicción (así, tenemos hoy los modelos Córdoba-Tucumán, Nacional, Tierra del Fuego, Provincia de Buenos Aires y Chubut, por citar sólo algunos ejemplos de legislación que no tienen ya mucho en común entre sí)...”; cf. PASTOR, Daniel, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 136. Desde la fecha de esta reflexión al momento actual, la lista de diferencias entre los distintos códigos ha crecido exponencialmente.

IV.

Tal como su edición anterior,¹⁵ el libro conserva su mirada integral del Derecho Procesal Penal, escudriña en sus diferentes etapas y analiza con sencillez pero sin perder profundidad las facultades y deberes de los distintos sujetos del proceso. Desde el principio, se advierte la preocupación de vincularlo pero a la vez de distinguirlo del derecho material.

La obra mantiene también su división en cuarenta párrafos que abarcan desde la distinción de los casos penales y procesales penales, pasando por los fines y desarrollo del proceso penal hasta el estudio de los recursos y las costas. El común denominador de los diferentes capítulos y que brindan a la obra su sello distintivo, es la dinámica y el enfoque eminentemente práctico con las cuales es analizado el proceso penal. Además, al final de cada capítulo se plantean casos y preguntas para poner a prueba los conceptos enseñados en las páginas precedentes. Esto resalta el carácter pedagógico del libro. En esta nueva edición, al culminar cada párrafo se agregan los comentarios desde la perspectiva argentina realizados por Pablo LARSEN, quien también con sencillez y claridad explica *los mismos temas*, pero ya desde la óptica argentina, elegida según lo explicado en el punto 3.

V.

De esta mirada integral del derecho procesal penal alemán, ahora complementada con el derecho argentino, nos detendremos solamente en algunos institutos en los cuales las diferencias entre ellos son más marcadas, lo cual necesariamente influye en su modo de abordaje. En este sentido, y en primer lugar, se destaca *la distinta organización judicial*, pese a que ambos Estados son federales. Alemania cuenta, no obstante esa distribución de competencias, *con un único código procesal penal, con una única ley de organización de los tribunales y con una sola ley para regular el estatus de los jueces y juezas* (Ordenanza Procesal Penal Alemana, *StPO*; Ley de Organización de los Tribunales, *Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*; y Ley de la Judicatura Alemana, *Deutsches Richtergesetz, DRiG*, respectivamente). Por su parte, nuestro país cuenta con algunas pocas disposiciones

¹⁵ Al respecto véase SARRABAYROUSE, Eugenio C./GRISI, Carlos, "Comentario a la obra de Klaus Volk, 'Curso fundamental de Derecho Procesal Penal'", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, t. 2017-1, Rubinzal-Culzoni, 2017, pp. 549-554, al cual nos remitimos, para no aburrir a quien lee estas páginas.

constitucionales federales y distintas reglas, en cada provincia, sobre cada uno de esos aspectos (las cuales abarcan desde constituciones y leyes provinciales hasta reglamentos dictados por los tribunales superiores locales). Pese a la complejidad que desde un inicio implica describir esa realidad jurídica (y hacerla inteligible para una persona desconocedora de nuestro sistema), LARSEN logra explicar, con claridad y precisión, los fundamentos básicos de esa organización, cumpliendo con los objetivos de la obra (ver el § 5). En apenas cinco páginas (86-91) sintetiza lúcidamente la distribución de competencias legislativas en esta materia (I), el derecho judicial constitucional (II), la Corte Suprema de Justicia de la Nación (III), la distribución de las competencias judiciales (delitos “comunes” y “federales”, IV), el derecho de organización judicial (V) y los tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Penal Internacional). Este problema de *dispersión legislativa* se refleja también, en la organización de otro sujeto procesal, el Ministerio Público Fiscal (véase el § 6, ps. 99 – 102).

VI.

Otra diferencia relevante entre ambos ordenamientos se encuentra en el “Procedimiento de Investigación”, etapa a la cual VOLK/AMBOS le asignan un papel relevante; se trata de la sección dedicada a los albores del procedimiento y a la delimitación del objeto procesal frente a la sospecha de un hecho punible –actuación de oficio– y las distintas fuentes de denuncia (§ 8). Aquí salta a la vista el contraste referido a quién tiene el “dominio” de la investigación. En Alemania, es clara la función asignada a la fiscalía. Sin embargo, en nuestro sistema, aún pervive la figura del juez de instrucción en el CPPN (y en algún otro ordenamiento procesal provincial, como el de Tierra del Fuego), sistema radicalmente diferente en el CPPF, que coloca en cabeza de la fiscalía la dirección de la etapa preparatoria. En cuanto a sus facultades para disponer una intromisión (injerencia) en los derechos fundamentales, LARSEN pone en duda la presencia de un mandato de la Constitución Nacional, en el sentido que *deban ser* ordenadas por un juez. En sus palabras: “...Sin embargo, aún cuando esa preferencia pueda contar con buenas razones a su favor, no es claro que pueda ser presentada como una verdadera exigencia constitucional...” (p. 120). Como él mismo lo reconoce, esta posición es contraria a la doctrina tradicional argentina (Alejandro CARRIÓ, Julio MAIER) y también de distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; incluso, la sistematización de las constituciones y leyes provinciales argentinas seguramente arrojaría una preferencia *clara y abrumadora* en favor de la autorización judicial previa de tales injerencias.¹⁶

VII.

Igual de interesante es el análisis de las facultades de la persona imputada y del papel del defensor técnico, del cual surgen igualmente diferencias importantes. El principio *nemo tenetur* cuenta con un amplio desarrollo, estudio y sistematización en el derecho alemán.¹⁷ En este aspecto, VOLK/AMBOS, mencionan incluso, *la facultad de mentir* de la persona imputada, sin consecuencias, al menos penales.¹⁸ Esta conclusión surge de la comparación y las diferencias entre los roles procesales de “testigo” – “imputado” graficadas en el cuadro sinóptico 3 (§ 9, nm. 4, ps. 124 - 125). Allí se señala que el imputado *puede mentir impunemente*, al tiempo que el testigo *debe decir la verdad*. Por su parte, LARSEN describe prolijamente la situación de la persona imputada en el derecho argentino, y marca su distinción clara con el testigo (al igual que en Alemania). También da cuenta de la opinión dominante acerca de la imposibilidad de exigirle juramento de decir verdad (en tanto que se interpreta como una forma de coacción); y analiza concisa y detalladamente sus restantes derechos.

En cuanto al papel del “defensor” (§11), la diferencia quizás más notable entre el derecho alemán y el argentino es la institución del Ministerio Público de la Defensa, organizado tanto a nivel federal como local, esto es, el Estado nacional y las provincias cuentan con esta institución, configurada de modo similar a las fiscalías y elogiado por un jurista de la talla de Luigi FERRAJOLI, en cuanto señaló: “...debemos reconocer que desde vuestros países —desde Argentina, Brasil,

¹⁶ Entre las sentencias de la Corte Suprema argentina pueden citarse “Fiorentino”, Fallos, 306:1752 ; “Rayford”, Fallos, 308: 733; “Arriola”, Fallos, 332:1963; “Quaranta”, Fallos, 333:1674; de la Corte IDH, el más reciente “Fernandez Prieto y Tumbeiro vs. Argentina” Fondo y Reparaciones, sentencia del 1 de septiembre de 2020; con anterioridad, “Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 28 de noviembre de 2007; “La Cantuta vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas del 29 de noviembre de 2006.

¹⁷ En este sentido, puede consultarse el reciente número de la revista electrónica *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, n° 3/2023, pp. 131-218, con un amplio estudio de derecho comparado, disponible en <https://www.zfistw.de/index.php> [enlace verificado el 22/6/2023].

¹⁸ Resta analizar las inferencias que pueden realizarse a partir de una mentira de la persona imputada. En nuestra opinión, no pueden ir más allá de que su *hipótesis* carece de confirmación.

Guatemala, República Dominicana y los demás países latinoamericanos en los que existe el instituto de la defensa pública— llega a Europa una gran lección de civilidad jurídica. En Italia, como en muchos otros países europeos, la garantía de la defensa se limita —para los carenciados por encima del nivel de pobreza que no tienen derecho al ‘patrocinio gratuito’— a aquel simulacro de defensa que es la asistencia de un ‘defensor de oficio’, designado por la oficina judicial y, generalmente, no comprometido y cansadamente dispuesto sólo a una defensa ritual y burocrática, pues no tiene interés alguno en el destino de su defendido...”.¹⁹

En cuanto a la posibilidad de sancionar penalmente a los defensores penales por el desarrollo de su actividad, particularmente en el caso alemán por el delito de lavado de dinero, VOLK/AMBOS son tajantes: “...quien quiere defender a un mandante (cliente) que está bajo sospecha de haber cometido uno de los hechos precedentes...del lavado de dinero (§ 261 StGB) se expone a cometer por sí mismo lavado de dinero si acepta honorarios del mandante. El consejo de rechazar el mandato y remitirlo a una defensa obligatoria es cínico y contrario a la Constitución...”. Destacan que el Tribunal Constitucional Federal puso límites razonables a esta regla (aunque en nuestra opinión, discutibles) al establecer que el defensor solo sería punible si tenía certeza del origen de los honorarios, solución luego receptada legislativamente (ver § 11, p. 233, nm. 42).

Por su parte, LARSEN también aquí analiza prolijamente los derechos, deberes y posición jurídica del defensor, los casos de autodefensa, defensa necesaria, de oficio y múltiple; así como su exclusión y los supuestos de defensa técnica ineficaz, de creación jurisprudencial en nuestro medio. De este análisis, el punto quizás más controvertido son los límites de la defensa, examinados bajo el interrogante “¿comisión de delitos por el defensor?” (punto II, p. 237). La posición mencionada en el libro, basada en dos trabajos,²⁰ es, en verdad, minoritaria y en este sentido *no parece representar el estado de la cuestión del derecho argentino, en tanto no existen reglas*

¹⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi, “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública, en Ministerio Público de la Defensa”, en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 77-89. Para un estudio comparado, véase la tesis doctoral de Anna RICHTER, *supra* nota 12.

²⁰ RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “¿Es immoral defender como abogado causas inmorales?”, en *JA-I*, fascículo n° 8, 24/2/2010, pp. 20 y ss.; VERDE, Alejandra, “Defensa penal y encubrimiento: ¿conductas profesionalmente adecuadas”, en *LA MISMA, Investigaciones en derecho penal y teoría del derecho*, Buenos Aires, Del Sur, 2022, pp. 157-176.

jurídicas que castiguen el ejercicio de la defensa. Por lo demás, estas posiciones presentan varios problemas, de los cuales aquí mencionaremos dos. Uno, de orden lógico en el sentido de que, si toda persona imputada goza de la presunción de inocencia, ¿cuándo comete la conducta típica quien ejerce su defensa técnica de asistir a un culpable? En segundo lugar, el trabajo que origina esta posición adolece de cierta vaguedad porque no define *cuáles* serían las conductas inmorales de un cliente (mandante, en la terminología alemana) que convertiría en reprochable (moral y luego penalmente) la conducta de quien lo asiste jurídicamente.²¹

VIII.

Otro tema relevante y que muestra diferencias importantes entre la regulación alemana y las argentinas, lo encontramos en la reglamentación de los recursos, en particular, los de casación y de revisión. En cuanto al primero de esos medios de impugnación, el sistema alemán conserva el criterio tradicional, en cuanto se trata *de un recurso de pleno derecho* (§ 36, nm. 1, p. 571), es decir, orientado a modificar los errores jurídicos de la sentencia, pero no los vinculados con la *cuestión fáctica*. Sin embargo, la jurisprudencia alemana desarrolló el concepto de *casación ampliada*, el cual permite, fundamentalmente, ingresar a la valoración de la prueba, la cual, si bien es libre, debe ser autosuficiente, completa, expresa y no debe "...ostentar contradicciones o detenerse ante meras presunciones. El fundamento objetivo del convencimiento judicial debe ser comprensible...". De este modo, se muestra la vinculación entre la cuestión fáctica y la jurídica. Si la exposición de los fundamentos de la sentencia es defectuosa en alguno de los sentidos mencionados, el derecho material puede ser aplicado incorrectamente. A este error (en nuestra terminología) y su corrección se lo denomina *casación por vicio de exposición* (§ 36, I, 3 nm. 6, ps. 572-573). En nuestro país, al influjo de la reforma constitucional de 1994, la incorporación de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos, la jurisprudencia nacional e internacional, y la doctrina, la concepción tradicional del recurso de casación mutó a tal punto que esa denominación

²¹ En la literatura argentina se cuentan con valiosas obras sobre la conducta de quienes ejercen la profesión de abogado. Entre ellas, se destacan las obras de Genaro CARRIÓ, uno de los juristas contemporáneos más relevantes; ver, por ejemplo, EL MISMO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; por lo demás, el problema es mucho más complejo, vinculado con la enseñanza universitaria de una deontología profesional y los tribunales de disciplina de quienes ejercen esa profesión; de allí que la relevancia *penal* de las *conductas propias* del ejercicio de la abogacía resulta ser un tema particularmente delicado por su vinculación casi inescindible con el derecho de defensa en juicio.

ha desaparecido de los códigos recientes, consecuencia de la concepción derivada del derecho de la persona condenada a impugnar la sentencia condenatoria (arts. 8.2.h, CADH; 14.5, PIDCyP). Dentro de las decisiones más relevantes de la Corte Suprema argentina cabe mencionar, entre muchas, “Girolodi” (Fallos: 318:514), “Romero Cacharane” (Fallos: 327:388), “Casal” (Fallos: 328:3399), “Argul” (Fallos: 330:5212), “Chambla”, C. 416. XLVIII. RHE del 5 de agosto de 2014; “Duarte” (Fallos: 337:901); y la resolución administrativa n° 477/15 dictada en el Expediente 4499/13 del 15 de marzo de 2015 relacionada con el caso “Mohamed vs. Argentina”.²² Además, nuestro país recibió tres condenas de la Corte IDH por violación del art. 8.2.h de la CADH. Se trata de los casos “Mohamed vs. Argentina” recién citado (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2012; “Gorigoitía vs. Argentina” (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; y “Valle Ambrosio y otro vs. Argentina” (Fondo y Reparaciones, sentencia del 20 de julio de 2020).²³ LARSEN destaca, con acierto y la cita de Gabriel PÉREZ BARBERÁ, que el recurso de casación es el que más atención recibe en la literatura procesal argentina cuando analiza los medios de impugnación en el proceso penal, consecuencia de su vinculación con los derechos fundamentales de la persona imputada. También menciona las diferentes técnicas legislativas entre el CPPN y el CPPF, referidas a las diferentes organizaciones judiciales dispuestas para tratarlos en cada ordenamiento y, especialmente, a que el último de los mencionados *no regula un recurso de casación propiamente dicho*. Además, analiza la función *nomofiláctica* asignada a la casación (incumplida por diversas razones), los problemas vinculados con la bilateralidad recursiva, los límites a la posibilidad de recurrir en función del monto de la pena, los motivos del recurso, la “casación ampliada”, el reenvío y la casación positiva, y cuándo una sentencia puede considerarse firme. Aquí nuevamente LARSEN logra exponer con sencillez y precisión cuestiones muy complejas, aún no totalmente saldadas y que, además, cuentan con regulaciones muy diferentes en el CPPN y el CPPF (ver ps. 588-599).

²² La evolución de esta jurisprudencia puede verse en el Boletín n° 3, elaborado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, disponible en <https://sj.csjn.gov.ar/homeS/notas/nota/49/documento> [enlace verificado el 9/7/2023].

²³ En la doctrina argentina son innumerables los trabajos referidos al tema. Aquí solo citaremos tres: MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Fundamentos, 2ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, pp. 705- 733; PASTOR, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001; y Pérez Barberá, Gabriel, “La casación penal y la llamada ‘capacidad de rendimiento’”. Con motivo del caso ‘Casal’”, en *La Ley*, n° 2006-E, pp. 1306 y ss.

IX.

En cuanto al recurso de revisión, la diferencia más importante entre el derecho procesal alemán y el argentino radica quizás en la posibilidad *de revisar en Alemania una absolucón firme por más motivos que en nuestro país, a lo cual se ha agregado recientemente, un nuevo supuesto: la aparición de nuevas pruebas*.²⁴ Así, durante el 2021, se reformó el   362, inc. 5, StPO, en cuanto agregó una causa más de revisión de una *absolucón*. Esta modificación estuvo motivada en un caso de gran resonancia, ocurrido en 1981. La nueva regla autoriza a reabrir el proceso contra la persona absuelta, por nuevas pruebas o hechos, *pero limitado a ciertos delitos*: homicidio agravado (  211, StGB), genocidio, crímenes contra la humanidad, y de guerra contra una persona (   6, primer párrafo; 7, primer párrafo, incs. 1 y 2; 8, primer párrafo, inc. 1; todos del Código penal internacional alemán).²⁵ Por su parte, LARSEN en su comentario desde la perspectiva argentina, analiza los supuestos de revisión a favor de la persona condenada, con una mención al nuevo motivo contenido en el art. 366, inc. f, CPPF, esto es cuando “...se dicte en el caso concreto una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o una decisión de un órgano de aplicación de un tratado en una comunicación individual...”. También examina la viabilidad del recurso de revisión *en contra de la persona absuelta*, según lo ha desarrollado la jurisprudencia argentina y lo propone un sector de la doctrina.

X.

Como puede apreciarse, el comentario aquí emprendido no es exhaustivo sino un análisis parcial de algunos aspectos de la obra, seleccionados un tanto arbitrariamente. Nuestra intención es despertar el interés de quien lea estas líneas y constituir una invitación para completar la lectura fragmentaria aquí realizada. Sin lugar dudas, quienes lo hagan tendrán una visión sintética y precisa del derecho procesal penal alemán, más sencilla de comprender por el excelente trabajo de comparación y resumen realizado por Pablo LARSEN. Solo resta felicitar a los autores por esta brillante iniciativa.

²⁴ Esta reforma no es tratada en la obra de VOLK/AMBOS porque fue realizada casi de modo contemporáneo a la aparición de la actualización aquí comentada.

²⁵ Cf. HOVEN, Elisa, “Eine Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen – Eine Kritik der Kritik”, en *JZ*, n  23, 2021, pp. 1154 y ss.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistemática y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

- a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración o comentario sobre el texto.
- b. Nombre completo del autor o los autores. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.
- c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).
- d. Palabras clave en español.
- e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).
- f. Palabras clave en inglés (de ser posible).
- g. Cuerpo del trabajo.
- h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de “(ed.)” y, si es compilador, de “(comp.)”. En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo “/”, y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al.* (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis “(eds.)” y si son compiladores “(comps.)”.

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van “entre comillas dobles”. En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, “¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, “El desistimiento de la tentativa. La ‘voluntariedad’ como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal”, en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, “New Court, Old Dogmatik”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los “autos” (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo

hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, “Umräumen von Möbeln’ auf offener Bühne”, en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, “§ 242”, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

- a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.
- b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquel y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).



EN LETRA
DERECHO PENAL

Año IX, N.º 17, Nov de 2023

Dirección:

Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sub.)
Lara Benítez (Sec.)
Agustina Szenkman (Sec.)

Comité Editorial:

Ltonella Donnes
Tomás Fernández Fiks
Ezequiel Jiménez
Magdalena Legris
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Diana Veleda
Thomas Wostry

