

E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año X, N.º 19
Nov de 2024
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)

Ma. Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO (UBA)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA)

Carla SALVATORI (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY)

Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

Diana VELEDA (UTDT)

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 OLÁSOLO ALONSO (UROSARIO)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Daniel PASTOR (UBA)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UPF)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

José Milton PERALTA (UNC)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW
SCHOOL)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Luís GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU
BERLIN)

Ricardo ROBLES PLANAS (UPF)

Hernán GULLCO (UTDT)

Eric HILGENDORF (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Máximo LANGER (UCLA)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UIDESA)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UPF)

Alejandra VERDE (UIDESA/UTDT)

Patricia ZIFFER (UBA)



“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

La fuerza del Derecho Internacional, Kai Ambos, 9

ARTÍCULOS

La excusa absolutoria del delito de encubrimiento. Sus inconsistencias ante el abuso sexual infantil intrafamiliar como delito precedente, Sofía Barros Méndez, 14

La protección legal de los hackers éticos: una breve mirada desde el derecho penal, Rodrigo Branca, 52

Ignorancia deliberada ante la Corte Penal Internacional: ¿un estándar de responsabilidad penal subinclusivo?, Noelia Matalone, 71

Responsabilidad penal del abogado defensor por el cobro de honorarios profesionales provenientes del delito de su cliente, Noelia T. Núñez, 110

TRADUCCIONES

El error sobre elementos normativos del tipo, Bernd Heinrich, 156

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

EDITORIAL

COLUMNS

The force of international law, Kai Ambos, 9

ARTICLES

The Absolutory Excuse for the Offence of Criminal Concealment: Its Inconsistencies in the Face of Intrafamilial Child Sexual Abuse as a Predicate Offence, Sofía Barros Méndez, 14

The legal protection of ethical hackers: A brief overview from a criminal law perspective, Rodrigo Branca, 52

Wilful blindness before the International Criminal Court: a sub-inclusive standard of criminal responsibility?, Noelia Matalone, 71

Criminal responsibility of the defense lawyer for accepting, as professional fees, money derived from their clients' crimes, Noelia T. Núñez, 110

TRANSLATIONS

Mistake of fact and mistake of law when it comes to normative elements of the offense, Bernd Heinrich, 156

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

EDITORIAL

Con este número completamos el lanzamiento de los números correspondientes al año 2024. Por una reestructuración de la revista, se ha demorado el proceso más de lo esperado. Sin embargo, esperamos que este número esté a la altura de las expectativas depositadas en la revista.

En cuanto al contenido, este número combina trabajos de investigadores en formación con textos redactados por docentes investigadores de reconocida trayectoria. Estos textos están acompañados de una columna a cargo del Prof. Dr. Kai Ambos, miembro del Consejo Académico de la revista, y de un texto del Prof. Dr. Bernd Heinrich, inédito en idioma español hasta la actualidad.

Los próximos números de la revista alternarán entre ediciones generales, a partir de artículos recibidos por convocatoria abierta, y números especiales dedicados a un tema en específico. Entre estos últimos, estamos preparando un número dedicado exclusivamente al reciente libro de Federico Morgenstern (“Contra la corriente”) y otro a la obra de Gustavo Beade.

Esperamos que este número, así como los que siguen, contribuyan al desarrollo de la ciencia jurídico-penal iberoamericana.

LA FUERZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Kai AMBOS*

Guerras, incumplimiento de normas, amenazas: ¿está el Derecho Internacional cerca de su final? Una mirada a la praxis genera esperanza: aunque hay violaciones graves, la gran mayoría de los Estados respetan las normas que ellos mismos han elegido.

La imagen predominante del Derecho Internacional está caracterizada fundamentalmente por los conflictos bélicos y por las personas especialmente prominentes que intervienen en ellos. En este contexto de violencia desatada y de impunidad generalizada surge la impresión de que el Derecho Internacional, incluso el Derecho Penal Internacional, sería completamente ineficaz. Por un lado, el Derecho Internacional sería permanentemente descatado; por otro, el incumplimiento de las normas no acarrearía ninguna consecuencia, y, por consiguiente, el Derecho Internacional adolecería de un déficit de implementación.

Un Derecho que no es acatado y carece de consecuencias – ¿es esto cierto? En efecto, en muchos conflictos bélicos se viola la prohibición del uso de la fuerza entre los Estados, una norma fundamental del orden jurídico internacional. Esa prohibición fue violada de una manera paradigmática con la invasión rusa de Ucrania en febrero de 2022. Debido a la naturaleza y gravedad del uso de la fuerza por parte de Rusia, la mayoría de observadores incluso ven en esa invasión una guerra de agresión criminal.

Ahora bien, aunque la guerra de agresión contra Ucrania continua hasta el día de hoy, no ha quedado sin consecuencias. Por el contrario, ella condujo a una condena del agresor nunca antes vista, especialmente a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Además, Rusia ha sido excluida de organismos internacionales como el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y el Consejo de Europa. Finalmente, el fracaso de la reelección del juez ruso, Kirill Gworgjan, a la

* Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Público en la Georg-August-Universität Göttingen (GAU). Además, es juez en el Tribunal Especial de Kosovo, La Haya. Publicado originalmente en alemán en *Süddeutsche Zeitung*, 12.2.2025. Traducción al español realizada por Iván Ricardo Morales Chinome, LL.M.; revisión de Gustavo Urquiza, LL.M y del autor.

Corte Internacional de Justicia (CIJ), es también una consecuencia de la violación del Derecho Internacional por parte de Rusia. La misma CIJ exigió a Rusia en marzo de 2022, en el marco del dictado de medidas cautelares – y por 13 votos contra 2 (de Geworgian y de la jueza china Xue Hanqin) – que detuviera la “operación especial” contra Ucrania.

La reacción frente a Rusia fue energética

Se puede sostener, por lo tanto, que la reacción de la comunidad internacional de Estados frente a la agresión rusa ha reafirmado – por así decirlo, contrafacticamente – la norma fundamental de la prohibición del uso de la fuerza. El hecho de que no todos los Estados condenen a Rusia y que la mayoría de Estados no participen de las sanciones contra ella, puede explicarse por la importancia de Rusia y los diversos intereses (económicos y geopolíticos). Sin embargo, esto no pone en duda la existencia de la prohibición del uso de la fuerza. De hecho, la propia Rusia y sus aliados más cercanos tampoco lo hacen, sino que más bien niegan que hubiese ocurrido en absoluto una violación a la prohibición del uso de la fuerza, e invocan, entre otras cosas, el derecho a la legítima defensa. Aunque este argumento no es convincente en el fondo, el intento de justificar el uso de la fuerza muestra que la norma de prohibición del Derecho Internacional (*ius contra bellum*) es aceptada.

Igualmente, se reconoce que las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza deben ser interpretadas restrictivamente. Aparte del derecho a la legítima defensa, únicamente el Consejo de Seguridad de la ONU puede autorizar el uso de la fuerza militar. Por el contrario, se rechaza ampliamente la denominada intervención humanitaria como excepción adicional a la prohibición del uso de la fuerza (invocada, por ejemplo, por la OTAN en la guerra de Kosovo en 1999). Y también las reglas básicas para los conflictos armados – el llamado Derecho Internacional Humanitario (*ius in bello*) – también son reconocidas por los Estados.

Así pues, es posible sostener que las normas básicas del Derecho Internacional relativas al uso de la fuerza y a los conflictos armados son generalmente aceptadas. Los posibles infractores de estas normas solamente niegan el quebrantamiento del Derecho Internacional invocando una base fáctica diferente.

En el nivel de la práctica jurídica, la implementación de las normas de Derecho Internacional depende de los Estados o, mejor dicho, de las instituciones bajo su control. El órgano más importante aquí es el Consejo de Seguridad de la ONU, el cual, sin embargo, debido al poder de veto de los miembros permanentes (especialmente China, Rusia y EE.UU.) cumple muy

escasamente con su tarea de mantener la paz. Las propuestas de reforma correspondientes están sobre la mesa desde hace mucho tiempo, pero no pueden ser impuestas en contra del Consejo de Seguridad. Por tanto, son sobre todo esos poderes de veto – y no el Derecho Internacional como orden normativo – los que impiden las reformas necesarias al Consejo de Seguridad.

Los Estados son los actores – y quieren la vinculatoriedad jurídica

En general, los Estados son los actores decisivos en el Derecho Internacional. Ellos negocian y aprueban tratados bilaterales o multilaterales y establecen prácticas estatales que, apoyadas por una convicción jurídica, dan origen al Derecho consuetudinario internacional. Ellos son los que pueden dotar, al Derecho creado de esa forma, en especial a tratados internacionales, mecanismos de aplicación más o menos eficaces. Por ejemplo, un tratado de Derecho Internacional puede remitir controversias entre las partes a un tribunal internacional, en particular a la CIJ, como ocurre con el caso de las convenciones sobre el genocidio y el apartheid. También puede remitirlas a tribunales especiales como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar de Hamburgo (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) o a tribunales regionales de Derechos Humanos.

Más allá de los conflictos bélicos, en ámbitos menos mediáticos del Derecho Internacional, se evidencia rápidamente que las reglas suelen ser acatadas. Muchas disputas territoriales ya no se resuelven mediante la fuerza armada, sino en los tribunales. Por ejemplo, las disputas entre Chile y Bolivia, por el acceso (boliviano) al Pacífico, o entre Colombia y Nicaragua, por el alcance de la plataforma continental, fueron dirimidas ante la CIJ. Por supuesto, hay excepciones – Rusia/Ucrania, Israel/Palestina –, pero éstas finalmente confirman la regla de que la resolución de disputas mediante el Derecho Internacional es exitosa.

El argumento del déficit de aplicación del Derecho Internacional también resulta muy poco convincente, porque parte de la premisa de la aplicación absoluta de la ley, la cual no se corresponde con la realidad ni siquiera en los Estados de Derecho desarrollados. Tampoco en Alemania se ejecuta siempre lo dispuesto por el Derecho: los títulos de ejecución civil fracasan por falta de acceso a los bienes, los procesos penales deben archivarse debido al estado de salud del acusado y los actos administrativos en firme (como, por ejemplo, las órdenes de deportación) no pueden ejecutarse.

Si se ve más allá de Alemania, se constatará el déficit masivo de aplicación de la ley en los más de 190 países del mundo. El Derecho Internacional aparece en este contraste con una imagen mucho más favorable. Esto lo muestra una comparación de los macroconflictos del Derecho Internacional

con sus equivalentes nacionales, como, por ejemplo, la lucha contra los cárteles de la droga, las redes de trata de personas, las bandas de tráfico de migrantes, los cibercriminales, e, incluso, las bandas armadas y milicias. La aplicación del Derecho nacional en estos conflictos es menor que la que tiene el Derecho Internacional en los macroconflictos. En cualquier caso, es claro que los problemas transnacionales de todo tipo – pensemos sólo en la protección del ambiente – únicamente pueden resolverse en el marco de la cooperación multilateral de los Estados.

La espada de las sanciones

Si un Estado viola el Derecho Internacional, puede ser sancionado por ello, por ejemplo, por el Consejo de Seguridad de la ONU, por el Consejo de la Unión Europea (UE) o por Estados individuales. Un buen ejemplo son las sanciones impuestas a Rusia por la invasión a Ucrania, tanto por la UE como por los EE.UU. Otro ejemplo sería – a la luz de la reciente opinión consultiva de la CIJ sobre la situación de los territorios palestinos ocupados según el Derecho Internacional – las sanciones contra Israel por su política de ocupación o contra colonos extremistas por los ataques contra palestinos.

Estas sanciones también pueden estar dirigidas contra terceros Estados o personas jurídicas y naturales que apoyen o contribuyan a una violación del Derecho Internacional: posibles sanciones a Bielorrusia y Corea del Norte por apoyar la guerra de agresión rusa; posibles sanciones a EE.UU. y Alemania por apoyar militarmente a Israel, en caso de que Israel cometa violaciones al Derecho Internacional Humanitario o crímenes de guerra con las armas que le han sido entregadas; posibles sanciones a empresas que apoyen la construcción ilegal de asentamientos en Cisjordania; y la prohibición de la importación de productos desde territorios anexados u ocupados ilegalmente (así, respecto de Crimea/este de Ucrania, pero no de Cisjordania).

Naturalmente, el Derecho Internacional también choca con los límites de la *Realpolitik*. De nuevo, son los Estados los que imponen sanciones contra los infractores del Derecho Internacional, o bien, las impiden. Un caso reciente: el levantamiento por parte de Trump de las sanciones del gobierno Biden contra los colonos extremistas israelíes. Asimismo, son los Estados los que utilizan el instrumento de las sanciones por razones puramente políticas y de poder, sin que el destinatario haya cometido alguna infracción del Derecho Internacional. Un ejemplo reciente: las nuevas sanciones de EE.UU., por decreto presidencial del 6 de febrero, en contra de la Corte Penal Internacional (CPI) por las órdenes de detención contra los políticos israelíes Netanyahu y Gallant. Con esto, EE.UU. retoma el ataque frontal contra la CPI emprendido por la primera presidencia

de Trump, y hace lo mismo que Rusia, la cual inició una investigación penal contra el fiscal y jueces de la CPI.

La CPI sigue la tradición de Núremberg, cuenta con el apoyo firme de Alemania y es el paradigma de la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales más graves. La salvación de la Corte está en manos de sus 125 Estados parte, en primer lugar, de los de la UE por su peso económico y político.

Los protagonistas de un orden basado en el Derecho Internacional, dentro de los cuales siempre ha figurado Alemania, deberían estar interesados en apoyar sin reservas a los tribunales internacionales. Estos representan la fuerza del Derecho, en lugar del derecho del más fuerte y materializan el principio de la igualdad en la aplicación del Derecho frente a cualquier persona: poderosa o débil, rica o pobre, amiga o enemiga. Sólo con tribunales internacionales fuertes tendrá futuro un orden global multilateral basado en reglas.

ARTÍCULOS

LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO

SUS INCONSISTENCIAS ANTE EL ABUSO SEXUAL INFANTIL INTRAFAMILIAR
COMO DELITO PRECEDENTE

Sofía BARROS MÉNDEZ*

Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2024

Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2025

Resumen

La finalidad principal de este trabajo consiste en detallar las agudas inconsistencias que puede presentar la excusa absolutoria del delito de encubrimiento (prevista en el art. 277 inc. 4 del Código Penal Argentino) ante determinados casos de favorecimiento personal en los que tanto el autor como la víctima del delito precedente forman parte del grupo familiar del encubridor. Por medio de un análisis *de lege lata*, se buscará delimitar el alcance y la aplicación de dicha eximente, para luego establecer, a partir de un análisis *de lege ferenda*, cómo deberían regularse estos supuestos, a fin de que satisfagan los principios de justicia. A partir de ello, se estudiarán los diversos supuestos de doble vinculación que pueden presentarse. En concreto, se determinará cómo deben abordarse los casos en que el delito anterior es un abuso sexual intrafamiliar cometido en la infancia, por tratarse de un supuesto frecuente y trágico dentro de tales constelaciones.

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Magister y Especialista en Derecho Penal por la Universidad de San Andrés. Docente e Investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: sofia Barros@derecho.uba.ar. Este artículo expone las ideas principales de lo que fue mi tesis de maestría. Agradezco especialmente a Alejandra Verde, mi directora de tesis, tanto por haber despertado mi interés en investigar este tema como por sus observaciones y por el extenso tiempo que dedicó a nuestros intercambios de opiniones. Asimismo, agradezco a María Luisa Pique, codirectora de mi tesis de maestría, porque sus comentarios y señalamientos fueron de una inmensa ayuda. Este trabajo fue posible, por lo menos en parte, gracias a la estancia de investigación en el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen, que me otorgaron Ezequiel Malarino y Kai Ambos, a quienes agradezco. No puedo dejar de agradecer a Eugenio Sarra Bayrouse, a Marcelo Lerman y a Ivana Bloch, quienes formaron parte del jurado de mi tesis, porque sus devoluciones me han servido para mejorarla. Finalmente, agradezco a Francisco Rodríguez Abinal por sus recomendaciones y su acompañamiento en este proceso.

Palabras clave: Encubrimiento – Favorecimiento personal – Excusa absolutoria – Violencia intrafamiliar – Protección especial – Abuso sexual en las infancias

Title: *The Absolutory Excuse for the Offense of Criminal Concealment: Its Inconsistencies in the Face of Intrafamilial Child Sexual Abuse as a Predicate Offense*

Abstract

The main purpose of this paper is to detail the acute inconsistencies that the absolutory excuse for the offense of criminal concealment, set out in Article 277(4) of the Argentine Criminal Code, may present in certain cases of personal favoring, in which both the perpetrator and the victim of the predicate offense belong to the family group of the person committing the concealment. By means of a *de lege lata* analysis, it seeks to delimit the scope and application of this exemption, and then, on the basis of a *de lege lata* analysis, to establish how such cases ought to be regulated so that they satisfy the principles of justice. On that basis, the various scenarios of dual connection that may arise are examined. Specifically, it determines how cases should be approached when the prior offense is intrafamilial sexual abuse committed in childhood, since this is a frequent and tragic scenario within such constellations..

Keywords: Criminal concealment – Personal favouring – Absolutory excuse – Intrafamilial violence – Special protection – Child sexual abuse

Sumario: I. Introducción; II. Una aproximación a las excusas absolutorias; III. La excusa absolutoria del art. 277 del Código Penal Argentino; IV. Las inconsistencias de la eximente: La doble vinculación; V. Constelación de casos posibles; VI. Abuso sexual en las infancias como delito precedente; VII. Conclusión; VIII. Bibliografía

I. Introducción

En el ordenamiento jurídico-penal argentino encubrir a un familiar se encuentra eximido de reproche criminal. Ello es así siempre que se hubiera obrado en favor del cónyuge, de un pariente, o de un amigo íntimo.

Dicha excusa absolutoria se encuentra regulada en el art. 277, inc. 4, del Código Penal (en adelante: CP) y se funda tanto en el interés de preservar a la familia (como unidad funcional de la

vida social), como en la consideración de que la conducta responde a un sentimiento de afecto o gratitud. Sin embargo, tal excusa no es absoluta. El legislador previó la imposibilidad de invocar la eximente cuando: (i) el encubrimiento estuviera dirigido a ayudar al autor a asegurar el botín; (ii) el encubridor hubiera actuado con ánimo de lucro; y/o (iii) el encubridor se dedicare con habitualidad a la comisión de estos hechos.

Por lo tanto, el problema central del tipo penal de encubrimiento¹ y de la regulación de su excusa absolutoria radica en que no brindan una solución justa a ciertos casos en los que el encubridor no solo posee un vínculo de parentesco con el autor del delito precedente sino también con su víctima (en adelante me referiré a tales supuestos como casos de doble vinculación).² Escenario que se presenta usualmente en los delitos que se cometen en el seno de la privacidad, cuyo caso frecuente es el abuso sexual cometido en las infancias (en adelante: ASI).³ Ejemplo claro de tales casos puede ser el siguiente: (i) Pedro, padre de Rocío, encubre a su padre Raúl, quien abusó sexualmente de Rocío.

En concreto, tales supuestos presentan claras inconsistencias y una solución poco justa⁴ si se observa que uno de los principales fundamentos que subyace a la propia existencia de la excusa absolutoria, esto es la protección de la familia, se podría encontrar en *jaque* en determinados casos de doble vinculación. En tanto difícilmente pueda sostenerse que, a partir de dicha eximente, se protege el núcleo familiar, si su propia aplicación implicaría en ciertos supuestos –tales como los casos de abuso sexual infantil (en adelante ASI) intrafamiliar–, un desmedro a los derechos de sus propios integrantes.

¹ Al respecto de un estudio acabado sobre las conductas reguladas en el art. 277 CP, véase por todos VERDE, “Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación”, en *InDret*, n° 1.2020, p. 265.

² Situación similar se presenta en la regulación del encubrimiento en el Código Penal Alemán (StGB) y el Código Penal Español, ordenamientos en los que más abrevia la legislación argentina. Por ello tomaré como referencia tales, dado que son los dos países en los que más abrevia la legislación y la doctrina nacional.

³ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha verificado que las niñas son las principales víctimas de violencia sexual y que los agresores son generalmente del sexo masculino, con algún grado de parentesco. Cfr. CIDH, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica”, OEA/Ser.L/V/II Doc. 63, 09/12/2011, Resumen ejecutivo, párr. 21.

⁴ Dado que *de lege lata* estos escenarios se encuentran resueltos, pues la excusa debe aplicarse en todos los casos, salvo las excepciones establecidas por la norma, nos encontramos ante una laguna axiológica. Véase al respecto ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 155 y ss.

No obstante, tales inconsistencias no han sido estudiadas por la doctrina, y han sido resueltos – hasta el momento– de forma contradictoria por la jurisprudencia.⁵ Por ello, esta investigación tiene como objetivo contribuir a saldar esa deuda.

Por tanto, en este trabajo se buscará precisar las inconsistencias que presenta la regulación actual de la excusa absolutoria del delito de encubrimiento ante determinados casos de doble vinculación. Para ello se estudiarán los diversos supuestos que pueden presentarse en tal sentido, se profundizará en aquellos casos más complejos y se analizará de forma pormenorizada los casos de ASI intrafamiliar, como delito precedente.⁶

En efecto, esta investigación comenzará con un breve estudio de las excusas absolutorias, para luego profundizar en la naturaleza jurídica y fundamentación de la eximente prevista en el delito de encubrimiento. A partir de allí se verá cuáles son los casos más conflictivos ante supuestos de doble vinculación. Finalmente, se analizará uno de los escenarios más frecuentes y problemáticos para la regulación actual de tal eximente: supuestos en que el delito anterior es un abuso sexual intrafamiliar cometido en la infancia.

II. Una aproximación a las excusas absolutorias

El estudio de las excusas absolutorias, referente a su contenido material y a la fundamentación de su concepto, no ha despertado mucho interés en la doctrina nacional. Por lo que los problemas que se presentan en referencia a tales cuestiones no han sido resueltos de forma sistemática ni coherente.

Asimismo, dado que tal instituto se estudia normalmente dentro de la categoría de la punibilidad, el escenario se oscurece aún más. Pues, al tratarse de decisiones de política legislativa,

⁵ Cfr. CNACC, Sala VII, “T.C.E s/ encubrimiento”, resolución del 25/03/2015; CNACC, Sala I, “R., Y. E. s/ Procesamiento”, resolución del 17/05/2019; CNACC, Sala IV, “J., E. W. s/ Procesamiento”, resolución del 06/06/2014; de Apelación y Garantía en lo Penal de Bahía Blanca, “D. P. A. M. s/ encubrimiento”, resolución del 27/12/2019; Cámara Tercera en lo Criminal de Resistencia, “Caso Diana Correa”, veredicto del jurado popular del 24/09/2021. En los casos en que se persiguió penalmente a mujeres madres pudo observarse un juzgamiento basado en estereotipos y sesgos de género, antes que en un interés de tutela a NNA. Al respecto de la construcción de un rol de maternidad que fundamentó - equivocadamente- la responsabilidad penal, véase HOPP, “ Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en DI CORLETO, Julieta, *Género y justicia penal*, Didot, CABA, 2017.

⁶ Dicho escenario ha sido problematizado -aunque con matices- en un proyecto de reforma de ley. Véase: Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Proyecto de Ley 4849-D-2020, 20/11/2020.

existe una amplia gama de condiciones que influyen sobre la punibilidad y que no responden necesariamente a un principio teórico rector.⁷

La polémica sobre el significado dogmático y la justificación político-criminal de tales eximentes se debe “a que esta rúbrica constituye un revoltijo de elementos muy heterogéneos, sobre los que es casi imposible hacer afirmaciones generales”.⁸ En tal contexto se enmarca la eximente prevista para el delito de encubrimiento, la cual ha sido considerada por la doctrina argentina como una excusa absolutoria.⁹

1. Concepto y origen

Al comprobar que la conducta es típica, antijurídica y culpable, se habilita normalmente la aplicación de la pena. Sin embargo, excepcionalmente, el legislador establece un requisito adicional para la punibilidad de la conducta —condiciones objetivas de punibilidad— o un obstáculo para la configuración de esta —excusas absolutorias—.

Las excusas absolutorias¹⁰ han sido definidas como aquellas causas previstas por la ley en las que, a pesar de subsistir el ilícito penal y la culpabilidad, la posibilidad de imponer una pena al autor queda excluida desde el primer momento por perder su justificación político-criminal. Así, debido a que la punibilidad no forma parte de uno de los elementos esenciales del concepto de delito, nos encontramos frente a supuestos en los que, existiendo ilícito culpable, se exceptúa de pena al autor por decisión del legislador.¹¹ De este modo, la pena no se aplica en virtud de una decisión legislativa

⁷ SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal: Parte General*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 307.

⁸ ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, trad. LUZÓN PEÑA, et al, Civitas, Madrid, 1997, p. 972.

⁹ Cfr. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. V, Tea, Buenos Aires, 1992, p. 334; NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 3º ed., Lerner, Córdoba, 2008, p. 482; DONNA, *Derecho Penal Parte Especial*, t. III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 521; CREUS, *Derecho Penal Parte Especial*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 349-350; FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 1030; BOUMPRADRE, *Derecho Penal Parte Especial*, ConTexto, Resistencia, 2018, p. 557.

¹⁰ La terminología escogida por la doctrina iberoamericana para referirse a estos supuestos es de origen francés y, tal como se observa, resulta un tanto confusa. Al respecto, de su origen véase por todos: TISSOT, *El Derecho Penal estudiado en principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo*, trad. ORTEGA GARCÍA, et al., Madrid, 1880, pp. 80 y ss.

¹¹ Véase RODRIGUEZ MUÑOZ, “Notas a la traducción de la 2º ed. Alemana” en MEZGER E., *Tratado de Derecho Penal*, trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935, pp.164 y ss.

que se funda generalmente en razones de: (i) orden utilitario; (ii) reparación del mal causado por el delito; y/o (iii) lazos familiares y de afecto.¹²

En concreto, tales eximentes refieren ni más ni menos —en aspectos generales— a lo que en la doctrina alemana se conoce como “causas personales que excluyen la pena” (*Strafausschliessungsgründe*).¹³ La opinión mayoritaria en la doctrina alemana las designa como aquellas “circunstancias previstas legalmente, cuya existencia lleva anticipadamente a la impunidad, y que deben concurrir durante la comisión del hecho”.¹⁴ Así, la exclusión de la pena no beneficia a todos los intervinientes, sino sólo a aquél en cuya persona concurra el elemento excluyente de la punibilidad.

La mayor disidencia en los autores alemanes se ha situado en determinar qué tipo de fines pueden motivar dichas causas. Así, mientras que la postura mayoritaria considera que se trata de causales motivadas por cuestiones de política-criminal,¹⁵ la doctrina minoritaria entiende que nos encontramos ante criterios extrapenales.¹⁶ BLOY destaca, que “el grupo de disposiciones cuya función consiste en hacer prevalecer intereses extrapenales pone de manifiesto el enlace del Derecho penal con las necesidades del conjunto de la sociedad que, aparte de expresarse en el interés del óptimo funcionamiento de la justicia penal, se manifiestan también en otras finalidades”.¹⁷ En contraposición a ello, VOLK ha entendido que la renuncia a la pena necesariamente tiene que ver con los fines de esa institución en la estructura de funcionamiento de la sociedad.¹⁸

Finalmente, WESSELS, BEULKE y SATZGER, situándose en un punto medio, han advertido que, mientras algunas excusas absolutorias se fundamentan en razones de política-estatal, otras en

¹² Por todos BOUZART/PINATEL, *Traité de Droit Penal et de Criminologie*, Librairie Dalloz, París, 1970, p. 635, citado en HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 30.

¹³ JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, Losada, Buenos Aires, 1970, p. 137 y ss.

¹⁴ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Derecho Penal: Parte General*, trad. PARIONA ARANA, Instituto Pacífico, Lima, 2018, pp. 351 y ss. Asimismo STRATENWERTH, *Derecho Penal: Parte General*, trad. SANCINETTI/CANCIO MELIÁ, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 138-ss; ROXIN, *supra* nota 8, pp. 971 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, trad. CARDENETE, Comares, Granada, 2002, pp. 593 y ss.

¹⁵ En relación con la postura dominante, y como principal opositor a lo expresado por la postura minoritaria, véase VOLK, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus” en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, N° 4, 1985, citado en ROXIN, *supra* nota 8, p. 980.

¹⁶ Al respecto de la postura minoritaria, véase ROXIN, *supra* nota 8, pp. 979-ss; JESCHECK, *supra* nota 14, pp. 593 y ss.

¹⁷ BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungsgrund Strafaufhebungsgründe*, Duncker y Humblot, Berlin, 1976, pp. 224-ss., citado en: ROXIN, *supra* nota 8, p. 979.

¹⁸ VOLK, *supra* nota 15, pp. 888 y ss.

consideraciones de utilidad político-criminal, y otras, por el contrario, en la decisión de apreciar una situación similar a un estado de necesidad.¹⁹

2. Delimitación de las excusas absolutorias

Las causas de justificación y las de inculpabilidad también se encuentran establecidas positivamente, tienen una determinada naturaleza político-jurídica, y actúan en aquellos casos en los que la aplicación de una pena resulta ya injustificada. Por tal motivo, la delimitación entre las excusas absolutorias y las distintas causas de justificación y exculpación ha necesitado su propio estudio y análisis.²⁰

SILVELA, introductor del concepto en España, ha dado una primera delimitación que sigue siendo esclarecedora. El autor ha entendido que el motivo de esta especie de eximente no se apoya en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca sujeto con condiciones de capacidad, como acontece en las causas de exculpación, sino en motivos transitorios y de conveniencia de carácter político.²¹ En los que el legislador considera más útil tolerar el delito que castigarlo, aun conociendo que este existe y que los autores pueden responder.

Por otro lado, BACIGALUPO con expresa referencia a BINDING, ha entendido que en las excusas absolutorias el delito no se castiga por su insuficiente contenido de contrariedad al Derecho, pues el Estado considera que puede mantener la autoridad de la norma y el orden sin necesidad de aplicar la pena.²²

No obstante, en relación con las causas de exclusión de la culpabilidad (concretamente las que analizan la exigibilidad de la conducta del autor), es necesario realizar mayores precisiones. Dado que, como se ha visto, algunas excusas absolutorias buscan dar relieve a una situación similar a un estado de necesidad.²³

¹⁹ Por todos WESSELS/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 14, pp. 351-353.

²⁰ Véase BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1983, p. 220.

²¹ De este modo, SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios*, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903, pp. 201 y ss.

²² BACIGALUPO, *supra* nota 20, p. 57.

²³ De este modo, WESSEL/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 14, pp. 351-353.

En términos conceptuales la delimitación resulta clara, toda vez que las causas de exculpación se presentan en aquellos casos en los que, a partir de un análisis individual y subjetivo en que el autor cometió el hecho, no es posible exigirle un comportamiento adecuado a la norma.²⁴ En cambio, en las excusas absolutorias, tal como se afirmó antes, la eximición de pena se aplica de forma general y objetiva, y el juez analiza únicamente que los elementos de esta se encuentren acreditados.²⁵

Sin embargo, el problema principal se presenta a la hora de determinar la naturaleza de cada una de las eximentes previstas en los códigos y, particularmente, de los supuestos en los que las llamadas excusas absolutorias tienen su origen, o parte de él, en razones de no exigibilidad de otra conducta. Allí la doctrina no es pacífica y los límites entre una causa de inculpabilidad y una excusa absolutoria no resultan ya tan claros. La naturaleza de la eximente prevista para el delito de encubrimiento forma parte de dicha discusión.

III. La excusa absolutoria del art. 277 del Código Penal Argentino

La regulación actual de la eximente del art. 277, inc. 4 CP establece “[e]stán exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, ‘e’ y del inciso 3, ‘b’ y ‘c’.”

Así, la excusa absolutoria incluye concretamente todas las modalidades de encubrimiento previstas en el inciso 1 del art. 277 CP,²⁶ salvo el denominado favorecimiento real del apartado e, a la vez que tampoco rige en aquellos casos en los que el encubridor actuó con ánimo de lucro, y/o

²⁴ De este modo, JESCHECK, *supra* nota 14, pp. 513 y ss.

²⁵ HIGUERA GUIMERA, *supra* nota 12, pp. 77 y ss.

²⁶ Dado que los criterios para clasificar las diferentes modalidades de encubrimiento no surgen de la letra de la ley, dicha tarea ha quedado en manos de la doctrina, la cual ha distinguido los distintos tipos de favorecimiento, según si la conducta involucra cosas o personas. Cfr. FONTAN BALESTRA, *supra* nota 9, pp. 1016-1023; DONNA, *supra* nota 9, pp. 485-486; CREUS, *Derecho Penal Parte Especial*, *supra* nota 9, pp. 339-345; NUÑEZ, *supra* nota 9, pp. 479-481; SOLER, *supra* nota 9, pp. 345 y ss.; PARMA/MANGIAFICO/ÁLVAREZ DOYLE, *Derecho Penal – Parte Especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 667-669. El criterio delimitador empleado por la doctrina argentina no es otro que el utilizado por la doctrina española. Al respecto de su postura mayoritaria véase DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Encubrimiento o favorecimiento”, en LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 649 y ss. Sobre la postura minoritaria véase GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 244-ss.

se dedicaba con habitualidad a la comisión de esta clase de hechos. De tal forma, las excepciones previstas para la aplicación de dicho instituto son limitadas.²⁷

Dado que se abordarán solo supuestos de encubrimiento intrafamiliar en los que exista doble vinculación, es dable aclarar que la única modalidad relevante para este trabajo será la de favorecimiento personal (en los términos en los que lo concibe la postura minoritaria argentina).²⁸

1. Naturaleza jurídica de la eximente del delito de encubrimiento

Las grandes discrepancias vistas en el apartado anterior, referentes a la teoría de las excusas absolutorias, se encuentran presentes en la determinación de la naturaleza jurídica de la eximente prevista para el delito de encubrimiento. Discusión que no fue acogida por la doctrina argentina, la cual se enrola uniformemente en considerarla una excusa absolutoria,²⁹ bajo el fundamento de que su existencia reside en una decisión legislativa de proteger los vínculos familiares.³⁰

Por su parte, DONNA ha expresado que su fundamento se sitúa en una decisión de política-criminal en la que se pondera la circunstancia en la que puede verse inmerso quien, si no fuese por la existencia de dicho vínculo, actuaría de otro modo.³¹

Por el contrario, en las doctrinas española y alemana la discusión alrededor de la naturaleza de tal eximente no resulta pacífica. En términos generales, los autores se dividen entre quienes

²⁷ Dicha situación tampoco ha sido advertida en los ordenamientos jurídicos de España y Alemania. Cfr. art. 454 del Código Penal español y § 258 VI del StGB.

²⁸ El favorecimiento personal implica toda conducta que busca evitar el correcto funcionamiento de los órganos de la administración de justicia que se dedican a investigar delitos y castigar a sus autores, indistintamente de si la acción recae sobre objetos o personas, véase VERDE, *supra* nota 1, pp. 266 y ss; y CEVASCO, *Encubrimiento y Lavado de Dinero*, Di Placido, Buenos Aires, 2002, p. 22 y ss.

²⁹ Véase NÚÑEZ, *supra* nota 9, p. 482; FONTAN BALESTRA, *supra* nota 9, p. 1030; SOLER, *supra* nota 9, p. 334; CREUS, *supra* nota 9, pp. 349-350; BOUMPRADRE, *supra* nota 9, p. 557.

³⁰ Existen otros institutos motivados en tal fundamento, tal como la prohibición de denunciar prevista en art. 178 y la prohibición de declarar regulada en el art. 242 del Código Procesal Penal de la Nación.

³¹ DONNA, *supra* nota 9, p. 521.

consideran que se trata de una causa de inculpabilidad,³² y aquellos que, de forma mayoritaria, la conciben como una excusa absolutoria.³³

La corriente doctrinaria que concibe a tal eximente como una causa de inculpabilidad parte de la premisa de que, en esos casos, no se le puede exigir al sujeto la realización de otra conducta. Ya que, aun cuando sabe que su deber es el de no encubrir, no puede humanamente motivarse y determinarse de acuerdo con tal deber.³⁴ Por ello, consideran que, siempre que el fundamento de la eximente radique en motivos de exigibilidad, aun cuando se encuentre prevista en términos generales y objetivos, deberá ser entendida como una causa de inculpabilidad,³⁵ o como una causa con análogos efectos. En consecuencia, deberá ser acreditada la no exigibilidad de la conducta.³⁶

La postura dominante en la materia, en cambio, entendió que, indistintamente del fundamento que haga surgir a la excusa absolutoria, si se encuentra prevista de forma objetiva, no podrá tratarse de una causa de inculpabilidad.³⁷ Toda vez que esta última requiere de un análisis individualizado en el que se determine, a partir de las circunstancias especiales del autor, la exigibilidad de un comportamiento distinto. Por tal motivo basta con que se pruebe el parentesco o la relación de análogo afectividad, encontrándonos así frente a una excusa absolutoria.³⁸

A partir de lo analizado, resulta evidente que el fundamento de la excusa prevista en el art. 277 CP reside —en parte— en la no exigibilidad, pues en tales casos pareciera encontrarse presente la concepción de que el sujeto “ha obrado como cualquiera lo hubiese hecho en su lugar”.³⁹ No obstante, su existencia también radica en diversos fundamentos que no responden necesariamente

³² Por España: SAINZ CANTERO, “Las causas de inculpabilidad”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1963, pp. 15 y ss.; Por Alemania: FRISTER, *Derecho Penal: Parte General*, trad. de GALLI/SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 416.

³³ Por España véase CONDE PUMPIDO FERREIRO, “Encubrimiento entre parientes” en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. V, vol. V, Edersa, Madrid, 1985, pp. 346 y ss; Por Alemania véase SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 258, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1991, citado en: JESCHECK, *supra* nota 14.

³⁴ De este modo, SAINZ CANTERO, *supra* nota 32, p. 15.

³⁵ JESCHECK entiende que se tratan de elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente; Cfr. JESCHECK, *supra* nota 14, pp. 506-507.

³⁶ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 14, p. 354.

³⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 944-945.

³⁸ Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *supra* nota 33, pp. 594; CONDE PUMPIDO FERREIRO, *supra* nota 33, p. 346; BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en el Derecho Penal*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 179.

³⁹ Al respecto de la culpabilidad y la no exigibilidad véase FREUDENTHAL, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, trad. GUZMÁN DALBORA, Buenos Aires, B de F, 2003.

a la motivación del autor.⁴⁰ En efecto, lo que nos aproxima a una respuesta sobre su naturaleza es la forma en que se reguló.

Así, dado que para su aplicación solo se requiere la verificación de la existencia del vínculo en cuestión, la eliminación del reproche penal no pareciera responder a una estructura propia de una causa de inculpabilidad basada en la no exigibilidad. En tanto esta requiere un análisis de determinación sobre la posibilidad que posee el autor de motivar su comportamiento conforme a la norma.

Por ello, el análisis relativo a la motivación con la que actuó el sujeto y la posibilidad de adecuar su conducta al deber, tal como lo entiende la postura mayoritaria en Argentina, España y Alemania, no se requieren para su aplicación.⁴¹ En tanto, al plasmarse de forma objetiva y general, previéndose como una presunción *iure et de iure*, el análisis relativo a una causa de inculpabilidad no está presente. Por tales razones coincido con la postura mayoritaria en entender que nos encontramos frente a una excusa absolutoria.

2. Fundamento y sujetos comprendidos: ¿Qué familia se protege?

El reconocimiento y la preservación de los vínculos familiares han sido los motivos por los cuales el legislador decidió tolerar acciones que se ejecutan en contra de los intereses estatales.⁴² Sin embargo, la ambigüedad de la terminología empleada en la regulación de tal eximente y la constante reconstrucción de los modelos de familia generan la necesidad de precisar quiénes son los sujetos comprendidos.

Del análisis de nuestra legislación se observa una terminología un tanto en desuso para hacer referencia a los vínculos familiares. Tal es así que, desde una visión tradicional, la norma como

⁴⁰ En tal sentido, el legislador pudo fundar dicha eximente por diversos motivos radicados por ejemplo, en el interés de preservar “el nombre de la familia”, en la vergüenza que representa para el encubridor el hecho cometido por su familiar, en el impacto económico de que el autor del hecho precedente sea privado de su libertad, en el interés político-criminal de reducir el gasto destinado a ejecutar tales penas, entre otros.

⁴¹ Por todos, al respecto de Argentina, España y Alemania, véase respectivamente CREUS, *supra* nota 9, pp. 349-350; CONDE PUMPIDO FERREIRO, *supra* nota 33, pp. 346-ss; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *supra* nota 33.

⁴² La facultad de abstenerse a declarar en contra de un familiar, regulada tanto en Argentina, como en España y Alemania tiene su fundamento justamente en tal reconocimiento e interés de protección por sobre el de averiguación de la verdad. Véase lo desarrollado en ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, trad. CÓRDOBA/PASTOR, Revisada por MAIER, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 191.

primera medida se limita a enumerar sujetos comprendidos a partir del grado de consanguinidad o afinidad y, la noción de “cónyuge” abarca únicamente a quienes están unidos en “legítimo matrimonio”.⁴³ No obstante, la inclusión de las categorías afectivas “amigos íntimos” y “personas a la que se debiese especial gratitud” habilitan la incorporación de otros modelos de familia. Por lo que, tal como ha sostenido la doctrina, los convivientes se hayan abarcados por la norma a partir de tales categorías.⁴⁴

De este modo, la terminología empleada ha permitido la incorporación de una noción de familia más amplia.⁴⁵ Lo que resulta acertado si se observa la evolución que ha tenido tal concepto como “elemento natural y fundamental” de la sociedad.

Por lo anterior, para comprender la construcción de la institución “familia”, y dar sentido a la preservación que con dicha eximente se pretende, es fundamental tener en cuenta que su interpretación debe ser acorde a las condiciones de vida actuales,⁴⁶ bregándose por una interpretación que contemple los diferentes modelos existentes.⁴⁷

Así, el concepto de “familia” esta abarcado tanto por las construcciones vinculares que realiza el sujeto como por los lazos de parentesco.⁴⁸

Tales construcciones, favorecen a una visión más justa y certera de la realidad, derribando visiones estereotipadas y discriminatorias, al abandonar la concepción de “familia” tradicional por

⁴³ Por todos véase D'ALESSIO, *Código Penal comentado y anotado: Parte especial (art. 79 a 309)*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 919.

⁴⁴ Cfr. DONNA, *supra* nota 9, p. 523.

⁴⁵ Sobre la protección a los diferentes modelos de familia, véase FERNÁNDEZ VALLE, “Las relaciones de familia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en CILLERO BRUÑOL/VALENZUELA RIVERA/GONZÁLEZ JANSANA, *Familias, Infancia y Constitución*, Thomson Reuters, 2022, pp. 383 y ss.

⁴⁶ Cfr. CORTE IDH, “Caso ‘Masacre de Mapiripán’ vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 15/09/2005, párr. 106.

⁴⁷ Cfr. CORTE IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012, párr. 142; Asimismo véase: CORTE IDH, “Caso Duque vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, 26/02/2016.

⁴⁸ Véase KRASNOW, “El despliegue de la socioafectividad en el Derecho de las familias” en *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 81, 2017.

una más plural y amplia.⁴⁹ En virtud de ello, considero que, la interpretación correcta de los sujetos alcanzados por la eximente es aquella que comprende los diversos lazos socioafectivos que se presentan actualmente en las diversas familias. Lo que resulta acertado si se observa que la protección que el Estado le ha otorgado históricamente a la familia tiene su fundamento principal en las funciones que esta tiene en el desarrollo de cada uno de sus integrantes.⁵⁰

Así, lo que resultará determinante para la aplicación de la eximente será únicamente la prueba objetiva de la relación socioafectiva que unía al encubridor con el autor del delito previo.⁵¹ Ello resulta correcto si se evidencia que las relaciones familiares se mueven más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos.⁵²

En suma, dado que no surge de la letra de la ley cómo deben entenderse las categorías “amigos íntimos” y “personas a las que se les deba especial gratitud” no existe impedimento para que *de lege lata* el texto vigente sea interpretado como aquí se propone.

3. Alcance de la excusa absolutoria

En lo que respecta al alcance de esta eximente, se desprende del texto de la norma que ella no se aplicará si: (i) el encubrimiento estuviera dirigido a ayudar al autor a asegurar el botín; (ii) el encubridor hubiera actuado con ánimo de lucro; y/o (iii) el encubridor se dedicare con habitualidad a la comisión de esta clase de hechos.⁵³

De esta manera el alcance de dicha eximente encuentra un límite cuando se ponen en juego intereses que el Estado no está dispuesto a tolerar en pos de tutelar tales vínculos.⁵⁴

⁴⁹ Al respecto la Corte IDH ha entendido que no pueden ser admisibles los estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o sus preferencias culturales, Cfr. Corte IDH, “Caso Forneron e hija vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27/04/2012, p. 50.

⁵⁰ BENTIVEGNA/MÜLLER, *Violencia en la familia: Un enfoque interdisciplinario*, Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 70.

⁵¹ El término “socioafectivo” refiere a las relaciones sociales que surgen del afecto entre dos o más personas. Al respecto de su función como configurador de los lazos familiares véase HERRERA, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo” en, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia: Derecho de Familia, N° 66, Abeledo Perrot, 2014.

⁵² KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014” en *La Ley*, noviembre 2014, cita *online*, AR/DOC/3592/2014, p. 9.

⁵³ Cfr. Respectivamente: Art. 277, inc. 1, apartado e; inc. 3, apartado b; inc. 3, apartado c, CP.

⁵⁴ Así VERDE, *supra* nota 1, p. 265.

Sin embargo, la regulación actual nada dice acerca de los supuestos en que el encubridor no solo posee un vínculo socioafectivo con el autor del delito precedente, sino también con la víctima.⁵⁵ A la vez que, cómo responde y cómo debería responder el Estado ante tales casos es un escenario que no ha sido estudiado por la doctrina.

IV. Las inconsistencias de la eximente: La doble vinculación

La falta de perspectiva en materia de derechos humanos, y de una visión integral de los conflictos que se suscitan en el ámbito doméstico trae consigo la existencia de ordenamientos jurídicos que favorecen y legitiman la violencia.⁵⁶ La regulación del delito de encubrimiento y su excusa absolutoria no son la excepción. Por el contrario, la inexistencia de consideración alguna en este tipo penal sobre aquellos delitos que, por excelencia, se cometen en el seno de la privacidad, del núcleo familiar, y concretamente contra niños, niñas y adolescentes (en adelante: NNA), evidencia un impacto diferenciado en la investigación y sanción de aquellos. En ese marco, los ASI se presentan como los supuestos más problemáticos si se observa su naturaleza de comisión, las características de la víctima y la habitualidad en la que se cometen en el seno intrafamiliar.⁵⁷

1. Delimitación del problema

Tal como se estudió previamente, la eximente regulada en el art. 277, inc. 4 del CP posee la naturaleza de una excusa absolutoria. Por ende, para su aplicación no cabe realizar ningún análisis relativo al caso concreto ni a los fundamentos que sustentaron su creación, sino que, con la sola comprobación de los extremos objetivos, aquella procede de pleno derecho. Por tal motivo, mi interés radica en determinar *de lege ferenda* cómo deberían regularse estos supuestos.

Ahora bien, el interrogante sobre cómo debería responder el ordenamiento jurídico, cuando la persona que encubre posee un vínculo socioafectivo tanto con el autor como con la víctima del delito precedente, requiere de un interrogante ineludible a fin de delimitar en qué casos la regulación actual presenta graves conflictos e inconsistencias.

⁵⁵ Al respecto de la necesidad de modificar tales escenarios véase CIDH, *Estándares y recomendaciones: violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*, Anexo I, OEA/Ser.L/V/II, doc. 233, 2019.

⁵⁶ Véase GARCÍA AMADO, “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* IX, 1992, pp. 13-42.

⁵⁷ CIDH, *supra* nota 69, párr. 21.

A saber: ¿Siempre en estos supuestos el fundamento de la excusa absolutoria se encuentra alterado en virtud del vínculo que existe entre encubridor y víctima? Me abocaré a su respuesta a continuación.

2. ¿Alteración del fundamento de la excusa absolutoria?

Los fundamentos desarrollados por las doctrinas argentina, española y alemana referente a esta excusa absolutoria son diversos. A modo de síntesis, podrían agruparse en dos: (i) la protección y preservación de la familia como institución;⁵⁸ y (ii) la presunción, *iure et de iure*, de que el actuar del encubridor responde a motivos socioafectivos, presentándose como un escenario similar al de un estado de necesidad.⁵⁹

a. Protección e interés de preservar la familia

La preservación de la familia como interés o bien jurídico a tutelar por el Estado atraviesa todo nuestro ordenamiento.⁶⁰ Ello tiene sus repercusiones incluso dentro de nuestro CP, primordialmente en lo atinente a la responsabilidad penal.⁶¹

En tal sentido, la protección de la familia, como institución primaria de la sociedad, no es novedosa y se remonta a los orígenes de la conformación de los Estados modernos. En la actualidad, aun cuando la lucha por la igualdad de los derechos de la mujer y de las diversidades, y la mayor preponderancia de los intereses individuales en contraposición a los familiares,⁶² han producido un cambio sustancial en la estructura de la familia, su tutela y protección continúan siendo fundamentales.⁶³ Por lo que, resulta indiscutible que la familia, en todos sus modelos, se estatuye

⁵⁸ Por Argentina: NÚÑEZ, *supra* nota 9, p. 482; por España: CONDE PUMPIDO FERREIRO, *supra* nota 33; por Alemania: SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *supra* nota 33.

⁵⁹ Si bien dicho fundamento se presenta principalmente en los autores que sostienen que dicha eximente posee la naturaleza de una causa de inculpabilidad, también ha sido sostenido por quienes la conciben como una excusa absolutoria. Véase por España SAINZ CANTERO, *supra* nota 32, pp. 15 y ss.; por Alemania: WESSELS/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 14, p. 354; por Argentina véase DONNA, *supra* nota 9, p. 521.

⁶⁰ Su tutela y protección también se encuentra presente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cfr. Arts. 11.2 y 17, CADH; y art. 16, Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁶¹ Al respecto de cómo influyen los vínculos familiares en la imputación penal, véase BAJO FERNÁNDEZ, *supra* nota 38, 2019.

⁶² Véase MUÑOZ-GUZMÁN, “Implicancias de las transformaciones en las prácticas familiares y avances hacia la desfamiliarización”, en CILLERO BRUÑOL/VALENZUELA RIVERA/GONZÁLEZ JANSANA, *Familias, Infancia y Constitución*, Thomson Reuters, 2022, pp. 405 y ss.

⁶³ AZPIRI, *Derecho de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 27.

como núcleo fundamental de la organización social, posibilitando un adecuado desarrollo de sus integrantes.

La importancia de la preservación de la familia radica en las funciones esenciales que le son atribuidas, tales como ocuparse de: (i) las necesidades de las hijas y los hijos; (ii) la socialización del entorno; (iii) el bienestar económico del grupo familiar; y (iv) la interacción con otros grupos sociales fundamentales, entre otras cuestiones.

En lo aquí relevante, la tutela que el legislador le otorga a la familia a partir de la regulación de la eximente prevista en el art. 277 del CP puede encontrar su origen en la necesidad de preservar las funciones encomendadas a la familia, por sobre el interés de reprimir los comportamientos que esa norma prohíbe. De este modo, dicha excusa se presenta como el reconocimiento de que la acción encubridora, en esos casos, implica *per se* preservar la subsistencia de ese núcleo familiar, como unidad funcional.

Así, la preferencia legislativa de eximir de pena a una persona que encubre a un familiar, tiene su principal justificación en el interés estatal de conservar y reconocer a la familia como institución primaria de la sociedad. De tal manera, el legislador coloca a la familia por encima de la administración de justicia como un bien jurídico que merece mayor tutela.⁶⁴ Decisión que posee implicancias consecuencialistas, pues evidencia el interés estatal de implementar una política criminal tendiente a reducir el gasto destinado a ejecutar tales penas cuando tales delitos se cometen en el seno familiar.

Ahora bien, si uno de los fundamentos de la excusa absolutoria radica en la preservación de la familia, cabe preguntarse qué ocurre cuando uno de sus integrantes es víctima del delito que se está encubriendo ¿Qué tutela o protección se le está dando? ¿Se *debe* preservar la unidad familiar a costa de uno de sus integrantes?⁶⁵

Los límites de la protección y preservación de la familia como institución nos aproximan a dar una respuesta acabada a tales interrogantes.

⁶⁴ De este modo, VERDE, *supra* nota 1, p. 259.

⁶⁵ En Argentina únicamente DONNA plasmó el interrogante sobre esta situación. Sin embargo, a partir de un análisis de *lege lata*, se limitó a exponer únicamente que la eximente debía aplicarse de todos modos. Cfr. DONNA, *supra* nota 9, p. 526.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) ha considerado a las familias como estructuras fundamentales y ha promovido a que se garantice su protección y unidad.⁶⁶ Sin embargo, la protección que promueve la CADH, y por tanto obliga a cada uno de los Estados parte, no veda la intervención estatal cuando existen situaciones dañosas para sus miembros. En efecto, la intromisión del Estado se encuentra admitida y justificada cuando se trata de algún incumplimiento de deberes de sus integrantes.⁶⁷ Por lo que, en aquellos casos en los que las familias constituyen una amenaza para sus miembros o un obstáculo para el ejercicio de sus derechos, el Estado debe intervenir en virtud del principio de igualdad y no discriminación.⁶⁸ Así lo ha entendido el SIDH, el cual ha instado a los estados parte a proteger a mujeres y niñas ante situaciones de violencia intrafamiliar.⁶⁹

A partir de ello, podría afirmarse que el fundamento bajo análisis en los casos de doble vinculación se encontraría, por lo menos, en *jaque*. En tanto el interés de preservar el núcleo familiar que subyace a la regulación de tal eximente implicaría, en ciertos supuestos –tales como los casos de ASI intrafamiliar–, un desmedro a los derechos de sus integrantes, y así un incumplimiento de las funciones encomendadas a la familia. Por lo que, en determinados casos de doble vinculación, el fundamento de preservar y proteger a la familia se encontraría vacío de contenido.

Dado lo anterior, resta por analizar, entonces, cuáles son los casos relevantes ante dicho escenario y cuáles, por el contrario, poseen aptitud (en términos de justificación) para continuar siendo amparados por esta eximente de responsabilidad criminal.

Pues, solo en ciertos casos la eximente se presentará como un obstáculo real a la sanción de ciertos delitos y/o como un instituto que agrava la indefensión de algunos de sus miembros. En

⁶⁶ Por todos BELOFF, “Artículo 17. Protección a la Familia”, en STEINER/URIBE (Coords.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2019.

⁶⁷ De este modo, AZPIRI, *supra* nota 63, pp. 28-29.

⁶⁸ FERNÁNDEZ VALLE, *supra* nota 45, p. 389.

⁶⁹ Cfr. CIDH, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica”, *supra* nota 3, párr. 21-26; CORTE IDH, Opinión Consultiva N° 17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28/08/2002. Véase particularmente CORTE IDH, “Caso V.R.P., V.P.C., y Otros Vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 08/03/2018, en el que se aplicó a la esfera intrafamiliar la obligación estatal de debida diligencia reforzada que existe respecto de las niñas.

otros la doble vinculación será fortuita, no presentará complejidades y por ello, seguirá estando justificada. De tales cuestiones me ocuparé posteriormente.

b. Presunción de que la conducta responde a motivaciones socioafectivas

El segundo fundamento de la eximente, sostenido por diversos autores, incluye tanto a aquellos que la conciben como una causa de inculpabilidad, como por quienes entienden que su naturaleza pertenece a una excusa absolutoria.

Al respecto, como fue estudiado, se ha entendido que con tal eximente el legislador presume que la conducta responde al sentimiento afectivo que posee el encubridor con el autor del delito anterior.⁷⁰ En otras palabras, para esta postura, el fundamento radica en considerar que no podría exigírsele al sujeto la realización de otra conducta.⁷¹ Así el motivo de su existencia radicaría en reconocer la no exigibilidad de una conducta ajustada a derecho, presumiendo *iure et de iure* —con las excepciones contempladas— que el autor en otras circunstancias actuaría conforme al ordenamiento jurídico.⁷²

Ahora bien, en lo que aquí interesa, la doble vinculación no parece poner en crisis la presunción que realiza el legislador sobre la motivación que posee el autor respecto a su familiar, más bien por el contrario, parece plantear una escenario más trágico y complejo para el potencial encubridor. Pues en tales casos éste se encontraría en el dilema entre ayudar al autor o colaborar con la víctima del delito precedente. Por lo que la presunción de que la conducta encubridora responde a un sentimiento de afecto o gratitud no se altera por la existencia de una vinculación víctima-encubridor.

Si bien la doctrina argentina no se ha expedido al respecto,⁷³ es posible encontrar breves referencias a cómo deberían resolverse los supuestos de doble vinculación. DONNA, ha considerado que “[l]a concubina del imputado se encuentra comprendida en el supuesto de eximición de pena

⁷⁰ A partir de ello JESCHECK entiende que se trata de un elemento de la culpabilidad concebido objetivamente. Cfr. JESCHECK, *supra* nota 14, pp. 506-507.

⁷¹ SAINZ CANTERO, *supra* nota 32, p. 15.

⁷² Véase DONNA, *supra* nota 9, p. 521.

⁷³ En los manuales de parte especial no se encuentran casi referencias a esta situación, Cfr. NUÑEZ, *supra* nota 9, p. 482; FONTAN BALESTRA, *supra* nota 9, p. 1030; SOLER, *supra* nota 9, p. 334; CREUS, *supra* nota 9, pp. 349-350.

(...), sin que posea influencia alguna la relación que aquella pudiera haber tenido con la víctima del delito”.⁷⁴

En suma, en relación con el ordenamiento argentino, si se realiza un análisis *de lege lata*, no parece que hubiera algo que pueda reprocharse a lo expresado por DONNA. En primer lugar, porque, tal como ya se ha visto, el inc. 4 del art. 277 CP no prevé ninguna excepción en tales términos. El juez debe aplicarla aún en tales casos, e incluso cuando quien encubre haya estado en posición de garante respecto de la comisión del delito anterior.⁷⁵ En segundo lugar, porque la existencia de un vínculo afectivo o familiar entre la víctima y el encubridor no pone en *jaque* la situación que presume el legislador en tales casos: la imposibilidad del encubridor de adecuar su comportamiento al deber.⁷⁶

Una propuesta apresurada podría sostener que la excusa, en tales casos, debería legislarse de modo tal que su aplicación se vea supeditada a la determinación del grado de consanguineidad más cercano, evaluando los vínculos encubridor-autor y encubridor-víctima. Sin embargo, dicha posibilidad tendría que ser rechazada, pues solo impondría un modelo de familia tradicional, al establecer por vía legal cual vínculo debe priorizarse. Respuesta que no se condice con el fundamento bajo análisis, ni con los modelos de familia vistos.⁷⁷

Por lo desarrollado, desde una perspectiva exclusivamente afectiva, considero que el potencial favorecedor estará en un lugar más adecuado que el Estado para decidir cómo actuar y que ponderación realizar. Ya que es quien conoce realmente cómo se componen sus vínculos familiares, cómo se desarrollan sus relaciones socioafectivas y cuál es el impacto de este escenario en su propia vida.

⁷⁴ DONNA, *supra* nota 9, p. 526.

⁷⁵ En este trabajo parto de la hipótesis de que, quien encubre, no es autor por omisión impropia del delito precedente. Al respecto de supuestos en los que se responsabiliza a quien tiene posición de garante por omisión impropia del delito cometido por otro familiar contra un NNA, véase: BARROS MÉNDEZ, “Mujeres criminalizadas en la CABA por delitos cometidos por sus ‘parejas’: Un análisis a la luz de los delitos de Omisión Impropia”, en *Revista de Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, ed. Erreius, Noviembre 2021.

⁷⁶ En relación con la inexigibilidad como precepto regulador del derecho penal véase HENKEL, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, trad. GUZMÁN DALBORA, BdeF, Buenos Aires, 2005.

⁷⁷ Por todos KEMELMAJER DE CARLUCCI, *supra* nota 52.

En suma, si el fundamento de la eximente radica en presumir que el encubridor actuó motivado por un sentimiento de afecto hacia el autor del delito precedente, difícilmente pueda afirmarse que dicho fundamento se vea debilitado cuando al potencial encubridor se le presenta un escenario más trágico: la doble vinculación.

En efecto, considero que las razones que el legislador tuvo en cuenta para regular la eximente subsisten en tales casos y por ello hay fundamentos suficientes para dejar en manos del favorecedor la difícil tarea de decidir cómo actuar, al exceptuarlo de reproche penal y reconocer, mediante tal presunción, el sentimiento de afecto con el cual actuó.

No obstante, esa posibilidad se pone en tela de juicio cuando la víctima del delito anterior es un sujeto que requiere de una protección especial por parte del Estado,⁷⁸ tal como son NNA. Allí la facultad estatal de realizar tal presunción se pone en discusión.

Por lo anterior, me abocaré a determinar si las características propias de indefensión y vulnerabilidad de uno de los miembros de la familia y/o la naturaleza del delito encubierto, no son -justamente- los elementos que tornan relevante la existencia de un vínculo encubridor-víctima. Para ello, analizaré los grupos de casos posibles, y luego me focalizaré en un supuesto frecuente y trágico: el ASI intrafamiliar como delito anterior.

V. Constelación de casos posibles

Tal como es sabido, los delitos que poseen la característica de llevarse a cabo en el seno intrafamiliar han sido históricamente cometidos contra niños, niñas, adolescentes y mujeres.⁷⁹ El ámbito de la privacidad en el cual son perpetrados perjudica con creces la posibilidad de conocer de los organismos encargados de investigar y sancionar tales hechos.⁸⁰ Por tal motivo, la discusión en

⁷⁸ Conforme se desprende del artículo 75, inc. 23 de nuestra Constitución Nacional quienes se encuentran dentro de los grupos protegidos son: los NNA, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

⁷⁹ Cfr. Corte IDH, “Caso V.R.P., V.P.C., y Otros Vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 08/03/2018, párr. 156. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado, en virtud del componente de género implícito en todas las formas de violencia, que “las niñas pueden sufrir más violencia sexual en el hogar que los niños”. Cfr. Comité de los Derechos del Niño, “Observación General N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, 18/04/2011, párr. 19.

⁸⁰ Véase DI CORLETO/PIQUE, “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género”, en HURTADO POZO (Dir.), *Género y Derecho Penal: Homenaje al Prof. Wolfgang Schone*, Inst. Pacífico, Lima, 2017; OLAIZOLA NOGALES, *Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria*, en Estudios Penales y Criminológicos, 2010.

torno al encubrimiento entre familiares se complejiza en tales casos y los argumentos dados anteriormente resultan insuficientes.

Por un lado, tal como se vio, la protección y preservación de la familia como fundamento de la eximente posee un límite cuando la propia “familia” constituye una amenaza para uno de sus integrantes o un obstáculo para el ejercicio de sus derechos.⁸¹

Por otro lado, se ha planteado que en los casos de doble vinculación la presunción que realiza el Estado se encuentra aún vigente, pues el vínculo entre encubridor y autor no desaparece por más que la víctima forme parte de ese núcleo familiar. No obstante, ante tal escenario la pregunta que se presenta es si, dada la existencia de un deber especial de protección por parte del Estado y la familia respecto de uno de sus integrantes, el legislador puede dejar librado a ponderación del potencial favorecedor cómo actuar en tales supuestos y eximirlo de pena mediante una presunción.

Ahora bien, a partir de la modalidad de comisión del delito precedente es posible diferenciar dos universos de casos que adquieren especial relevancia en este análisis: (i) aquellos que no presentan rasgos característicos vinculados al seno familiar, y que, en todo caso, la doble vinculación sería anecdótica, esto es, contingente⁸²; y (ii) los que, por su naturaleza, se cometen en el ámbito de la privacidad y, en el seno intrafamiliar, presentándose de forma orgánica la doble vinculación.⁸³

Mientras que, a partir de las características de la víctimas, se deberán distinguir aquellos casos que involucran a personas particularmente indefensas y vulnerables, que requieren del Estado un deber de protección especial y diferencial.

⁸¹ De este modo FERNÁNDEZ VALLE, *supra* nota 45, p. 389.

⁸² En relación con este grupo de casos refiero a aquellos tipos penales que no poseen una característica principal de comisión en el seno de la privacidad familiar y que suelen vincularse a aquellos delitos de acción pública, los que se diferencian de aquellos delitos de acción pública de instancia privada, que perjudican preponderantemente a las mujeres y NNA. Al respecto véase PIQUE, “Donde manda capitán, no manda marinera. Las mujeres ante la acción penal pública en los casos de violencia de género” en DE LA FUENTE/CARDINALI, *Género y Derecho Penal*, Rubinzal, Buenos Aires, 2021.

⁸³ Sobre la violencia en el ámbito privado, véase SCHNEIDER, “La violencia de lo privado”, en DI CORLETO (comp.), *Justicia, género y violencia*, ed. Librería, Buenos Aires, 2010, pp. 43 y ss.

1. Delitos precedentes sin rasgos vinculados al seno familiar

Un ejemplo de estos casos sería el siguiente: Laura encubre a su tío Pedro, quien ha lesionado a su padre Francisco. Tal como puede observarse, dicho favorecimiento no pareciera colocar a Francisco en una situación de amenaza ni peligro respecto de su núcleo familiar, ni se presenta como un obstáculo para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Por tanto, en tales casos, el Estado sigue contando con fundamentos válidos para interesarse en la preservación de esa familia, como unidad funcional, a partir de considerar que la conducta encubridora responde a un interés de (su) protección.⁸⁴

Por ello, en lo relativo a tal grupo, corresponde remitirse a lo expresado en los apartados anteriores, en los que analicé la posible alteración de los fundamentos de la excusa absolutoria bajo estudio aquí. Ya que, como puede verse, en la mayoría de los casos no se presentarían características aptas para derribar los fundamentos de la excusa absolutoria y por ende la regulación actual no se encontraría en discusión.

En suma, la presunción relativa a la inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho podrá mantenerse en virtud del vínculo que los une. Toda vez que no solo debe tenerse en cuenta que la aplicación del derecho penal debe ser de mínima intervención y de *ultima ratio*,⁸⁵ sino también que en tales casos no se presenta una desprotección mayor o un deber del seno familiar de proteger especialmente a dicha víctima.

2. Delitos precedentes con naturaleza de comisión en la esfera intrafamiliar

Un ejemplo de estos casos sería el siguiente: Pedro encubre a su padre Juan, quien abusó sexualmente de su hija Soledad, de tres años de edad.

En estos supuestos, en que los hechos ocurren en ámbitos de la privacidad y en espacios signados por el silencio y el miedo, se presentan las mayores complejidades. Pues, el ámbito de intimidad del que gozan los núcleos familiares y la naturaleza misma de los delitos contra la integridad sexual,

⁸⁴ En tales casos Laura no posee un deber de protección hacia su padre que lo coloque a él en una situación de mayor desprotección que si el encubrimiento lo realizara alguien externo a él. Asimismo, tales casos no se presentan como un obstáculo al ejercicio de derechos fundamentales de la víctima.

⁸⁵ Así lo ha entendido Donna al analizar el fundamento de esta excusa absolutoria. Cfr. DONNA, *supra* nota 9, p. 521.

colocan a la eximente del encubrimiento como un instituto que garantiza su impunidad y obstaculiza con creces su investigación.

Al respecto cabe mencionar que, si bien no hay una clasificación taxativa de qué tipos de delitos se suelen cometer exclusivamente en la esfera de la privacidad y la familia, conocer cómo se desarrollan las estructuras familiares y cómo opera la violencia en su interior, nos aproxima al conocimiento de cuáles son los casos de mayor gravedad y, por ende, cuáles presentan mayores inconsistencias con la regulación de tal instituto.

Dada la existencia de diversos modelos de familia, su configuración resulta de lo más diversa.⁸⁶ Sin embargo, es posible encontrar dinámicas arraigadas a gran parte de las estructuras familiares que se vinculan con las relaciones de poder que históricamente se desarrollaron dentro de esta institución. Concretamente, el dominio de los hombres sobre las mujeres, y de los adultos sobre los NNA, concepciones enraizadas y en cierta medida aceptadas en muchas familias.⁸⁷

Así, los delitos que típicamente se cometen en el seno familiar y que mayor complejidad de investigación traen, son aquellos perpetrados contra mujeres (casos de violencia de género) y contra NNA. En tanto los hechos ocurren en ámbitos de la intimidad, donde el autor se asegura no ser observado y por ende, la víctima suele ser la única testigo directa de lo ocurrido.⁸⁸

En este sentido, el delito que mayores complejidades trae para su debida investigación es el abuso sexual, principalmente por su naturaleza de comisión. En tanto se suele perpetrar en el plano de la privacidad, en ausencia de otras personas, más allá de la víctima y el agresor,⁸⁹ dejando escasos

⁸⁶ Véase CORTE IDH, Opinión Consultiva N° 24/17, “Identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 24/11/2017, párr. 178 y 179.

⁸⁷ MAFFÍA, “Prólogo”, en BENTIVEGNA/MÜLLER, *supra* nota 50, p. 70.

⁸⁸ Véase Área de Asistencia del Ministerio Público Fiscal de la Nación ante la CNCCC, “Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional: Estándares de valoración probatoria en casos de violencia de género”, Buenos Aires, mayo 2021.

⁸⁹ Véase CORTE IDH, “Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20/11/2014, párr. 150.

—por no decir nulos— rastros físicos visibles ante terceros.⁹⁰ En ese escenario los ASI se presentan como los supuestos de mayor complejidad, debido principalmente a la edad de sus víctimas.

A tal respecto, diversos informes han dado cuenta que los ASI suelen perpetrarse, en más de la mitad de los casos, dentro del núcleo familiar.⁹¹ A la vez que, se ha demostrado, las niñas son las principales víctimas de la violencia sexual ejercida.⁹²

De tal forma, los casos habituales y complejos en los que se pueden presentar supuestos de doble vinculación son los casos de ASI intrafamiliar.⁹³

En suma, tal como se observa, los delitos que poseen una naturaleza de comisión en el ámbito doméstico son los que tornan relevante el vínculo entre encubridor-víctima y evidencian las mayores inconsistencias de la excusa absolutoria bajo análisis. En tanto con su regulación vigente, la estructura familiar podría alentar, sin consecuencias jurídico-penales, la barrera que separa lo público de lo privado, generando un escenario de mayor desprotección para sus integrantes, y limitando drásticamente la posibilidad del Estado de conocer, perseguir y juzgar tales hechos.

Ahora bien, en lo que sigue me abocaré esencialmente de los ASI intrafamiliares no solo por ser los casos en que el encubrimiento y la doble vinculación se presentan de forma frecuente, orgánica y tangible, sino porque, tal como se verá, las propias características de los NNA ponen en crisis la

⁹⁰ Esta característica, aunque con matices, también se comparte con aquellos delitos cometidos en el ámbito de lo doméstico contra mujeres, tales como amenazas, lesiones, etc. No obstante, dada la extensión de este trabajo, me focalizaré principalmente en los casos de ASI.

⁹¹ El informe de UNICEF referente al periodo 2020-2021 proyectó que en el 74,2% de los casos los agresores sexuales pertenecían al círculo cercano a la víctima (56,5% familiares y 17,7% conocidos). Cfr. UNICEF, “Violencias contra niños, niñas y adolescentes: (...)”, *supra* nota 103, p. 16. Asimismo, véase RUBINSTEIN, *et al*, RUBINSTEIN, *et al*, *Violencia sexual en la infancia y adolescencia*, EDULP, Buenos Aires, 2022, pp. 23 y ss.

⁹² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 19. Asimismo la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres determinó que el 40% de los abusos se cometen contra menores de edad, Cfr. UFEM, “Relevamiento de fuentes secundarias de datos sobre violencia sexual”, CABA, 2019.

⁹³ La CIDH ha verificado que las niñas son las principales víctimas de violencia sexual y que los agresores poseen generalmente algún grado de parentesco. Cfr. CIDH, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica”, *supra* nota 3, párr. 21. Asimismo, respecto de los datos alarmantes sobre el abuso sexual en la infancia intrafamiliar, véase RUBINSTEIN, *et. al.*, *supra* nota 91, pp. 23 y ss.

potestad del Estado de resolver tales supuestos mediante una presunción como la legislada en el art. 277, inc. 4 CP.⁹⁴

3. Consideraciones particulares de la víctima

Tal como se adelantó, las características propias de la víctima del delito anterior son relevantes a la hora de analizar la regulación actual de la excusa absolutoria del delito de encubrimiento. En ese marco, la situación concreta de vulnerabilidad, debilidad y limitación del ejercicio de sus derechos posiciona a los NNA como sujetos que requieren consideraciones particulares y medidas especiales de protección.⁹⁵

Dada su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos, los NNA se presentan como los integrantes del grupo familiar en mayor situación de vulnerabilidad.⁹⁶ De este modo, se plantea la necesidad de repensar la aplicabilidad de la eximente bajo estudio, a partir de las características concretas de la víctima del delito precedente y del autor de ese hecho. En tanto, en los casos en que la víctima sea un NNA, el encubrimiento de un familiar se consolida como un impedimento al ejercicio de sus derechos fundamentales y como un obstáculo real para el acceso a la justicia.

Por ello, entiendo, en tales supuestos la preservación del núcleo familiar que se pretende con dicha eximente carecería de sentido en supuestos de ASI intrafamiliar, dado que se deja completamente desprotegida al integrante más vulnerable.

⁹⁴ Dicho escenario evidenciará además la necesidad de realizar un estudio acabado del ámbito intrafamiliar a fin de precisar si los hechos que suelen afectar a las infancias son, además, producto de un continuo de violencia que afecta también a la mujer. Al respecto, véase: GONZÁLEZ, “Omisiones de cuidado en contexto de violencia de género”, en HERRERA/FERNÁNDEZ/DE LA TORRE (dir.), *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia: Derecho Penal y Sistema Judicial*, tomo I, Rubinzal, Buenos Aires, 2021.

⁹⁵ CORTE IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia del 19/11/1999, párr. 135; CORTE IDH, “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 08/07/2004, párr. 82.

⁹⁶ CORTE IDH, Caso “Veliz Franco” y otros vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 19/05/2014, párr. 133; CORTE IDH, “Caso V.R.P., V.P.C., y Otros Vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 08/03/2018, párr. 156.

Al respecto, cabe recordar que las infancias poseen derechos que se corresponden con deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.⁹⁷ Por lo que, la función estatal de tutelar la integridad física y psíquica de NNA pone en el centro de la discusión el análisis de tales casos.

En ese marco, resulta necesario expresar que otros escenarios podrían posibilitar una regulación diferenciada. Tal como se expresó en el apartado anterior, es sabido que la violencia ejercida en el ámbito de la privacidad y de lo doméstico perjudica también a mujeres.⁹⁸ Por lo que su situación frente al encubrimiento intrafamiliar también podría traer aparejado escenarios trágicos e injustos. A modo de ejemplo piénsese en el siguiente caso: Rocío encubre a su padre Franco quien golpea y agrede a su madre Alicia.

En tales escenarios, deberá reflexionarse si el encubrimiento de un delito anterior que involucra violencia de género, contra una mujer adulta, coloca a la última en una situación de desprotección mayor.⁹⁹ Es decir, si la aplicación de la eximente repercute en un escenario de mayor vulnerabilidad para esa mujer y repercute en una imposibilidad mayor del Estado de conocer y juzgar tales hechos.

Asimismo, en casos en que la víctima sea un NNA, pero la naturaleza del delito anterior no posea características propias de comisión en el ámbito de la privacidad, en el que la única evidencia es su testimonio (rasgos propios de los ASI), deberá analizarse si la excusa absolutoria atenta desproporcionadamente contra su investigación y por ende, no puede sostenerse.

Ahora bien, dado el objeto de estudio de este trabajo y la limitación en su extensión, concluiré con el análisis relativo al abuso sexual en las infancias, como delito precedente.

VI. Abuso sexual intrafamiliar en las infancias como delito precedente

⁹⁷ Cfr. CORTE IDH, “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 08/07/2004, párr. 164; CORTE IDH, “Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 08/09/2005, párr. 133; CORTE IDH, “Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 04/09/2012, párr. 142.

⁹⁸ El último informe estadístico de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación evidencia que la violencia sufrida por las mujeres se produce predominantemente en el seno familiar, pues solo un 11% de los casos denunciados corresponden a una agresión cometida por un vínculo diferente a este. Cfr. OVD, “Informe estadístico: Tercer trimestre 2022”, Diciembre 2022, p. 18.

⁹⁹ Si bien la situación de mujeres víctimas de violencia de género exige la toma de políticas públicas concretas, en tales casos la posible propuesta de que la excusa absolutoria no sea aplicada requiere de mayores consideraciones. Pues el seno familiar no se presenta como garante de sus derechos fundamentales.

Durante décadas las voces de NNA víctimas de abuso sexual han sido silenciadas. No solo por el abusador, sino también por las diversas instituciones que no han sido capaces de prevenir, detectar y actuar para proteger y velar por la integridad psicofísica y social de ellos,¹⁰⁰ y por las familias de las víctimas, “quienes en pro de mantener la ‘unidad familiar’ postergan los derechos de los niños/as”.¹⁰¹

Tal como se ha intentado evidenciar a lo largo de los últimos años, el abuso sexual en las infancias constituye un problema social y de salud pública, pero puntualmente un problema común en la niñez.¹⁰² Por ello, su estudio acabado se torna relevante a fin de establecer si, en virtud de las características de este tipo penal, merecen una regulación diferenciada en la excusa absolutoria del delito de encubrimiento.

1. Efectos y consecuencias del abuso sexual en las infancias

El ASI se presenta como una de las formas más graves de violencia contra las infancias. Tal es así que el último Informe de UNICEF Argentina referente al Programa “Las Víctimas Contra Las Violencias” ha evidenciado que, de las 5.566 víctimas de violencia sexual registradas entre 2020 y 2021, 3.219 fueron niñas y niños, lo que se traduce en el 57,8 % de los casos.¹⁰³ De este modo, el ASI se presenta como una de las principales violencias que sufren las infancias, generando efectos devastadores.¹⁰⁴

Los efectos de la vivencia de un ASI en el desarrollo evolutivo del/a niño/a varían según diferentes factores, entre los que se destacan: (i) duración y frecuencia del abuso; (ii) intensidad; (iii) uso de violencia física; (iv) edad del agresor y la víctima; e (v) identidad del abusador, es decir, si se trata o no de un abuso sexual intrafamiliar.¹⁰⁵ Esta última variable se torna especialmente

¹⁰⁰ En materia de prevención y respuesta de casos de ASI, el Estado argentino se encuentra en el puesto N° 50 de los 60 países relevados. Véase ECONOMIST IMPACT, “Out of the shadows: Index 2022”, p. 60 y ss.

¹⁰¹ FEIM, “Abuso Sexual en la Infancia: Guía para orientación y recursos disponibles en CABA y Provincia de Buenos Aires”, Buenos Aires, 2016, p. 4.

¹⁰² BERLINERBLAU, “Desafíos actuales en las prácticas judiciales de la niña, niño o adolescente en denuncias por presunto abuso sexual en la Argentina. Una responsabilidad colectiva” AA. VV., *Acceso a la Justicia de niños/as víctimas en la Argentina*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Asociación por los Derechos Civiles, 2015, p. 36.

¹⁰³ Véase UNICEF, “Violencias contra niños, niñas y adolescentes: Un análisis de los datos del Programa “Las Víctimas Contra Las Violencias” 2020-2021”, N° 9, 2022, p. 11.

¹⁰⁴ Así, FEIM, *supra* nota 101, p. 5.

¹⁰⁵ Véase *Save the Children*, “Abuso Sexual Infantil: Manual de Formación para profesionales”, España, 2001, pp. 22 y ss.

relevante pues los efectos de un abuso son generalmente más graves cuando existe una relación afectiva entre agresor y víctima.

En concreto, los efectos que pueden presentarse en las víctimas de ASI, a corto plazo, son: problemas de salud física, dificultades de aprendizaje, consecuencias psicológicas y emocionales, y comportamientos perjudiciales para la salud.¹⁰⁶ De tal modo, NNA quedan en un estado de “enorme vulnerabilidad si no se los contiene, no se les brinda ayuda terapéutica y no se les protege de su victimarios”.¹⁰⁷ Por ello, si bien el derecho penal es la última rama en intervenir, la regulación jurídico-penal de tales eventos y de su posible encubrimiento se posicionan como herramientas necesarias para evitar su impunidad.

2. Naturaleza y ámbito intrafamiliar

“El abuso sexual en la infancia es un fenómeno invisible porque se supone que la infancia es feliz, que la familia es protectora y que el sexo no existe en esa fase de la vida”.¹⁰⁸

Las denuncias de abuso sexual de niñas y niños cometidos por padres, parientes y amigos o “allegados” conforman la mayoría de los casos de abuso sexual que se judicializan, precisamente, porque la mayoría de los maltratos y abusos de NNA se da en el seno del propio hogar y por parte de sus cuidadores primarios.¹⁰⁹ En tal sentido, “las estadísticas contradicen el sentido común que tiende a creer que el lazo biológico es un asegurador *per se* de la estabilidad y seguridad del lazo afectivo entre sus miembros y el que resguarda de temibles inclemencias”,¹¹⁰ para situarnos en la realidad de que el engaño y la decepción viene muchas veces del propio seno familiar.

¹⁰⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, 2011, párr. 15.

¹⁰⁷ JOFRE, “Abuso sexual paterno-filial. Apoyo, credibilidad y protección a niñas, niños y sus madres protectoras como víctimas de delito”, *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, N° 19, Buenos Aires, Julio-Diciembre 2017, p. 120.

¹⁰⁸ ECHEBURÚA/DE CORRAL, “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia” en Cuaderno Médico Forense, N° 12 (43-44), Enero-Abril 2006, p. 81.

¹⁰⁹ Véase BERLINERBLAU, *supra* nota 102, p. 37.

¹¹⁰ SANZ, “Obstáculos empíricos, conceptuales e ideológicos en la detección y asistencia del maltrato y del abuso sexual en la infancia”, en LAMBERTI, *Maltrato infantil: riesgos del compromiso profesional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, pp. 137 y ss.

En ese contexto, el incesto se presenta como la situación más gravosa para el NNA, debido a que el agresor es quien posee la función de cuidado y protección. Eventos que colocan a NNA en una situación de desamparo, e indefensión alarmante.

El hecho de que tales delitos se comentan en el seno familiar lleva a que la víctima disminuya considerablemente su capacidad de defensa, la cual—incluso— por su rango etario ya se encuentra limitada previamente. Cabe recordar que, desde una perspectiva criminológica-victimológica, NNA son víctimas vulnerables e inocentes, que no suelen tener posibilidades de defensa, y que no pueden solicitar ayuda.¹¹¹ De esta forma los abusos sexuales paternos a niñas y niños integran la cifra negra de la criminología, pues no suelen llegar a conocimiento de la justicia.¹¹² Por tanto, es en esos momentos en los que el Estado debería estar más presente que nunca.

Así, tal como afirma JOFRE, dichos hechos se constituyen como delitos “guardados bajo el secreto familiar”,¹¹³ por lo que la vulnerabilidad llega a un extremo intolerable. De esta forma, las niñas y los niños son victimizadas reiteradamente por el propio autor, estatuyéndose la familia como un lugar de peligro para ellos/as.

3. Protección especial de niños, niñas y adolescentes

Llegados a este punto, no puede dejar de mencionarse que, tal como se adelantó, NNA gozan de un *status* elevado de protección jurídico. La Declaración de los Derechos del Niño fue el primer instrumento internacional que incluyó explícitamente el derecho de la infancia a una protección especial.¹¹⁴ A la que le sucedieron numerosas declaraciones hasta la aprobación de la CADH¹¹⁵ y la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante CDN),¹¹⁶ la cuales moldearon con detalle los derechos de los NNA.¹¹⁷

¹¹¹ De este modo, MARCHIORI, “Víctimas vulnerables: Niños víctimas de abuso sexual”, en *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas*, 27, Córdoba, 2006, p. 281.

¹¹² MARCHIORI, *supra* nota 111, pp. 281-299.

¹¹³ JOFRE, *supra* nota 107, p. 121.

¹¹⁴ Cfr. Declaración de los Derechos del Niño, Sociedad de las Naciones Unidas, 26 de diciembre de 1924.

¹¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

¹¹⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

¹¹⁷ Al respecto del *corpus iuris* de Protección de los derechos de NNA, véase para más detalle BELOFF, *Derechos del niño*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 40-ss.

La adopción de medidas devino de: (i) la dependencia a los adultos para el ejercicio de algunos derechos; (ii) el grado de madurez; (iii) su desarrollo progresivo; y (iv) el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad.¹¹⁸

De este modo, la existencia de obligaciones adicionales de protección a cargo de los Estados se basa en el reconocimiento normativo de la vulnerabilidad fáctica de los NNA, y su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. Por lo que, dicha protección implica adoptar medidas adicionales a las que, en un caso equivalente, corresponde adoptar con adultos.¹¹⁹ Deber que no solo se encuentra en cabeza del Estado, sino también de la comunidad, y particularmente, de la familia.

En tal sentido, la Corte IDH ha entendido que la familia debe proporcionar la mejor protección al NNA contra el abuso, el descuido, y la explotación.¹²⁰ Mientras que el Estado se encuentra obligado no sólo a disponer y ejecutar medidas de protección, sino también a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Sin embargo, es dable recordar que si bien las principales responsabilidades de protección corresponden —en principio— a las familias, en el caso de NNA que se encuentren en una situación de riesgo se requiere que el Estado sea el que tome medidas concretas.¹²¹

En lo que respecta al derecho a la integridad física y sexual en las infancias, la CDN ha establecido la obligación estatal de protegerlos contra todas las formas de explotación.¹²² Así, la protección de los NNA frente al ASI comprende: (i) evitar que se reiteren los hechos; (ii) impedir todo tipo de amenazas a ellos y a su grupo familiar; (iii) reducir los efectos traumáticos del proceso penal; (iv) disponer de medidas para asegurar su salud e inserción social; y (v) hacer posible su participación en el proceso judicial.¹²³

¹¹⁸ Véase CAMPOS GARCÍA, “La convención sobre los derechos del niño”, en *Revista IIDH*, n.º 50, 2009, p. 358.

¹¹⁹ De este modo, BELOFF, *supra* nota 117, p. 85.

¹²⁰ CORTE IDH, Opinión Consultiva N° 17/2002, *supra* nota 69, párr. 66.

¹²¹ CORTE IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia del 19/11/1999, párr. 191.

¹²² Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas, 20/11/1989, arts. 19 y 34.

¹²³ Véase FREEDMAN/TERRAGNI, “La protección de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos: los desafíos en la práctica”, en AAVV, *Acceso a la Justicia de niños/as víctimas en la Argentina*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Asoc. por los Derechos Civiles, 2015, p. 24.

En tal sentido, la Corte IDH ha sostenido que en los casos de violencia sexual en los que la víctima sea un NNA, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas concretas y a actuar con debida diligencia reforzada, teniendo el deber de investigar y sancionar tales eventos.¹²⁴ Así, el deber de protección adquiere particular intensidad cuando nos encontramos frente a delitos de violencia sexual cometidos contra NNA.¹²⁵

En ese contexto, el acceso a la justicia para las infancias víctimas de violencia sexual enfrenta diversos obstáculos y barreras que menoscaban su autonomía progresiva. Entre los que se destaca la imposibilidad de contar con una asistencia técnica jurídica que permita hacer valer sus derechos e intereses en los procesos que les conciernen, repercutiendo concretamente en una denegación de justicia.¹²⁶

Allí, el interés superior de los NNA se traduce en la obligación estatal de asegurar su acceso a la justicia y en efecto, su derecho a ser escuchados de forma plena.¹²⁷ En ese marco, eximir de reproche –incluso– a quienes se encontrarían en la obligación de garantizar ese derecho, no parece acorde al sistema de protección desarrollado.

4. ¿Una nueva excepción a la excusa absolutoria?

El favorecimiento personal, en los casos bajo estudio, se configuraría entonces cuando el familiar tome conocimiento del abuso y realice conductas que tengan por objetivo obstruir el actuar de la justicia, o sustraer al autor de su accionar. Ejemplo de ello son: manipular el testimonio del NNA; “convencerlos” de que guarden silencio mediante premios y castigos; interponerse cuando

¹²⁴ Cfr. CORTE IDH, Caso V.R.P.,V.P.C., y Otros Vs. Nicaragua, párr. 155-156. Véase asimismo, CORTE IDH, Caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16/11/2009, párr. 408.

¹²⁵ Al respecto de ello, debe precisarse que la Convención de Belém do Pará en su artículo 9 estableció que las políticas estatales orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, deben tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran niñas y adolescentes.

¹²⁶ CORTE IDH, Caso V.R.P.,V.P.C., y Otros Vs. Nicaragua, párr. 156.

¹²⁷ Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, ha instado a los Estados partes a ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada del derecho de acceso a la justicia en casos en que el NNA sea sido víctima abuso sexual. Véase Comité sobre los derechos del Niño, Observación General N° 12, “Derecho del Niño a ser Escuchado”, 2009, párr. 32.

quieran por sí mismo/a acudir a la justicia; eliminar evidencia que involucra al autor de ASI; entre otros.

Ahora bien, dada la naturaleza y características de tales eventos es posible concluir que, la eximente del art. 277, inc. 4 del CP se posiciona como un impedimento genuino a la persecución del ASI. Pues, si observamos el ámbito clandestino en el que se cometen, la vulnerabilidad de las víctimas, el posible desconocimiento del NNA de lo que implican tales acciones, y el impedimento fáctico-jurídico para ejercer por sí mismos sus derechos, la excusa absolutoria se posiciona como un límite real al descubrimiento de tales hechos, la sanción de sus culpables e incluso como un límite infranqueable al acceso a la justicia.

De modo tal que su regulación actual no solo atentaría con las obligaciones contraídas por el Estado, referentes a su deber de investigar y sancionar tales eventos con debida diligencia reforzada, sino que sus fundamentos de existencia se encontrarían arduamente debilitados.¹²⁸ En este sentido, si se sostiene que la amenaza de pena es la única señal que indica los hechos que resultan insoportables para el ordenamiento jurídico,¹²⁹ la actual regulación de la excusa absolutoria tolera y legitima el encubrimiento de los ASI intrafamiliares. Pues no solo se coloca a NNA en una situación de mayor vulnerabilidad que la que ya tienen,¹³⁰ sino que además se promueve la barrera que separa lo público de lo privado, atentando contra sus derechos fundamentales.

Por ello, y en virtud de la alteración de los fundamentos de la eximente antes vistos, considero que el fin de la excusa analizada debe ceder ante la protección especial de la que son titulares NNA, exigiéndose así una modificación de la regulación vigente.

A partir de tales argumentos, considero que la eximente analizada debería contar con una excepción que limite su aplicación cuando quien encubre forma parte del mismo seno familiar que

¹²⁸ En similar sentido se ha expresado nuestra Cámara Federal de Casación Penal en lo relativo a la excusa absolutoria prevista en el art. 185, inc. 1 CP, al entender que esta impide la investigación de hechos sobre los cuales el Estado se encuentra obligado de tomar medidas a fin de prevenir, investigar y sancionar. Cfr. CFCP, “R., E. Á. por delito de acción pública”, sentencia del 30/12/2016, voto del Juez Gustavo M. Hornos.

¹²⁹ STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nros. 557 y 558, citado en BACIGALUPO, *Tipo y error*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 216.

¹³⁰ En concreto la eximente, al implicar la eliminación de la pena, habilita a que las acciones encubridoras se lleven adelante sin consecuencias jurídicas.

el NNA, víctima del delito anterior (ASI), de forma tal que el Estado exija, bajo amenaza de pena, cumplir con el deber de no realizar conductas encubridoras.

VII. Conclusión

Las complejidades que presenta la regulación del delito de encubrimiento y su excusa absolutoria, cuando el delito precedente consiste en un ASI y existe vinculación socioafectiva entre víctima, autor y encubridor(a), quedaron a la vista.

Desde un análisis *de lege lata* fue posible advertir la falta de una regulación expresa referente a cómo deberían resolverse los supuestos en los que la víctima y el autor del delito precedente forman parte del núcleo familiar del encubridor. A partir de ello, y del estudio de los fundamentos que subyacen a la excusa absolutoria del art. 277, inc. 4 del CP, se evidenció su puesta en crisis en casos particulares, tales como los ASI intrafamiliares, exigiendo —desde este punto de vista— una reforma legal en tal sentido.

En virtud de lo anterior, fue importante analizar la vulnerabilidad de los NNA, el impacto del ASI, la naturaleza y ámbito en el cual suelen desarrollarse, y la protección especial que exige el SIDH respecto de las infancias, a fin de acreditar el impacto diferenciado de la eximente respecto de la investigación y sanción de los ASI intrafamiliares. Lo que inevitablemente implica, tal como se analizó, una limitación considerable al acceso a la justicia de NNA. En efecto, se concluyó que la actual redacción de la eximente requiere una nueva excepción que contemple su inaplicabilidad en los casos de ASI, siempre que exista la mencionada doble vinculación.

En suma, a partir de un estudio exhaustivo de la excusa absolutoria del delito de encubrimiento, intenté establecer los motivos por los cuáles las mayores inconsistencias, en casos de doble vinculación, se presentaban en casos de abuso sexual intrafamiliar ocurrido en las infancias. A la vez que, busqué evidenciar que otros supuestos merecen un análisis particular y profundo, tal como lo son los casos de violencia de género.

En conclusión, resta decir, el interés estatal de proteger a las infancias y de garantizar su derecho a vivir una vida libre de violencia necesitará contemplar todas las aristas puestas en discusión en este trabajo. Al mismo tiempo que, será imperioso profundizar esta investigación respecto de los casos más problemáticos, a fin de evitar que las inconsistencias de la excusa absolutoria del delito de

encubrimiento sean resultados de forma indistinta por los tribunales. De lo contrario nos seguiremos encontrando con análisis incompletos y con reformas parciales y fragmentadas.

VIII. Bibliografía

AZPIRI, *Derecho de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1983.

BACIGALUPO, *Tipo y error*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en el Derecho Penal*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

BARROS MENDEZ, “Mujeres criminalizadas en la CABA por delitos cometidos por sus ‘parejas’: Un análisis a la luz de los delitos de Omisión Impropia”, en *Revista de Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, ed. Erreius, Noviembre 2021.

BELOFF, “Artículo 17. Protección a la Familia”, en STEINER / URIBE (Coords.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Konrad Adenauer, Berlín, 2019.

BELOFF, *Derechos del niño*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

BENTIVEGNA / MÜLLER, *Violencia en la familia: Un enfoque interdisciplinario*, Hammurabi, Buenos Aires, 2022.

BERLINERBLAU, “Desafíos actuales en las prácticas judiciales de la niña, niño o adolescente en denuncias por presunto abuso sexual en la Argentina. Una responsabilidad colectiva” AAVV, *Acceso a la Justicia de niños/as víctimas en la Argentina*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Asociación por los Derechos Civiles, 2015.

BOUMPRADRE, *Derecho Penal Parte Especial*, ConTexto, Resistencia, 2018.

CAMPOS GARCÍA, “La convención sobre los derechos del niño”, en *Revista IIDH*, n.º 50, 2009, pp. 351-378.

CEVASCO, *Encubrimiento y Lavado de Dinero*, Di Placido, Buenos Aires, 2002.

BARROS MÉNDEZ (2024), “La excusa absolutoria del delito de encubrimiento”, pp. 14-51.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, “Encubrimiento entre parientes” en *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo V, vol. V, Edersa, Madrid, 1985.

CREUS, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1998.

D’ALESSIO, *Código Penal comentado y anotado: Parte especial (art. 79 a 309)*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

DI CORLETO / PIQUE, “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género”, en HURTADO POZO (Dir.), *Género y Derecho Penal: Homenaje al Prof. Wolfgang Schone*, Inst. Pacífico, Lima, 2017.

DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Encubrimiento o favorecimiento”, en LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.

DONNA, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000.

ECHEBURÚA / DE CORRAL, “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia” en *Cuaderno Médico Forense*, N° 12 (43-44), Enero-Abril 2006.

FERNÁNDEZ VALLE, “Las relaciones de familia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en CILLERO BRUÑOL / VALENZUELA RIVERA / GONZÁLEZ JANSANA, *Familias, Infancia y Constitución*, Thomson Reuters, 2022.

FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

FREEDMAN / TERRAGNI, “La protección de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos: los desafíos en la práctica”, en AAVV, *Acceso a la Justicia de niños/as víctimas en la Argentina*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Asoc. por los Derechos Civiles, 2015.

FREUDENTHAL, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, trad. GUZMÁN DALBORA, Buenos Aires, B de F, 2003.

FRISTER, *Derecho Penal: Parte General*, trad. de GALLI / SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2022.

GARCÍA AMADO, “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* IX, 1992.

GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

HENKEL, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, trad. GUZMÁN DALBORA, BdeF, Buenos Aires, 2005.

HERRERA, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo” en, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia: Derecho de Familia*, N° 66, Abeledo Perrot, 2014.

HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

HOPP, “ Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en DI CORLETO, Julieta, *Género y justicia penal*, Didot, CABA, 2017.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, trad. CARDENETE, Comares, Granada, 2002.

JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, Losada, Buenos Aires, 1970.

JOFRE, “ Abuso sexual paterno-filial. Apoyo, credibilidad y protección a niñas, niños y sus madres protectoras como víctimas de delito”, *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, N° 19, Buenos Aires, Julio-Diciembre 2017.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014” en *La Ley*, noviembre 2014, cita *online*, AR/DOC/3592/2014.

KRASNOW, “El despliegue de la socioafectividad en el Derecho de las familias” en *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 81, 2017.

MARCHIORI, “ Víctimas vulnerables: Niños víctimas de abuso sexual”, en *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas*, 27, Córdoba, 2006.

BARROS MÉNDEZ (2024), “La excusa absolutoria del delito de encubrimiento”, pp. 14-51.

MUÑOZ-GUZMÁN, “Implicancias de las transformaciones en las prácticas familiares y avances hacia la desfamiliarización”, en CILLERO BRUÑOL / VALENZUELA RIVERA / GONZÁLEZ JANSANA, *Familias, Infancia y Constitución*, Thomson Reuters, 2022.

NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 3º ed., Lerner, Córdoba, 2008.

OLAIZOLA NOGALES, *Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria*, en Estudios Penales y Criminológicos, 2010.

PARMA / MANGIAFICO / ÁLVAREZ DOYLE, *Derecho Penal – Parte Especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

PIQUE, “Donde manda capitán, no manda marinera. Las mujeres ante la acción penal pública en los casos de violencia de género” en DE LA FUENTE / CARDINALI, *Género y Derecho Penal*, Rubinzal, Buenos Aires, 2021.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona, 1972.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, “Notas a la traducción de la 2º ed. Alemana” en MEZGER E., *Tratado de Derecho Penal*, trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935.

ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, tomo I, trad. LUZÓN PEÑA, et al, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, trad. CÓRDOBA / PASTOR, Revisada por MAIER, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SAINZ CANTERO, “Las causas de inculpabilidad”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1963.

SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal: Parte General*, tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

SANZ, “Obstáculos empíricos, conceptuales e ideológicos en la detección y asistencia del maltrato y del abuso sexual en la infancia”, en LAMBERTI, *Maltrato infantil: riesgos del compromiso profesional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006.

SCHNEIDER, “La violencia de lo privado”, en DI CORLETO (comp.), *Justicia, género y violencia*, ed. Librería, Buenos Aires, 2010.

SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios*, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903.

SOLER, *Derecho Penal Argentino*, tomo V, Tea, Buenos Aires, 1992.

STRATENWERTH, *Derecho Penal: Parte General*, trad. SANCINETTI / CANCIO MELIÁ, Hammurabi, Buenos Aires.

TISSOT, *El Derecho Penal estudiado en principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo*, trad. ORTEGA GARCÍA, et al., Madrid, 1880.

VERDE, “Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación”, en *InDret* 1.2020.

WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Derecho Penal: Parte General*, trad. PARIONA ARANA, Instituto Pacífico, Lima, 2018.

LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS HACKERS ÉTICOS: UNA BREVE MIRADA DESDE EL DERECHO PENAL

Rodrigo BRANCA*

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2024

Resumen

Se analizará la temática de los hackers éticos. Se explicará, en particular, que existe una función altruista de las acciones que estos llevan a cabo, por lo que deben estar exentos de recibir una sanción penal. Se propondrán dos soluciones posibles: una de *lege ferenda*, que implica modificar la ley actual para incluir una causa de justificación legal que proteja el trabajo de los hackers éticos, y una de *lege lata*, que involucra realizar una interpretación benévola de la ley existente que también resguarde a los hackers éticos. El núcleo de la propuesta será una comparación o paralelismo con la causa de justificación que el derecho positivo actualmente prevé para el delito de violación a la propiedad privada física cuando el hecho se realiza para salvar a un bien de mayor entidad (artículos 150 y 152 CP).

Palabras clave: Hackers éticos – Causal de justificación – Código Penal – Propiedad privada – Altruismo – Pena – Prisión

Title: *The legal protection of ethical hackers: A brief overview from a criminal law perspective*

Abstract

This work analyzes the topic of ethical hackers, explaining particularly that their actions carry an altruistic function and, therefore, should be exempt from criminal sanctions. Two possible solutions will be proposed: one of *lege ferenda*, involving amending the current law to include a legal justification that protects the work of ethical hackers, and one of *lege lata*, which entails a benevolent interpretation of existing law that also protects ethical hackers. The proposal's core will be a comparison or parallelism with the justification currently provided by positive law for the

* Magíster en Derecho Penal (UTDT). Director del Cuerpo de Investigaciones Judiciales (MPF CABA).

crime of trespassing on physical private property when the act is carried out to save a higher entity (Articles 150 and 152 CP).

Keywords: Ethical hackers – Justification – Penal code – Private property – Altruism – Punishment – Prison sentences

Sumario: I. Introducción; II. Hacking y doctrina; III. Solución I (*lege ferenda*); IV. Paralelismo. Violación de domicilio; V. Solución II (*lege lata*); VI. Conclusión; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Es probable que toda persona que lea este texto, alguna vez haya escuchado la palabra “hacker”, a la cual se la asocia rápidamente con sujetos con una finalidad siniestra, cuyo propósito es el de irrumpir en los sistemas informáticos y cuentas de usuarios sin autorización de sus dueños para causar daños o hasta obtener beneficios económicos¹ Hoy en día se entiende como hackers a personas ligadas a usos ilegales de la tecnología, específicamente en la violación de la protección de las computadoras y las redes privadas. Y suelen ser asociados a la imagen que aparece en las noticias, las películas, series, etc.: adolescentes que disfrutaban del uso extremo de la tecnología, sin miedo al riesgo que esto implica, pero con altas capacidades intelectuales en esta materia.² Pero en este trabajo no nos vamos a referir a ellos como “hackers”. Las personas descriptas anteriormente son simplemente criminales o “cibercriminales”, como se los denomina hoy en día. También en algunos textos se los puede identificar como “crackers”.³

El filósofo finlandés Pekka HIMANEN concede una mirada distinta y se refiere a los hackers como personas que se caracterizan por ser expertos o entusiastas que les apasiona su trabajo. Pueden ser actores, chefs, médicos o cualquier otra profesión, siempre y cuando sean apasionados por lo que hacen y busquen ir más allá de sus conocimientos para superar las dificultades y barreras. Inclusive sin tener nada que ver con las computadoras.⁴ Siguiendo ese pensamiento, podemos definir que un hacker informático es aquél que tiene pasión y conocimientos sobre la programación de los sistemas informáticos y en cuya naturaleza está el hecho de encontrar la forma de superar las barreas que las

¹ VÁSQUEZ, M. D., *Técnicas anti-forenses informáticas*, 2016, p. 50.

² GRADIN, Carlos, “Presentación”, en *Internet, hackers y software libre*, Fantasma, 2004, pp. 9-11.

³ HIMANEN, Pekka, *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, Barcelona, Destino, 2004, p. 5.

⁴ HIMANEN, *La ética del hacker*, cit., pp. 5-6.

tecnologías modernas le imponen. También son personas que creen que la información debe ser pública y abierta a todos como un bien común, facilitando el acceso a la información y a los recursos informáticos.⁵

Podemos ver que dentro de la naturaleza de los hackers informáticos está implícito el hecho de buscar superar las medidas de seguridad informática y acceder a los sistemas informáticos de forma ilegítima, en algunos casos. Pero no tenemos que confundirlos con los crackers o cibercriminales. Existen profesionales informáticos que ingresan sin autorización a un sistema informático privado, pero con una intención altruista y beneficiosa para la sociedad.⁶ Por ejemplo, para descubrir vulnerabilidades y colaborar para su corrección y fortalecimiento. Esto es, si realizan una operación de intromisión a una propiedad informática privada, en vez de ser un ilícito, sería considerado un servicio a la comunidad. A estos sujetos se los conoce como “hackers éticos”, ya que cómo vimos, sus motivaciones no son las de cometer delitos, sino más bien las de hallar vulnerabilidades en los sistemas informáticos y poder subsanarlas, creando sistemas más robustos. Se cree que la palabra “ético” anula aquellas connotaciones negativas que implica el hacking, ya que en definitiva los hackers éticos utilizan técnicas maliciosas, pero de una manera profesional para tratar de mejorar la seguridad de los sistemas.⁷

Ahora bien, en la República Argentina el art. 153 bis del Código Penal sanciona con prisión (de 15 días a 6 meses) a quien accede ilícitamente, o excediendo a una autorización concedida, a un sistema informático privado, por cualquier medio y a sabiendas de que su acceso está restringido. La pena se agrava de 1 mes a 1 año de prisión si el sistema o dato informático correspondiera a un organismo público estatal o proveedor de servicios públicos o financieros.

Por otro lado, en el artículo 157 bis, se castigan con 1 mes a 2 años de prisión los siguientes casos de quien:

1. “A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales”;

⁵ HIMANEN, *La ética del hacker*, cit., p. 5.

⁶ GRADIN, “Presentación”, cit., p. 61.

⁷ VÁSQUEZ, *Técnicas anti-forenses informáticas*, cit., p. 50.

2. “Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley”.

3. “Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales”.

Dicho esto, podemos ver que si nos guiamos exclusivamente por la letra de la ley, nuestro ordenamiento penal no distingue entre un cracker (o cibercriminal) y un hacker ético, por más fin altruista que tenga su acción. Esto es así, ya que el art. 153 bis CP castiga el simple hecho de acceder a un sistema informático ajeno sin autorización, o excediendo los límites de la autorización concedida, quedando comprendida cualquier acción de hacking.⁸ Esto es extraño, porque cuando nos referimos a la violación de la propiedad privada física de un inmueble, es decir, al delito de violación de domicilio —previsto en el art. 150 CP— la ley sí establece una causa de justificación y permite la violación de la propiedad privada ante una situación de peligro que generará un beneficio —art. 152 CP—. Sin embargo, una conducta equivalente, pero llevada a cabo en el “mundo virtual” en principio sería siempre un ilícito punible según el Código Penal Argentino.

El objetivo general de este trabajo consiste en contestar la siguiente pregunta: ¿se debe eliminar la pena que establece el CP en los casos de hackers éticos, debido a los beneficios altruistas que traen aparejados?

A modo de adelanto, se dirá que la respuesta es afirmativa y para ello se van a proponer dos soluciones:

1. una modificación del Código Penal en el artículo 153 bis, incorporando una causal de justificación para estos casos;

2. una interpretación benévola de la norma con su redacción actual.

II. Hacking y doctrina

Como vimos hasta ahora, el hacking —en cualquiera de sus variables— podría ser considerado un delito dentro de la República Argentina, ya sea dentro de los términos del art. 153 bis o del 157 bis del CP.⁹ Más allá de eso, también es posible afirmar que el hacking ético es una actividad que

⁸ ROIBÓN, M. M., “Reflexiones sobre el acceso ilegítimo a un sistema o dato informático”, en PARADA, R. A. (dir.), *Cibercrimen y delitos informáticos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 2018, pp. 134-138.

⁹ ROIBÓN, “Reflexiones sobre el acceso ilegítimo a un sistema o dato informático”, cit., p. 134.

trae aparejados grandes beneficios para los sistemas informáticos y sus usuarios, ya que los hace más seguros.¹⁰ Observemos que en el caso de que la vulnerabilidad sea detectada por un hacker no ético, éste podría aprovecharse de ella para obtener información sensible, privada o bien para cometer otros delitos como daño informático, secuestro de información, defraudaciones, entre otros.

De esta forma, vemos que en definitiva los hackers éticos tienen como medio de trabajo la comisión delitos contenidos en el Código Penal argentino, pero con objetivos que están alejados de lo delictivo. Se puede pensar a los hackers como artistas informáticos o tecnológicos que sienten, en algún punto, orgullo por las obras que llevan a cabo a través de sus conocimientos y destrezas.¹¹ No obstante, desde un punto de vista meramente legal, las actividades de los hackers sin dudas cumplirían el tipo al menos del art. 153bis del CP: su actividad justamente consiste en acceder ilícitamente a un sistema informático (privado, pero también eventualmente público) y con dolo de acceder a un sistema restringido. La redacción de la disposición, entonces, está en tensión con la función social beneficiosa que pueden cumplir los hackers éticos.

De todos modos, en la doctrina se ha intentado resolver el problema al señalar que estas conductas serían atípicas. Según lo analizado por GUTIÉRREZ, RADESCA y RIQUERT, las acciones de los hackers éticos serían atípicas dentro del delito penado en el artículo 153bis del CP. Se plantearía así una excepción al principio de la inviolabilidad de las comunicaciones, porque se entiende que el “derecho protegido” no es un concepto absoluto (“autorizaciones judiciales para su acceso en curso de una investigación penal, o por razones de seguridad, o por cumplimiento efectivo del ejercicio de un deber derivado de la patria potestad, etc.”).¹² Entonces, incluso si no se contase con una autorización previa, los hackers éticos podrían realizar estas conductas, en virtud de esta excepción a la regla.

Lo que estaría en juego con esta excepción, entonces, es una ponderación entre la necesidad de protección de la intimidad y la de obtener beneficios tangibles en cuestiones de seguridad. Cuando el hackeo es realizado con la intención de facilitar formas de trabajo a ingenieros informáticos, detectar situaciones de riesgo en diversos sistemas o software y solucionarlas, existencia de programa maligno y su posterior eliminación, pruebas de sistemas de bloqueo, entre otras situaciones que incluyen a estos hackers éticos, esta ponderación daría como resultado un balance a

¹⁰ SÁNCHEZ ÁVILA, M. Á., *Hacking ético: impacto en la sociedad*, Universidad Piloto de Colombia, 2019, pp. 7-8.

¹¹ GRADIN, “Presentación”, cit., p. 11.

¹² GUTIÉRREZ, R., RADESCA, L. C. y RIQUERT, Marcelo A., *Violación de secretos y de la privacidad*, Asociación Pensamiento Penal – Código Penal Comentado de Acceso Libre, 2013, pp. 9-11.

favor de obtener los beneficios en materia de seguridad. Lo decisivo entonces sería el motivo con el que se accede al sistema, no la forma de acceso.¹³ En otras palabras, podemos inferir en base a lo dicho por los autores, que las situaciones penadas por ley, como las exceptuadas en la doctrina, no hacen referencia a la forma en la que se hackeo el sistema, sino al por qué.

No obstante, el problema de esta postura es que, primero, va directamente en contra de lo que dice la ley en el art. 153bis del CP. La ley no establece esa excepción al alcance de la regla de forma expresa, sino que la conducta prohibida se encuentra especificada sin una excepción de esta clase. Entonces, ya desde el vamos se parte de un déficit en la argumentación que no es reconocido por los autores en cuestión.

En particular, el elemento subjetivo requiere que el autor del hecho tenga conocimiento del acto que está cometiendo, es decir que está realizando un acceso ilegal al sistema o dato en concreto, el cual mantiene un acceso limitado para el público en general, debiendo mediar además una voluntad o intencionalidad de realizar tal trasgresión. No caben dudas de que el hacker ético tiene conocimiento y voluntad de acceder al sistema informático sin la debida autorización del sujeto, por lo que el elemento subjetivo estaría perfeccionado. Pero esto no es un impedimento para afirmar que, igualmente, su labor altruista trae aparejada grandes beneficios y que por ello la ley no debería sancionarlo a través de una causa de justificación.

Segundo, y más importante, la argumentación de GUTIÉRREZ, RADESCA y RIQUERT debería conducir, en todo caso, a una causa de justificación suprallegal (es decir, no escrita en la ley), y no a una causa de atipicidad. Una causa de atipicidad se produce cuando por alguna razón ya la conducta prohibida o mandada ni siquiera es realizada *prima facie*, por ejemplo, porque el bien jurídico protegido (o el “fin de la norma”) no ha sido afectado. Sin embargo, en los casos de conductas de “white hacking”, es casi una obviedad que el bien jurídico protegido ha sido afectado: el hacker *sí* ingresa en el ámbito protegido por el bien jurídico, esto es, en el ámbito de intimidad de la víctima. Por tanto, se trata de una conducta en principio prohibida y que merece ser castigada. A diferencia de lo que pasa con los casos de autorizaciones expresas del titular del bien jurídico, porque allí es la propia “víctima” quien abre su esfera de derechos ante el supuesto autor. Es lo mismo que sucede, por ejemplo, en el delito de hurto: si A está de acuerdo en que su compañero B se lleve la lapicera

¹³ GUTIÉRREZ, RADESCA y RIQUERT, *Violación de secretos y de la privacidad*, cit., p. 10.

que tiene en el escritorio de la oficina y B, sabiéndolo, se la lleva, entonces se trata de una conducta atípica, por falta de afectación al bien jurídico “propiedad”.

Este problema no es visto por los autores, debido a que argumentan con el lenguaje de las excepciones. Estas últimas son justamente la que caracteriza a las causas de justificación que, en cierto sentido, son excepciones a reglas aplicables,¹⁴ y *no* a las causas de atipicidad. Así, ya señalaba HART con claridad lo siguiente sobre la estructura de las causas de justificación, a partir del ejemplo clásico de la legítima defensa:

“Matar en defensa propia es una excepción a la regla general que hace punible el dar muerte a alguien; se admite porque la política, dentro de las finalidades u objetivos que, en general, justifican el castigo del homicidio (p. ej., la protección de la vida humana), no incluyen casos como estos”.¹⁵

En definitiva, la argumentación de los autores debería ser considerada una causa de justificación. De hecho, cuando señalan que en casos así se produce una ponderación entre intereses de seguridad de la generalidad y los intereses de la víctima en la intimidad, están recurriendo a la argumentación característica del estado de necesidad justificante agresivo (prototipo de causa de justificación basada en ponderaciones) del artículo 34, inc. 3º del CP.¹⁶ Por esa razón, argumenta PALAZZI¹⁷ que el hacker queda amparado, en una situación de necesidad en lo que respecta a su accionar, donde muchas veces resulta necesario comprometer la confidencialidad de los sistemas o archivos hackeados, con el fin de lograr el bien mayor.

A pesar de que PALAZZI tiene razón en señalar que estos casos se deben resolver como causas de justificación, su argumentación no es tan robusta. El hacker ético no se encuentra en una situación de necesidad, o al menos no en sentido estricto. Desde el punto de vista del estado de necesidad justificante agresivo¹⁸ del art. 34, inc. 3º del CP, el hacker no actúa frente a un mal mayor *inminente*.

¹⁴ MORESO, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, 2001, pp. 525-545.

¹⁵ HART, H. L. A., *Castigo y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 54.

¹⁶ Art. 34, inc. 3º CP: “No son punibles: (...) 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño; (...)”

¹⁷ PALAZZI, Pablo A., “Breves comentarios a los proyectos legislativos sobre delitos informáticos”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, N° 8, 2006, p. 1531.

¹⁸ CREUS, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 323, dice: “Es la situación en que se encuentra un sujeto en la que, como medio -‘necesario’- para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios (o de un tercero en determinados casos), ataca un bien jurídico extraño de menor entidad que el que trata de salvar.” (el destacado me pertenece)

Incluso suponiendo que los intereses de seguridad informática superan esencialmente a los intereses en la intimidad de las personas concretas, el peligro de afectación a los intereses de seguridad todavía no es actual. En ese sentido, una violación a la seguridad informática (diferente a la realizada por el propio hacker ético) podría suceder en el futuro cercano, lejano, o no suceder nunca. En ese sentido, difícilmente pueda decirse que una conducta típica de white hacking salvaguarde un interés de seguridad cuya pérdida sea inminente. Por otro lado, ya el propio art. 34, inc. 3° del CP señala que quien actúa en estado de necesidad debe ser “extraño” al mal mayor inminente. Así, el hacker ético que “descubre” una vulnerabilidad es quien en cierto sentido ha creado ese mal mayor, derivado de una violación a los sistemas de protección, previamente no reconocida.

Esto significa que la causa de justificación que ampare a los hackers éticos no puede buscarse sin más en el estado de necesidad o en el consentimiento. Más bien, se requiere una causa de justificación específica, quizá parcialmente basada en nociones de necesidad, tal como sucede con la violación de domicilio clásica. En definitiva, el interrogante que se plantea la doctrina gira en torno a la posibilidad de admitir al “ethical hacking o a las tareas que —mediante herramientas de software dedicadas a tal fin— desarrollan los expertos en seguridad informática para determinar las eventuales falencias de las redes” como una circunstancia o comportamiento exento de la prohibición establecida por el propio art. 153 bis CP. Ello en función de que la noción de hacking ético involucra una amplia gama de actividades como puede ser el caso de la realización de tareas de investigación académica, doméstica, o bien las tareas desarrolladas por empresas de seguridad informática en la búsqueda de brindar mayor certeza o seguridad a los sistemas informáticos.

III. Solución I (*lege ferenda*)

De esta forma podemos notar que la regulación actual es insuficiente, por lo que una solución posible es la de incorporar una causa de justificación específica en el texto de la ley, que contemple la actividad de los hackers éticos. Esto podría dar mayor seguridad a su labor y otorgar mejores herramientas para la operadores judiciales, que son quienes en definitiva deben valorar, con las constancias de cada caso, si se trata de una acción de hacking ético que no merece ser sancionada o bien de una actividad de hacking criminal.

Si bien es sumamente dificultoso regular la actividad en el ciberespacio por su masividad y anonimato, han surgido distintos grupos o entidades (como la ACM¹⁹ o IEEE²⁰, que actúan de forma voluntaria) que pensaron y desarrollaron una serie de “códigos de ética” o reglas base para hacer un correcto uso de la actividad informática y la tecnología. Estos códigos no son creados para certificar un nivel de responsabilidad o experiencia dentro de la comunidad, sino que sientan las bases para la orientación y análisis de ciertos problemas concernientes a la ética en cuanto a la actividad informática se refiere. Si se quisiese establecer una causa de justificación para casos de hacking ético, entonces la conducta de estos hackers debería ser llevada a cabo según estas reglas éticas que se verán a continuación.

Independientemente de que cada una de estas entidades establece reglas distintas, todas comparten una serie de principios rectores. A saber:

- evitar el daño,
- ser honesto y confiable,
- respetar la propiedad y el trabajo de los demás,
- tener responsabilidad social,
- respetar la privacidad y la confidencialidad,
- evitar la discriminación.

En principio, estas cuestiones normativas internas, además de las leyes vigentes, actualmente en cuanto al cibercrimen son los principios y bases sentadas hoy en día para una convivencia que permita la inclusión del hacking ético en la comunidad. Si se siguiesen esas reglas, entonces podría excepcionalmente considerarse la conducta de los hackers éticos como amparadas por una causa de justificación.

¹⁹ Association for Computing Machinery

²⁰ Institute of Electrical and Electronics Engineers

Por ello, teniendo en consideración estos principios, es posible sostener que si se modificara el Código Penal vigente y se incorporara el siguiente apartado dentro del art. 153 bis se daría la solución al problema del hacking ético:

“No será punible quien, con el fin de evitar un perjuicio grave para los usuarios y/o a los propietarios, accediera éticamente a un sistema informático ajeno, en el marco de una investigación de vulnerabilidades informáticas aficionada o académica.

Para la determinación de si se trata de un comportamiento ético, se deberán tener en cuenta todos los siguientes factores: 1) ausencia de modificaciones del sistema informático; 2) puesta en conocimiento de la vulnerabilidad hallada al propietario del sistema informático en un plazo máximo de 24 hs e insistencia ante la falta de respuesta por parte del propietario en las siguientes 72 hs; 3) ausencia de maniobras de ocultamiento del acceso por parte del autor; 4) ausencia de apoderamiento de datos privados”.

Así, en definitiva, lo que se pretende es justificar aquella conducta que no tenga que ver con un ilícito, sino más bien desarrollar actividades tendientes a generar una mejora o beneficio a los sistemas informáticos, como puede ser las tareas descriptas en el ejercicio del hacking ético.

IV. Paralelismo. Violación de domicilio

Ahora bien, esta solución podría entrar en crisis. Siguiendo la idea de que así como se habla de “paralelismo” entre el mundo físico y el virtual, sería posible argumentar una analogía estructural entre los tipos penales de violación de domicilio y de acceso ilícito a un sistema informático. Así, las conductas de white hacking generarían situaciones indeseadas, cómo por ejemplo que individuos —con fines también altruistas— prueben las seguridades de los domicilios particulares (ventanas, puertas, cerraduras, etc.) y eso es algo que intuitivamente no se debería permitir: ya el mero hecho de que alguien ingrese sin autorización, por ejemplo, a las casillas de email, de privados, genera peligros considerables que deberían ser desalentados.

Veamos el delito clásico de violación de domicilio. Dentro del Capítulo segundo del CP, se tipifica en los artículos 150 al 152, la violación del domicilio. DONNA comparte con CREUS y NÚÑEZ que el bien jurídico protegido por la norma es la intimidad al decir: “Se trata de proteger al domicilio como ámbito de intimidad del sujeto pasivo. No hay lugar con mayor reserva y donde se daba

respetar más rigurosamente el derecho a la privacidad que el domicilio”.²¹ SOLER, por su parte, refiere que estos delitos protegen la libertad de las personas, y que ese es un concepto amplio y polimorfo, por lo que incluye a la violación de domicilio y al allanamiento irregular. Dice: “importa considerar a la libertad personal proyectada alrededor de la persona física (...) dotándola de cierto derecho a la soledad o a la intimidad, en virtud del cual se reconoce al individuo el poder de excluir a otro individuos de cierto lugar”.²²

SOLER manifiesta que “para nuestro orden jurídico, la tutela del domicilio tiene importancia constitucional, art. 18: el domicilio es inviolable. Esta declaración tiene el sentido de fijar limitaciones al ejercicio del poder de los órganos del Estado (...) por el cual se dispone que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Pero es evidente que puesto ese derecho en tan alta jerarquía, no solo habría de valer contra los órganos del Estado sino contra cualquier particular”.²³

Si bien todo ello es cierto, quienes argumenten de esta forma no han tomado en cuenta que el art. 152 CP, impone una excepción en forma de causa de justificación al delito de violación de domicilio y es que estas penas no serán aplicadas si el ingreso sea para evitar un mal mayor tanto para los moradores como para un tercero, ni tampoco si lo hiciese como el cumplimiento de un deber de humanidad o para prestar auxilio a la justicia. Al respecto dice SOLER “El mal al cual la ley se refiere es un mal de cualquier naturaleza, siempre que sea grave. (...) Por último, si se recuerda el caso tercero de excepción al ingreso en morada ajena, es decir, cuando de ella parten clamores, se verá el sentido de la ley al referirse al deber de humanidad”.²⁴ DONNA indica con respecto al art. 152, que pareciera ser una repetición de la causa de justificación prevista en el art. 34 inc. 3° — estado de necesidad—, pero que sin embargo, existen diferencias fundamentales: no se exige que el mal que se trata de evitar sea inminente ni tampoco que sea extraño al sujeto. Respecto del “deber de humanidad” dice que se entiende a toda conducta orientada a la salvaguarda de bienes jurídicos valorados por la cultura humana, cumpliendo con un deber humanitario quien intenta salvar la vida o evitar el sufrimiento de un animal o resguardar el medio ambiente.²⁵

²¹ DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. IIA, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 352-353.

²² SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, TEA, 1992, p. 86.

²³ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., p. 87.

²⁴ SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., pp. 111-112.

²⁵ DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, cit., pp. 396-399.

Dado que los artículos siguientes, referidos a conductas de violación a la intimidad en el mundo digital, no está presente la causa de justificación del art. 152 del CP, entonces se podría decir que en realidad no corresponde su aplicación. No solo por razones legales, sino también y especialmente porque sería más importante preservar la intimidad de los posibles afectados, que lograr alguna clase de fin superior basado en la idea de seguridad. Es entonces que siguiendo con este análisis, este detenta en que toda aquella persona que actúe de esta forma, infringiendo límites electrónicos o digitales, sin importar sus intenciones ni tampoco sus objetivos o finalidades en el accionar, deberían ser penados según lo establecido por la ley.

Sin embargo, no se les aplican las mismas excepciones que se aplican a la violación de domicilio art. 150, 152 y 155 CP; por lo que los hackers informáticos que buscan cumplir con una función meramente ética o “White Hat” no tienen la posibilidad de salir ilesos de una situación que cumpla con las características del artículo 153 bis del CP. El argumento de la protección de la intimidad de las personas potencialmente afectadas no sería tomado en serio si se prohibieran estas conductas, por la siguiente razón. Si realmente lo que interesa es proteger a terceros de violaciones a su intimidad, entonces los hackers éticos lo que hacen es *proteger* a esos terceros de afectaciones futuras mucho más graves y no-éticas. En ese sentido, si se impidiesen estas conductas de white hacking, por ejemplo a través del efecto disuasivo del castigo, entonces las potenciales víctimas quedarían más desprotegidas frente a las posibles conductas de hackers con habilidades similares que buscaran fallas de seguridad, por ejemplo, para conseguir acceso a tarjetas de crédito o información personal comprometedoras con fines de extorsión.

De esta forma podemos ver la injusticia plasmada en la normativa, en la jurisprudencia y en la doctrina; donde nadie se refiere a la desventaja que sufren estas personas que bajo un formato electrónico o digital de trabajo buscan hacer el bien para la protección de la privacidad y la seguridad de los usuarios en todas las plataformas electrónicas y digitales. Esto, a su vez, se plasma en una injusticia contra los propios titulares del derecho a la intimidad, ya que el actuar preventivo y, posteriormente, retributivo, contra hackers éticos en última instancia deja a los terceros a merced de las conductas de otros hackers no-éticos.

Por ello, es necesaria la incorporación al texto legal de una causa de justificación específica, parcialmente basada en nociones de necesidad, tal como sucede con la violación de domicilio clásica.

Aún si la modificación del CP no fuera posible, este argumento es el puntapié inicial para sostener que es posible hacer una interpretación del derecho vigente en un sentido más benigno

para los hackers éticos, ya que podría considerarse que sus actividades pueden ser abarcadas por la causa de justificación del art. 152 CP por medio de una interpretación analógica *in bonam partem*. Esto será explicado a continuación.

V. Solución II (*lege lata*)

Si no resulta factible o no existen avances sobre la posibilidad de introducir modificaciones a la norma tal y cual se encuentra escrita a la actualidad, resulta necesario analizar diferentes opciones o estrategias para la realización de una interpretación benévola de la norma. Esto deberá ser realizado a los fines de justificar el accionar de los denominados hackers éticos en cada caso concreto para evitar injusticias.

Para abordar esta cuestión, resulta valedero desmenuzar brevemente la escasa jurisprudencia Argentina aplicable a la materia. Así, puede citarse el fallo “Ortmann, Gaspar Ariel s/ averiguación de delito – Juzgado Criminal y Correccional Federal Nro. 11 Causa CFP 8143/2019 del día 20 de noviembre de 2020”. Allí el 1 de diciembre del año 2019 el “Juzgado Federal Nro. 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” decidió el sobreseimiento del Sr. Gaspar Ortmann, especialista en seguridad informática. En cuanto a los hechos del caso, el acusado fue denunciado por haber ingresado a la plataforma de home banking del Banco de la Nación Argentina, la cual era manejada por la firma Red Link. Con su acceso, autenticó sus credenciales necesarias y a partir de la implementación de técnicas y conocimientos específicos pudo identificar una falencia en el sistema informático y a partir de ello “modificó a su favor la cotización del dólar dentro de su navegador”.

En el análisis realizado por el tribunal interviniente, se concluyó que “sobre este punto, debe destacarse que más allá del error técnico descubierto y utilizado por ORTMANN, Red Link cuenta con múltiples controles que le permiten detectar este tipo de operaciones anómalas, por lo que las maniobras investigadas en ningún momento tuvieron posibilidad de ser concretadas sin ser descubiertas por los distintos sistemas de seguridad de dicha empresa, circunstancias que difícilmente pudo haber desconocido ORTMANN dada su expertise en la materia.- Lo expuesto hasta aquí, demuestra que el encartado en ningún momento intentó ocultar su responsabilidad por lo sucedido, sino que por el contrario, siempre estuvo en su voluntad realizar las operaciones y que luego se supiera que había sido él quien las había llevado a cabo, todo ello con la intención de demostrar la vulnerabilidad del sistema operado por Red Link.-”

Otra cuestión fundamental en el análisis resulta del hecho de que “A ello, debe agregarse que incluso algunas de las operaciones de compraventa de dólares cuestionadas fueron realizadas en detrimento patrimonial del propio encausado, lo que también evidencia que la intención del nombrado no estaba dirigida a causar un perjuicio patrimonial a las arcas del Banco de la Nación Argentina, sino a probar las debilidades del sistema informático antes aludido.”. Así, queda descartada cualquier motivación o intención de provocar un perjuicio a un tercero, mediante el acceso a determinado sistema informático, quedando al descubierto la verdadera intención de poner de manifiesto las flaquezas que mantenía el sistema de seguridad.

Se trató, entonces, de un caso de hacking ético, en el que no existe ninguna clase de intención de cometer un daño (que vaya más allá de la violación a la “intimidad”) o defraudación sino que respeta los códigos de ética, informa y da cuenta de las vulnerabilidades que encuentra a su paso. Por tanto, un caso así debe quedar impune y el tribunal correctamente ha considerado que esta conducta no ha de ser castigada, aunque sin reconocer una causa de justificación como la que aquí se propondrá.

Por otro lado, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco de la causa MPF 83322, también arribó a una solución similar a la mencionada. En cuanto a los hechos se investigó que un grupo de personas habría accedido ilícitamente al sistema informático de la empresa “Grupo MSA S.A” y alteraron su normal funcionamiento. De la investigación se pudo comprobar que efectivamente se había accedido remotamente al sistema informático de la empresa, mediante técnicas de penetración informática, desde un domicilio en la República Argentina.

Además, las tareas periciales llevadas a cabo en el sistema informático afectado concluyeron que el autor había accedido unas 91 veces al sistema y que además había creado un evento “PWNED”. El perito destacó que “el concepto ‘PWNED’ en términos de informática, significa que el pequeño (una persona) encuentra una vulnerabilidad a un grande (una empresa), donde se utiliza colocar una bandera (como símbolo) para informar que el sistema desarrollado por la empresa es vulnerable. Esta bandera no genera ningún daño o alteración al normal funcionamiento del sistema informático en cuestión”. Finalmente, la fiscalía terminó realizando una novedosa interpretación de la norma y desechó la acusación por entender que si bien se pudo acreditar que el autor accedió al sistema informático de la empresa, no lo hizo de manera indebida ni causó daño alguno, sino que por el contrario, lo hizo para avisar a la firma de que el sistema de seguridad era vago y podía ser vulnerado con facilidad.

Es cierto que esta interpretación se encuentra en línea con lo propuesto en este trabajo y por ello es posible afirmar que aun no pudiendo lograr la modificación de la ley penal a fin de incluir una causal de justificación que excluya la responsabilidad de los hackers éticos, es posible interpretar la ley vigente de forma benévola para igualmente otorgar protección jurídica a este grupo de individuos. No obstante, no es cierto que el autor haya ingresado *debidamente* al sistema, sino que lo esencial de su actividad es el haber actuado sin una autorización. Por consiguiente, resulta equívoco señalar que la conducta es atípica. Más bien, lo que la fiscalía ponderó de forma positiva fue el descubrimiento de fallas de seguridad, algo que valdría más que una vulneración no dañina a la intimidad del titular del bien jurídico. Esa forma de argumentar es característica, nuevamente, de una causa de justificación, no de una de atipicidad.

La forma de solucionar adecuadamente estos casos según el derecho vigente es el de sencillamente aplicar analógicamente a estos casos la causa de justificación del art. 152 del CP. Esto parecería un poco extraño, porque la ley no establece esta causa de justificación para los delitos que aquí resultan relevantes, por un lado. Por otro, porque los penalistas solemos ver con desconfianza las analogías, debido al principio de legalidad en su faceta *lex stricta*. Sin embargo, esta maniobra es perfectamente posible. Respecto de la ausencia de una causa de justificación expresa para estos casos, es sabido que los permisos legales, debido a que rigen *a favor de imputado*, pueden surgir no solo de la ley. De hecho, muchas causas de justificación surgen del derecho consuetudinario. La más usual es, sin ir más lejos, la del consentimiento justificante, ya que a pesar de no estar reconocida expresamente en la ley, es considerada un caso clásico de justificación, al menos según la opinión dominante.²⁶ Respecto de la analogía, también es sabido que la analogía prohibida es la analogía *contra reo*. En cambio, cuando se recurre a analogías a favor del imputado, no hay ningún problema de legalidad, siempre y cuando se brinden buenas razones para realizar esa interpretación. Si lo que

²⁶ Si bien existe una discusión del consentimiento como causa de justificación o como causa de atipicidad, lo cierto es que la opinión dominante se apoya en la primera. Sobre esto menciona ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 512-513: “La opinión hoy dominante distingue, (...) entre el acuerdo y consentimiento. El acuerdo actúa excluyendo la tipicidad. Ello entra en consideración en los tipos en que la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado. (...) Por el contrario, el consentimiento en sentido estricto, cuando es presentado por el portador del bien jurídico, sólo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo. (...) Según esta opinión, el consentimiento excluye sólo la antijuricidad, lo cual se funda la mayoría de las veces en que en el consentimiento descansaría una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante desde el punto de vista jurídico-consuetudinario como consecuencia del derecho de autodeterminación individual (...).”

se ha señalado en este trabajo es cierto, sería injusto castigar a los hackers éticos, entonces existe una buena razón para aplicar analógicamente el art. 152 del CP.

VI. Conclusión

Es necesario que se adecue la visión del ordenamiento jurídico de modo que la regulación de este tipo de actividades derive en los efectos que la ciberseguridad a nivel nacional necesita. Más aún, teniendo en cuenta la terminología especializada, la tipificación de los delitos cibernéticos que clarifiquen la comprensión de la línea que traza el cibercrimen con lo permitido. Y esto no se trata de una cuestión de tecnicismos, sino de que se debe suprimir la inseguridad jurídica que califica conductas ilegales. Aunque el contenido jurídico no es el principal problema al momento de establecer estas terminologías, sino más bien la significancia de estas: el constante avance de técnicas dentro de la informática abre posibilidades de delitos diferenciados con conductas legales en mínimos detalles. El trabajo de los juristas que deben realizar calificaciones en los ciberataques se enfrenta a siglas, modismos, silogismos y palabras que son difícilmente entendibles para quienes no son especialistas, y que imposibilitan la conversión o traslado de términos adaptables a lo jurídico procesal.²⁷

Muchos ámbitos del ordenamiento jurídico deben tomar direcciones para que las normas vigentes sobre delitos informáticos y ciberseguridad sean mayormente efectivas. Ya se ha hecho hincapié en el desfase existente entre las normas actuales y el avance tecnológico que recorren dos caminos diferentes con velocidades sumamente distintas, y en las terminologías que deberán adaptarse a las tipificaciones penales.²⁸

Como también se mencionó a lo largo de este trabajo, no es tarea sencilla juzgar delitos informáticos. Desde la parte administrativa que corre con las investigaciones pertinentes a este tipo de violaciones, no cuentan con las especificaciones ni los equipos necesarios para ello, sobre todo teniendo en cuenta la seriedad de este tipo de delitos. Las legislaciones han avanzado respecto a las leyes y penas aplicables a las categorías delictivas informáticas, pero muchas veces quedan atrasadas por la evolución constante de esta materia y sus innumerables variables, en consecuencia, los daños económicos, las violaciones a privacidad y la pérdida de datos e información. Las propuestas de

²⁷ GARCÍA, E. F., “Desafíos jurídicos interdisciplinarios de la ciberseguridad nacional: apuntes ‘de lege ferenda’”, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N° 37, 2021, pp. 75-118.

²⁸ BORIZI CIRILLI, Fernando A., “Cibercrimen y evidencia digital: problemática probatoria”, en *Cibercrimen y delitos informáticos. Los nuevos tipos penales en la era de internet*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 2018, pp. 173-182.

regulación deben acompañarse de especialistas capacitados de la misma forma que los cibercriminales, para dar fe de los avances necesarios a realizarse en las legislaciones a medida que los cambios sean imprescindibles para evitar y entender las penas y sanciones que deberán aplicarse a cada caso.

Ahora bien, en base a lo visto es posible concluir que la inclusión del hacking ético, el proceso de testing de softwares y test de penetración en los sistemas actuales permiten que las políticas de seguridad y los controles lleguen a garantizar la protección incluso total de la información y los datos. Los códigos de ética informática son herramientas esenciales para tener referencia del profesionalismo de los hackers éticos, con los principios que evidencien la importancia de poder evitar delitos desde la moralidad y conocimiento de la ley, la responsabilidad y el respeto por los accesos a la información privada. Nuevamente, las figuras delictivas y los especialistas que ayudan a prevenir y combatir este tipo de conductas son, ni más ni menos, dos caras de una misma moneda, que necesita retroalimentarse de las actividades del otro para poder continuar con su accionar.

Es por lo que a la hora de analizar la letra fría de la norma que sanciona el acceso indebido a los sistemas informáticos, debe valorarse la conducta del agente, en función de que no toda persona que accede a un determinado sistema informático lo hace con el objetivo de ocasionar un daño o en contra de la autorización de su titular. Entonces, resulta necesario que el ordenamiento jurídico contemple verdaderas excepciones a la regla y conceda a los operadores judiciales las herramientas necesarias para poder valorar o discriminar cada caso en concreto, facultando la posibilidad de discernir la intencionalidad o las consecuencias que se derivan de los actos realizados por el hacker. Esto se podría realizar a partir de una causa de justificación expresa en la ley, lo que requeriría una reforma legal. Pero también se podría lograr mediante una aplicación analógica del art. 152 CP a los casos de hacking ético.

VII. Bibliografía

BORIZI CIRILLI, Fernando A., “Cibercrimen y evidencia digital: problemática probatoria”, en *Cibercrimen y delitos informáticos. Los nuevos tipos penales en la era de internet*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 2018, pp. 173-182.

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1992.

DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. IIA, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.

GARCÍA, E. F., “Desafíos jurídicos interdisciplinarios de la ciberseguridad nacional: apuntes ‘de lege ferenda’”, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N° 37, 2021, pp. 75-118.

GRADIN, Carlos, “Presentación”, en *Internet, hackers y software libre*, Fantasma, 2004, pp. 9-11.

GUTIÉRREZ, R., RADESCA, L. C. y RIQUERT, Marcelo A., *Violación de secretos y de la privacidad*, Asociación Pensamiento Penal – Código Penal Comentado de Acceso Libre, 2013.

HART, H. L. A., *Castigo y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

HIMANEN, Pekka, *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, Barcelona, Destino, 2004.

MORESO, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, 2001, pp. 525-545.

PALAZZI, Pablo A., “Breves comentarios a los proyectos legislativos sobre delitos informáticos”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, N° 8, 2006, p. 1531.

ROIBÓN, M. M., “Reflexiones sobre el acceso ilegítimo a un sistema o dato informático”, en PARADA, R. A. (dir.), *Ciberdelitos y delitos informáticos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 2018, pp. 134-138.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, t. I, Madrid, Civitas, 1997.

SÁNCHEZ AVILA, M. Á., *Hacking ético: impacto en la sociedad*, Universidad Piloto de Colombia, 2019.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, TEA, 1992.

BRANCA (2024), “La protección legal de los hackers éticos”, pp. 52-70.

VÁSQUEZ, M. D., *Técnicas anti-forenses informáticas*, 2016.

IGNORANCIA DELIBERADA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: ¿UN ESTÁNDAR DE RESPONSABILIDAD PENAL SUBINCLUSIVO?

Noelia MATALONE (UBA)*

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2025

Resumen

La ignorancia deliberada constituye una base de imputación subjetiva escasamente explorada ante la Corte Penal Internacional. El estándar vigente sobre la responsabilidad penal individual resulta subinclusivo: únicamente el artículo 28.a del Estatuto de Roma admite la fórmula “hubiere debido saber” respecto del jefe militar, mientras que los superiores civiles (artículo 28.b) y los autores y partícipes en general (artículo 25) quedan al margen, sin que se advierta una razón sustantiva que justifique esa diferencia. El trabajo reconstruye el problema, examina las principales vías propuestas para afrontarlo (la reinterpretación del dolo, la tesis de la equivalencia, el tratamiento de la ignorancia deliberada como indicio de dolo y el recurso a la *actio libera in causa*) y fija una posición sobre el alcance y los límites de la figura en el derecho internacional penal.

Palabras clave: Ignorancia deliberada – Responsabilidad penal individual – Corte Penal Internacional – Elemento subjetivo – Derecho internacional penal

Title: *Wilful blindness before the International Criminal Court: a sub-inclusive standard of criminal responsibility?*

Abstract

Wilful blindness is a scarcely explored basis of subjective attribution before the International Criminal Court. The standard currently governing individual criminal responsibility is sub-inclusive: only Article 28(a) of the Rome Statute admits the “should have known” formula with respect to the military commander, whereas civilian superiors (Article 28(b)) and perpetrators and accomplices in general (Article 25) are left aside, without any substantive reason justifying that difference. This paper reconstructs the problem, examines the main avenues proposed to address it (the reinterpretation of intent, the equivalence thesis, the treatment of wilful blindness as

* El presente trabajo es una versión revisada de mi tesis de maestría presentada y aprobada por la Universidad Torcuato Di Tella en noviembre de 2023. Se agradecen comentarios y sugerencias a: nmatalone@derecho.uba.ar

evidence of intent, and the recourse to *actio libera in causa*) and takes a position on the scope and limits of the doctrine in international criminal law.

Keywords: Wilful blindness – Individual criminal responsibility – International Criminal Court – Mental element – International criminal law

Sumario: I. Introducción; II. Interpretación estándar del derecho aplicable sobre la responsabilidad penal individual en el derecho internacional penal; III. Problemas de la subinclusión; IV. La ignorancia deliberada como base de imputación subjetiva; V. Actualización y equivalencia; VI. Ignorancia deliberada como indicio de dolo; VII. Acciones libres en su causa; VIII. Conclusión; IX. Bibliografía

I. Introducción

De acuerdo con el sistema de fuentes previsto en el Estatuto de Roma (en adelante, ER) la teoría de la responsabilidad individual ante la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) se compone de un elemento objetivo (los modos de participación) y de un elemento subjetivo (el estado mental correspondiente a cada uno). El elemento objetivo se informa de dos aristas. La primera, llamada *intervención*, estudia las contribuciones comisivas de autores, cómplices e instigadores (art. 25 ER). La segunda arista, denominada *extensión* por responsabilidad de mando, se encarga de las omisiones de los superiores jerárquicos (art. 28 ER).

En la faz de intervención hay un concepto muy amplio de participación criminal comprensivo de cualquier contribución causal a un crimen internacional, lo cual es especialmente importante para imputar líderes en organizaciones jerárquicas que actúan por vía de la coautoría mediata por aparato organizado de poder. La faz de *extensión* de la responsabilidad refiere a las formas de expansión de la imputación, principalmente la responsabilidad del superior jerárquico, en la cual los criterios de atribución se formulan a través de infracciones a un deber que emana de su posición de garante.¹

La distinción entre *intervención* y *extensión* consiste en que la primera conlleva la realización de conductas comisivas vinculadas con la teoría del dominio por organización, mientras que en la

¹ AMBOS, K., “Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya”, Disponible (en línea): <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/48040> consulta: 26/10/2022, p. 22.

segunda cobra relevancia la responsabilidad de los jefes por el mando y la omisión.² Esta categorización es importante porque impacta directamente en el elemento subjetivo que se exigirá en uno y otro caso³.

Ahora bien, el elemento subjetivo comprende los diversos grados de estados mentales requeridos de modo diferencial para la responsabilidad por *intervención* y por *extensión*. Respecto de autores, cómplices e instigadores (art. 25 ER) se exigirá conocimiento e intención y, según la jurisprudencia, se admite solo dolo directo (art. 30 ER). Para los jefes militares, en cambio, se admite, indistintamente, dolo, negligencia e ignorancia deliberada.

Desde los juicios militares por los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, la teoría de la responsabilidad en Derecho Internacional Penal ha ido fluctuando su contenido y modo de atribución. En ese entonces, había fuertes presunciones acerca del conocimiento con base en las actividades peligrosas (deber general) y el cargo oficial (deber concreto). Básicamente, la razón consistía en que el carácter extraordinario de los hechos criminales que se estaban juzgando justificaba la ampliación de los límites para imputar penalmente a los acusados. Durante la experiencia de los tribunales *ad hoc* en los años 1990, si bien la atribución de responsabilidad seguía consistiendo en reglas severas, se produjo un alejamiento de algunos aspectos de las justificaciones de aquéllos precedentes. Esta tendencia se acentuó aún más en el Estatuto de la CPI produciendo un déficit en materia de imputación por crímenes internacionales. Esta impresión constituye nuestro punto de partida.

En orden a esquematizar el presente artículo, primeramente, desarrollaré la interpretación actual de la responsabilidad por crímenes internacionales. Allí demostraré que conforme el estándar predominante, la Corte Penal Internacional aplica un umbral bastante alejado de la interpretación tradicional del Derecho Internacional Penal previamente reseñada y existen buenas razones para considerar que el estándar actual de responsabilidad penal por crímenes internacionales es *subinclusivo* ya que, salvo para el jefe militar (art. 28.a ER), no se admite la ignorancia deliberada. Esto no debería ser así porque excluye una gran cantidad de casos sin una razón relevante, entre

² AMBOS, Kai, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. E. Malarino, Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, p. 74.

³ Estas tres dimensiones de la responsabilidad, según Ambos, pueden ser consideradas como principios generales de derecho penal internacional universalmente reconocidos, más allá de su consagración textual en los arts. 25, 28 y 30ER. Cfr. AMBOS, Kai, *supra* nota 1, p. 22.

ellos a los jefes civiles (art. 28.b ER) y quienes cometen los crímenes de propia mano, ayudan o los instigan (art. 25 ER).

En segundo término, se delimitará cuáles son las objeciones a tal subinclusión. En este contexto, el argumento central de este trabajos se identifica en que existe un problema jurídico con consecuencias prácticas lamentables, puesto que la interpretación *subinclusiva* se contradice con la premisa central del Derecho Internacional Penal que consiste en la rendición de cuentas, dado que este estándar ciertamente asegura la impunidad de una porción considerable de agentes que han colaborado con la causación de los crímenes internacionales, sin que haya motivos razonables para tal exclusión.

En tercer lugar, se brindarán los motivos para incluir a la ignorancia deliberada como base de la imputación subjetiva en Derecho Internacional Penal. Puntualmente, entiendo que la ignorancia deliberada debe formar parte de los estados mentales atribuibles a título de dolo, además de a los jefes militares, a todos los autores, partícipes e instigadores acusados por la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, existe una fuerte resistencia dogmática a esta posición bajo el fundamento de que el art. 30 ER, al establecer la *mens rea* y requerir conocimiento e intención, excluye tácitamente tanto la negligencia como la ignorancia deliberada.

Así, en cuarto lugar, frente a este problema se analizarán críticamente algunas soluciones disponibles en la literatura jurídica. Por una parte, algunos autores proponen la actualización de la dogmática a través de una reinterpretación teórica de la noción de dolo comprensiva, alternativamente, de conocimiento (e intención) e ignorancia deliberada. También, encontraremos posiciones que sugieren que la ignorancia deliberada puede ser equivalente e incluso reemplazar al conocimiento tradicional. Las principales objeciones a estas propuestas radicarán en el principio de legalidad, tanto formal como material y, concretamente, la prohibición de analogía *in malam partem*.

Por lo expuesto, se investigarán otras alternativas. Así, en quinto lugar, indagaré si es posible considerar a la ignorancia deliberada como un indicio de conocimiento en sentido meramente probatorio, de modo de no alterar el elemento mental de *lege lata* ni *lege ferenda*, ni violar el principio de legalidad. Es decir que, en lugar de seguir analizando el problema desde el derecho de fondo, lo haremos desde el campo del procedimiento y la prueba. No obstante, si bien este argumento procesal parece muy bueno para la mayoría de los casos, continúa siendo una manta corta porque no comprende algunos supuestos en los que el tipo penal exige algo más que el dolo general (por ejemplo, dolo específico, elementos subjetivos distintos del dolo, etc.). En este sentido, puede

considerarse a la ignorancia deliberada como evidencia circunstancial del conocimiento general, pero resulta muy forzado extenderlo para probar otras motivaciones subjetivas requeridas por los elementos específicos de algunos actos subyacentes dentro del elenco de crímenes internacionales,⁴ que no son pocos.

En sexto y último lugar, en la búsqueda de otra propuesta que cubra todos los escenarios, tanto los que exigen dolo general como los demás, existen algunos doctrinarios que proponen, para casos domésticos, que los supuestos de ignorancia deliberada sean resueltos de igual modo que las acciones libres en su causa. Es decir, del mismo modo que es responsable quien comete un delito en estado de inconsciencia provocada por una acción previa y voluntaria, en la ignorancia deliberada también se debe responder por toda decisión dolosa de no informarse que sea anterior al hecho. Por ello, el último aporte consiste en establecer los fundamentos por los cuales se puede trasladar esa solución de dogmática común hacia los crímenes internacionales.

Una conclusión identificará las principales proposiciones que aquí defenderé.

II. Interpretación estándar del derecho aplicable sobre la responsabilidad penal individual en el derecho internacional penal

De acuerdo con el sistema de fuentes que constituye el Derecho aplicable por la Corte Penal Internacional, los modos de responsabilidad penal individual están regulados *-numerus clausus-* en los arts. 25(3) y 28 ER.⁵ El art. 25(3)(a) ER establece tres formas de autoría: directa (“por sí solo”), co-autoría (“con otros”) y mediata (“por conducto de otro”). En los *sub* párrafos (b) y (c) se consagran otros modos de participación criminal, que suponen distintos niveles de responsabilidad, tales como “ordenar”, “solicitar” o “inducir”. Estos tres verbos incluyen la instigación *-sub* párr. (b)-⁶ y cualquier otra forma de complicidad: colaboración, asistencia, ayuda o encubrimiento, con el

⁴ La CPI ha analizado desde hace más de una década conductas desplegadas con dolo específico ya desde el caso *Al Bashir*. En la Segunda Orden de Arresto de *Al Bashir* se estableció que éste obró con dolo específico de destruir parcialmente a los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa, de conformidad con los criterios asentados por la Sala de Apelaciones respecto de la Primera Orden de Arresto. Cfr. CPI, SCP I, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-95, Orden de arresto, 12/7/2010.

⁵ AMBOS, K., “Principios generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Revista De Derecho (Coquimbo)*, n° 8, 2001, pp. 199-229. Disponible (en línea): <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2185>.

⁶ Efectivamente, la versión en lengua francesa del Estatuto de Roma refiere a “sollicite ou encourage” utilizando, entonces, una forma de instigación que expresa el término inglés “induce”.

fin de facilitar -*sub* párr. (c)-. Todas estas contribuciones y aportes son comisivos y requieren una conducta activa por parte del agente.

Por su parte, el art. 28 ER criminaliza las omisiones del superior jerárquico⁷ y distingue expresamente el mando militar del civil.⁸ Esta clasificación responsabiliza al comandante militar por tres alternativas: conocimiento (dolo), *hubiere debido saber* (ignorancia deliberada) y negligencia. En cambio, el jefe civil responde únicamente por conocimiento⁹ y solo puede ser acusado cuando ignore “conscientemente la información que claramente indicaba que los subordinados estaban cometiendo o se proponían a cometerlos” -art. 28(b)(i) ER-.¹⁰ Así, en la responsabilidad de mando se imputan las infracciones a la norma que conmina al comandante a actuar, es decir, cumplir con los deberes en función de la posición de garante originada en su cargo jerárquico. Primordialmente, esta forma de atribución comprende omisiones, por consiguiente el jefe militar puede ser imputado, ya sea por la ausencia de control sobre sus subordinados, o bien por no prevenir ni reprimir la comisión de los crímenes en curso.¹¹

Los presupuestos del factor subjetivo general están previstos en el art. 30 ER, que exige que, para ser penalmente responsable, una persona deberá actuar “con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen” en cuestión. No obstante, la fórmula de “conocimiento e intención” no fue siempre pacíficamente aceptada.¹² Durante los trabajos preparatorios del Tratado

⁷ CPI, SA, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3636-Red, Judgment on the appeal, 8/6/2018, párr. 5.

⁸ Si revisamos las normas previas al Tratado de Roma, tales como los IV Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo Adicional I de 1977, no se observa esta diferenciación; cuestión relevante si deseamos rastrear los antecedentes y evolución de esta norma en dichas fuentes consuetudinarias, ya que resultan de vital importancia para las leyes y usos de los conflictos armados.

⁹ Esta distinción entre militares y civiles fue bastante criticada por varias de las delegaciones en las negociaciones de Roma.

¹⁰ El art. 28 ER establece distintos criterios subjetivos para militares y civiles; el estándar *hubiere debido saber* (“should have known”) se aplica a los comandantes militares pero no a los jefes civiles. Van Sliedregt afirmó que la distinción del elemento cognitivo entre jefes militares y civiles va en contra de precedentes que reflejaron derecho consuetudinario internacional acerca de los principios de la responsabilidad del superior, tales como los casos *Celebici* y *Kayishema*. *cfr.* VAN SLIEDREGT, E., *Individual criminal responsibility in international law*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 201-202.

¹¹ AMBOS, K., *supra* nota 6.

¹² En febrero de 1997 el Comité Preparatorio se inclinó por la fórmula acumulativa, que efectivamente fue adoptada en la Conferencia de Roma de 1998, bajo el fundamento de que un agente no puede realizar una acción o causar un resultado intencionalmente a menos que tenga también conocimiento de las circunstancias en las cuales esa acción o consecuencia fueron efectuadas. *Cfr.* PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., “Article 30. Mental element”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, 3a. ed, C.H.BECK-Hart-Nomos, Munich, 2016, p. 1117.

de Roma se discutió si estos componentes del dolo eran conceptos disyuntivos o conjuntivos.¹³ En efecto, los términos “conocimiento” e “intención” podrían considerarse dos tipos distintos de elemento mental.¹⁴ Sin embargo, de conformidad con los precedentes iniciales de la CPI y la doctrina, la fórmula se refiere a ambos como integrantes necesarios de la *mens rea*.¹⁵ Por tal motivo, la acumulación aseguraría que, a pesar de que el conocimiento de una circunstancia particular sea un elemento del crimen, el sujeto no puede ser penalmente responsable, a menos que los otros elementos materiales sean cometidos también con intención¹⁶ de conformidad con la interpretación de la norma referida.¹⁷

Entonces, cada crimen internacional requiere tanto la intención (de participar en la línea de conducta) como el conocimiento (de las consecuencias y circunstancias) de los elementos materiales que lo constituyen.¹⁸ En este sentido, entiendo que la redacción del Estatuto resulta desafortunada porque excluye un elenco importante de opciones de imputación. Al respecto, KLAMBERG explica que en sistemas penales del *common law* el conocimiento puede ser incluso un tipo de intención (probabilidad cercana a la certeza); en la tradición romanista el conocimiento es un requisito que va junto con la voluntad para hablar de intención. En el derecho penal comparado, el conocimiento se encuentra comprendido en la intención, ya sea como parte o como una forma de él.¹⁹

Hay autores que sostienen que el art. 30 ER consiste en una norma dinámica, ello pues su aplicación opera excepcionalmente,²⁰ es decir que es una cláusula por *default* porque se utiliza cuando los crímenes en particular no prevén un elemento subjetivo específico.²¹ VALLINI la denomina “cláusula de reserva”, porque se aplica solo cuando no hay otra norma en el sistema de

¹³ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. II, Compilation of Proposals, UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 22, UN Doc. A/51/22 (1996), p. 92.

¹⁴ KLAMBERG, M. (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, TOAEP, Bruselas, 2017, p. 314.

¹⁵ CPI, SCP I, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, 30-9-2008, párr. 529.

¹⁶ Pigaroff y Robinson han especulado con que esa fórmula legal es el producto de la negociación del tratado y que habría sido importado de otros instrumentos internacionales, tales como los IV Convenios de Ginebra de 1949, o bien, que ciertas delegaciones deseaban despejar dudas acerca de la naturaleza intencional de los delitos previo a acceder a su inclusión en el Estatuto. Cfr. PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1117.

¹⁷ CPI, SPI VI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2359-tFRA, Judgment, 8/7/2019, párr. 735.

¹⁸ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1117.

¹⁹ KLAMBERG, M. (ed.), *supra* nota 15, p. 314.

²⁰ *Idem*.

²¹ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1118.

fuentes que se ajuste mejor al caso concreto.²² Esto significa que el art. 30 ER, como toda norma general, se aplica siempre que no exista otra específica que la desplace. Puntualmente, se ofrecen tres supuestos en los que ello ocurre:²³ el dolo especial del genocidio,²⁴ los elementos subjetivos distintos del dolo de algunos actos subyacentes²⁵ y la negligencia del superior jerárquico²⁶.

Ahora bien, el art. 30 ER tiene varias partes. Su párrafo (1) señala que los elementos materiales²⁷ de los crímenes deben ser desplegados dolosamente, con conocimiento e intención,²⁸ pero no define exactamente a qué se refiere con elementos materiales. Esto es parcialmente subsanado en los incisos siguientes, al asignar distintos niveles de culpabilidad para cada uno de los elementos materiales del crimen. ROBINSON señala que ello mejora la precisión de la definición del delito, proporciona una advertencia apropiada de la prohibición penal y reduce las posibilidades de una interpretación extensiva.²⁹

El párrafo (2) define el elemento volitivo del dolo al establecer que la intencionalidad sucede cuando el sujeto *se propone* incurrir en una conducta o, en relación con una consecuencia, *se determina* a causarla o *se representa* que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos. El individuo será responsable tanto por el disvalor de su conducta (acciones y omisiones), como por los resultados (las consecuencias).³⁰

El párrafo (3) conceptualiza al elemento cognitivo del dolo como la *conciencia* de que existe una circunstancia o que va a producirse una consecuencia en el curso normal de los eventos. Por lo tanto, la norma consagra el siguiente estándar general: excepto los tres supuestos ya referidos,³¹ el

²² VALLINI, A., “El mens rea”, en AMARI, E. *et al.* (coords.), *Introducción al derecho penal internacional*, trad. Yezid Viveros, Giuffré, Milán, 2009, p. 181.

²³ AMBOS, K., *supra* nota 6.

²⁴ La intención de destruir desplaza al dolo general. *Cf.* VAN DER VYVER, J., “The International Criminal Court and the concept of *mens rea* in International Criminal Law”, 12 U. Miami Int’l & Comp. L. Rev. 57 (2004), p. 71; Además, TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 538-40, 543-44, 724, 2/9/1998; Prosecutor v. Ignace Baglishema, Case No. ICTR-95-1A-T, 60, 7/6/2001.

²⁵ Agrega un requisito al dolo general, no lo reemplaza, por ejemplo, el crimen de lesa humanidad de embarazo forzado. Ver más en VAN DER VYVER, J., *supra* nota 24, p. 100; OLÁSOLO, H. y CUENCA CURBELO, S. (coords.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 110.

²⁶ La omisión del jefe puede ser con o sin intención.

²⁷ Las conductas descritas en los arts. 6 a 8 bis ER, sus consecuencias y toda otra circunstancia objetiva que deba acreditarse.

²⁸ Por ejemplo, el verbo típico, condiciones objetivas de punibilidad, modalidades comisivas de tiempo, modo y lugar, características de los sujetos pasivos o activos, etc.

²⁹ KLAMBERG, M. (ed.), *supra* nota 15, p. 315.

³⁰ CPI, SPI IX, Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-1762-Red, Judgment, 4/2/2021, párr. 2695.

³¹ Dolo específico, elemento subjetivo distinto del dolo y negligencia del superior jerárquico.

sujeto será responsable dolosamente siempre que tuviese conocimiento e intención de su conducta, circunstancias o consecuencias.³²

Con relación al grado de conocimiento, la CPI ha sostenido que el art. 30 ER no daría lugar a ningún estándar de *mens rea* por debajo del umbral del conocimiento de las consecuencias en términos de certeza práctica.³³ Sin embargo, CASSESE y GAETA opinan que hay otras formas de asunción consciente del riesgo en relación con el resultado que en derecho penal satisfacen los estándares de dolo, por lo que podrían cumplir con el requisito del art. 30 ER.³⁴ LIÑAN agrega que esta discusión de la doctrina, en torno al grado de conocimiento, pendula entre la “asunción del riesgo” y la ignorancia deliberada.

Por su parte, la intención abarca el deseo del resultado pero además un extremo cognitivo. Esto plantea una reflexión sobre qué tan probable debe ser esa consecuencia para quedar capturada en la fórmula “ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos”. Si tomamos en cuenta que la certeza es una cuestión de grados de probabilidad y que es prácticamente imposible tener certeza plena sobre las consecuencias de nuestras acciones, la ocurrencia de una consecuencia derivada de un acto concreto será altamente probable³⁵ conforme al sentido común³⁶ o al estándar causalista de “curso normal” que distingue entre certeza virtual y mera probabilidad.³⁷

³² CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, Decision on the Confirmation of Charges, 15/6/2009, párr. 355.

³³ *Ibidem*, párr. 359; SPI I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment, 5/4/2012, párr. 1011; CPI, SA, Prosecutor v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-3121-Red, Public redacted Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1/12/2014, párrs. 441 y ss.

³⁴ CPI, SCP I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the Confirmation of Charges, 29/1/ 2007, párrs. 352 y ss; Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, *supra* nota 16, párr. 251.

³⁵ En este momento quizás resulte confuso estudiar el estado mental a partir del abordaje de cursos normales porque lo primero es psicológico y lo segundo es fáctico. No obstante, lo que puede aclarar la cuestión es que debemos limitarnos a la normativización de la representación agencial de ese curso normal.

³⁶ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1122.

³⁷ La noción de “curso normal” requiere analizar dos conceptos: certeza virtual y mera probabilidad/riesgos improbables. En la célebre obra de Triffterer y Ambos se señala que la jurisprudencia ofrece estos dos criterios respecto del grado de probabilidad exigido por la CPI. Por un lado, parece claro que el dolo, tanto de propósito como el indirecto, abarcan las consecuencias conocidas cercanas a la certeza (“prácticamente seguro”, “sustancialmente cierto”), *cf.* CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *supra* nota 33, párr. 362). Por otro lado, parecería que los riesgos improbables o las meras posibilidades no podrían satisfacer el estándar de “ocurrirá”. Es por esta justa razón que a menudo se ha dicho que la imprudencia y el dolo eventual no están incluidas en el Estatuto de Roma, ya que comprenden, precisamente, estas meras posibilidades; *cf.* WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, 2a. ed., T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009, pp. 154–155; CRYER, R. *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp 382–383. Véase: BADAR (2009) 12 NCLRev 433 pp. 451–452; WEIGEND (2008) JICJ 471, pp. 482–484; CASSESE,

Ahora bien, el ER establece un estándar específico para la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores. De conformidad con el art. 28(a) ER la responsabilidad del superior comprende escenarios cognitivos del comandante que van más allá del conocimiento y la intención, llevándolo hacia la negligencia y, más al extremo: el “hubiere debido saber” (*should have known*) o ignorancia deliberada.³⁸ Esto implica, ni más ni menos, una posición de garantía que reviste al jefe militar, quien se encuentra obligado a tomar medidas para mantenerse informado de las actividades de las tropas bajo su mando, autoridad y control,³⁹ a efectos de prevenir, impedir o sancionar los crímenes perpetrados por sus soldados.⁴⁰ Si el comandante omite accionar en esas 3 direcciones se gatilla su responsabilidad por el obrar de sus subordinados, siempre que se satisfaga el requisito probatorio de que el superior haya sabido o haya tenido razones para saber que sus soldados estaban cometiendo crímenes o que iban a cometerlos.⁴¹

A. et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 915–916; CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *supra* nota 33, párrs. 357–359; SPI I, Prosecutor v. Lubanga Dyilo, *supra* nota 34, párr. 1011). Lo anterior apunta a la conclusión de que lo dirimente, aquí, es la estructura interna del riesgo. Si es un riesgo sustancialmente cierto (certeza virtual) la conducta satisface el umbral subjetivo. De tal modo, el criterio objetivo podría sostenerse de la siguiente manera: si el peligro era prácticamente imposible será insuficiente para formular la imputación, tal como se expidió la Corte en el caso *Bemba Gombo*, al establecer que la mera posibilidad no puede satisfacer el estándar “ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos”, *cf.* CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *supra* nota 33, párr. 363.). En el caso *Katanga*, la CPI también se inclinó por la tesis de “certeza virtual” (CPI, SPI II, Prosecutor v. Germain Katanga, No. ICC-01/04-01/07-3436, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, 7/3/2014, párrs. 770–779). En este escenario, Pigaroff y Robinson opinan que el parágrafo 3 del art. 30 ER indica que toda la discusión sobre el conocimiento deriva en que la consciencia agencial de que una circunstancia existe es una cuestión de grados (más o menos probable). El fundamento de este enunciado yace en que muchos sistemas jurídicos del mundo incluyen dentro de este factor mental los supuestos en los cuales, por ejemplo, una persona sospecha mucho del verdadero estado de las cosas, pero deliberadamente evita seguir los pasos para determinar la validez o no de su percepción, o voluntariamente cierra los ojos frente a una fuente obvia de conocimiento. Un criterio subjetivo, por el contrario, afirmará que el riesgo podría bastar si el acusado lo aceptó o estuvo de acuerdo con el conjunto de circunstancias, de un modo similar al funcionamiento del dolo eventual. Esta doctrina fue determinada por otra sala de la CPI en el caso *Lubanga Dyilo* (CPI, SCP I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *supra* nota 35, párr. 352). De todos modos, en este último caso, el tribunal aclaró que un “riesgo bajo” no es suficiente, pero al ser las consecuencias futuras siempre algo incierto, algunas consideraciones de probabilidad son necesarias (CPI, SCP I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *cit.*, párr. 1012). Este precedente parecería sugerir, según Pigaroff y Robinson, que las probabilidades sustanciales pueden satisfacer el umbral.

³⁸ Hay una distinción entre “tenía razones para saber” (contenido en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*) y “hubiere debido saber”, conforme se desprende de los trabajos preparatorios. Ya desde el Protocolo Adicional I de 1976 a los IV Convenios de Ginebra de 1949 para la responsabilidad de mando dichas categorías se consideran estados de imprudencia. No obstante, la del ER es más laxa, por lo tanto es labor de la CPI nivelarla con la primera. *Cf.* METRAUX, G., *The law of command responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 83, 87, 210 y 263.

³⁹ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1118.

⁴⁰ KISS, A., “La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS, Núm. 2016/1, p. 50.

⁴¹ MARCHUK, I., *The fundamental concept of crime in international criminal law. A comparative law analysis*, Springer, Copenague, 2014, p. 242.

Según este criterio, el factor subjetivo de atribución para la responsabilidad de mando puede cumplirse en virtud de la ignorancia deliberada como sustituto del conocimiento, en función de existió una conciencia de la alta probabilidad de la existencia de un hecho determinado, a menos que el comandante realmente crea que el hecho no existe.⁴² Esta forma de atribución de responsabilidad por omisión es única en el derecho penal, porque se castiga al comandante por no impedir los hechos cometidos por sus soldados y por perder el control sobre ellos, siempre que sea posible conservarlo.⁴³ En síntesis, los tres elementos que originan la responsabilidad del comandante militar son: la existencia de relación superior-subordinado, el conocimiento o ignorancia deliberada del superior sobre los crímenes de sus tropas, el incumplimiento del superior de sus deberes de prevenir y sancionar los crímenes.⁴⁴

Distinto es el supuesto de negligencia criminal del superior jerárquico civil, tal como prescribe el art. 28(b) ER al requerir que éstos hayan sabido, o bien, hayan descartado conscientemente la información que claramente indicaba la comisión de los crímenes por parte de sus dependientes.⁴⁵ La atribución de responsabilidad al superior civil es más indulgente que la del superior militar, ya que éste tiene el deber de establecer un sistema de disciplina militar⁴⁶ que lo mantenga informado y le brinde los recursos idóneos para tomar medidas.

⁴² Código Penal Modelo, American Legal Institute, § 2.02; PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 535.

⁴³ ROCHA, M., “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, vol. 6, pp. 9-58.

⁴⁴ PERES-LEON ACEVEDO, J. P. (2007), “La responsabilidad del superior” *sensu stricto*” por crímenes de guerra en el Derecho Internacional contemporáneo”, *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 5(10). Disponible (en línea): <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13962>. Ver además en el caso Bemba la Sala, apoyándose en la teoría del riesgo, estableció que debe existir algún tipo de causalidad entre la falta de supervisión del superior y los crímenes específicos cometidos por sus subordinados. Esta omisión debió haber aumentado el riesgo (Ambos, K., “Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso ‘Bemba’”, en Maier, Sancinetti y Schöne (dirs.), *Dogmática penal entre el naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, AdHoc, Buenos Aires, 2011, p. 28). Podemos elucubrar qué pudo haber pasado si el comandante actuaba debidamente. Al respecto, Sancinetti opina que a veces el curso hipotético explica la importancia del curso real, es decir, qué pudo haber pasado si el comandante en vez de omitir, cumplía con el imperativo legal de su posición de garante. *Cfr.* Sancinetti, Marcelo, “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, en Maier, Sancinetti y Schöne (dirs.), *Dogmática penal entre el naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, AdHoc, Buenos Aires, 2011, p. 532.

⁴⁵ FENRICK, W., Responsibility of commanders and other superiors, in CASSESE, A. *et al.* (eds), *supra* nota 38, p. 517.

⁴⁶ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1119.

III. Problemas de la *subinclusión*

Como he adelantado, considero que el marco jurídico aquí analizado resulta problemático. En efecto, podría argumentarse que de interpretarse de manera estricta, solo los comandantes están obligados a informarse. Por lo tanto, al no haber un deber normativizado expresamente para los demás agentes, éstos podrían alegar que tienen derecho a desconocer incluso en los supuestos en los que han hecho un esfuerzo por no saber algo que era a todas luces evidente o claramente impermisible, con base en el principio de reserva y de legalidad en sentido amplio, y así evadir su responsabilidad penal. Ello así pues si defendemos que los participantes sin cargo jerárquico no poseen la obligación general de informarse, sobre si su conducta derivará o no en resultados criminales, podría ser equivalente, de mínima, a otorgarles un derecho a desconocer y, de máxima, puede constituir un “premio” a no saber, también en los casos en los que el sujeto contaba con la posibilidad material de realizar un mínimo análisis acerca de la licitud de la situación. Por todo ello, se analizarán aquí distintas razones por las que esta posición restrictiva debería abandonarse.

En primer lugar, si bien el Estatuto no exige expresamente la obligación de informarse para autores, instigadores y cómplices, luce razonable pensar que es un deber general derivado de la participación en una actividad peligrosa.⁴⁷ Entonces, sí existe una norma de cuidado que consiste en no dañar, entonces informarse para evitar el resultado lesivo forma parte de dicho deber. Eludir el conocimiento no neutraliza la impermisibilidad de dañar a otros. En este sentido, en cuanto a la fundamentación del deber, PUPPE afirma que la obligación de cuidado de todo autor constituye, en la medida que este sujeto lo lesiona, un peligro no permitido del cual parte la imputación objetiva.⁴⁸ Su teoría señala que eso sucede cuando las características del comportamiento del autor son incompatibles con la norma de cuidado, constituidas por medio de sus conocimientos, y se dan plenamente en el verdadero curso causal que explica la real producción del resultado.⁴⁹

Por otro lado, la exclusión de la ignorancia deliberada como *mens rea* para la autoría y otras formas de participación se opone a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Ya desde los juicios militares por los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, se viene construyendo la idea de que es inadmisibles alegar el desconocimiento de que una actividad peligrosa puede derivar

⁴⁷ *Inter alia*: conflictos armados, despliegue de fuerzas de seguridad, operaciones militares, o cualquier otro tipo de acción estatal u organizacional que, con o sin uso de la fuerza, pueda dañar a la población civil u otros bienes o personas protegidos, etc.

⁴⁸ PUPPE, I., *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, BdeF, Montevideo, 2021, p. 198.

⁴⁹ *Ídem*.

en hechos criminales.⁵⁰ Esto plantea la posibilidad de que exista una norma consuetudinaria o un principio general más inclusivo -y adecuado- que la interpretación actual del estándar del art. 30 ER. Si observamos el trabajo de los tribunales *ad hoc*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha utilizado frecuentemente ese estándar, el concepto de *constructive knowledge* y también la ignorancia deliberada.⁵¹

En efecto, en el caso *Anto Nobile*, por ejemplo, ese tribunal determinó que no es necesario acreditar un conocimiento actual de la ilegalidad si la conducta se llevó adelante con ignorancia deliberada, es decir que es posible probar el requisito de conocimiento si el acusado sospechaba que el hecho existía, o sabía que su existencia era altamente probable, pero se abstuvo de averiguarlo porque quería poder negar su conocimiento. Por tal razón, la Sala interpretó que la culpabilidad en la ignorancia deliberada es equivalente a la del conocimiento actual.⁵² Asimismo, en el caso *RUF* el Tribunal Penal Internacional para Ruanda entendió que, a los efectos de la utilización de niños soldados, la imputación incluía tanto dolo en todos sus grados -directo, indirecto y eventual-, como también ignorancia deliberada (*should have known*), toda vez que el Estatuto establecía que el acusado podía actuar a sabiendas de la probabilidad sustancial de que el crimen se produciría como consecuencia de su conducta.⁵³ Como vemos, una redacción muy afín al art. 30 ER pero con una interpretación judicial menos subinclusiva.

Por último, y tal como se desarrollará en el siguiente punto, la interpretación normativa aquí criticada también contradice la práctica frecuente de los ordenamientos domésticos que, en general, aplican ignorancia deliberada en casos sensiblemente menos graves que los que juzga la CPI y que, naturalmente, no cuentan con comandantes, porque son hechos ordinarios suscitados en tiempos de paz. Todo indicaría que, si este concepto continúa su evolución mundial con este pulso, un pronóstico posible es que se convierta en una regla o principio general de derecho penal.

⁵⁰ Casos tales como *Pohl, Justice, Campo de Concentración Mauthausen, Campo de Concentración Dachau y Farben*, entre otros.

⁵¹ RODRIGUEZ, S., *Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war of terror*, Legal Scholarship Repository, 2014, pp. 721-722. Disponible (en línea): <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1146&context=jil>. Últ. consulta: 28/6/2023.

⁵² TPIY, SA, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1-AR77, Judgment on Appeal by Anto Nobile against Finding of Contempt, 30/5/2001. Disponible (en línea): https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp24-e/aleksovski.htm. Últ. consulta: 28/6/2023.

⁵³ TESL, SPI I, Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Judgment, 2/3/2009, párr. 250; ver también: WASCHFORTH, G., "Justice for child soldiers? The RUF trial of the SCSL", International Humanitarian Legal Studies, 2010, p. 201.

IV. La ignorancia deliberada como base de imputación subjetiva

Un camino adecuado para resolver este déficit de imputación en el ER consiste en considerar a la ignorancia deliberada como un modo de imputación dolosa por crímenes internacionales, en la medida en que esta forma de atribución captura correctamente el estado mental culpable del agente que, por un lado, produce un resultado lesivo y, por otro, se esfuerza por no tomar conocimiento actual. La ignorancia deliberada es un aspecto subjetivo que consiste en la renuncia agencialmente voluntaria al conocimiento -o vías de información- que, de haberlo tenido, habrían dado lugar indudablemente a su responsabilidad dolosa. Esta figura surge del derecho penal comparado, puntualmente, el Tribunal Supremo español suele utilizarla para casos de criminalidad organizada, tales como tráfico de drogas, blanqueo de capitales, terrorismo, entre otros.⁵⁴ Así, la ignorancia deliberada se configura si se demuestra: 1) decisión de ignorar a pesar de **sospechar**; 2) **posibilidad** o el deber de informarse, y 3) una motivación o **propósito** de beneficiarse del estado de ignorancia (indicio más que requisito).

En el mismo sentido, el derecho anglosajón utiliza la *willful blindness* para imputar a quien “cierra los ojos” frente a indicios reveladores de actividades ilegales o circunstancias sospechosas.⁵⁵ En el precedente *Regina v. Sleep*, de 1861, se asentó que la **decisión** de abstenerse de obtener información merece una reacción penal equivalente al conocimiento efectivo.⁵⁶ En 1899, el *obiter dictum* del caso *Spurr v. United States*, identificó un propósito infractor en el agente ciego ante los hechos, el cual puede presumirse cuando el sujeto se mantiene deliberadamente en la ignorancia acerca de la ilicitud, o bien cuando muestra una grosera indiferencia respecto de su deber de asegurar tal circunstancia.⁵⁷

En Latinoamérica por ejemplo, el Código Penal colombiano establece el contenido del dolo que comprende, según María Laura MANRIQUE PÉREZ, una compatibilidad con la ignorancia deliberada por la determinación de la voluntad hacia el delito.⁵⁸ En contra, SOCHA MAZO⁵⁹ pone en

⁵⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 22.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

⁵⁶ Cita tomada de Robbins, en “JCJL”, 81 (1990), p. 196, que expone las referencias originales.

⁵⁷ 174 US 728 (1899), p. 735; LUBAN, D., *Contrived Ignorance*, en Georgetown University Law Center, n° 87, 1999, ps. 967 a 971.

⁵⁸ Cfr. MANRIQUE PEREZ, M., *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 61 y ss.

⁵⁹ SOCHA MAZO, J., *La ignorancia deliberada en derecho penal: su incompatibilidad con el C.P. colombiano*. Medellín, 2021. Disponible (en línea): <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/29623>

duda que la ignorancia deliberada sea viable en el derecho penal de Colombia, a pesar de que en el año 2000 el Tribunal Supremo de ese país haya empezado a utilizarla, porque el concepto legal de dolo exige el conocimiento y su reemplazo violenta el principio de legalidad. En Argentina, contamos con los casos *Iriart* (2003) y *Storchi* (2009).⁶⁰ En el fallo *Iriart* la Cámara Nacional de Casación Penal estableció que basta con que el acusado se encuentre en condiciones razonables para poder enterarse y que su negativa de haber tomado conocimiento es irrelevante, porque basta con probar que las circunstancias lo hicieran arbitrar los medios para conocer. En el precedente *Storchi* la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional expresó que obrar de forma contraria a las obligaciones a cargo representa un supuesto de ceguera ante los hechos toda vez que lo evidente es directamente descartado para actuar y ello debe ser considerado como dolo.⁶¹

En la ignorancia deliberada, entonces, hay una falta de representación arbitraria -distinta a la culpa sin representación- que, al igual que en los casos de representación óptima, comunica un desacuerdo objetivo con la regla, pero en este caso por provocación o desafío. Es decir, desde el punto de vista de un observador objetivo, el autor se comporta de un modo desafiante contra la regla.⁶² Por ello, la reprochabilidad no será más o menos grave en razón de la racionalidad o irracionalidad epistémica del estado mental, sino en la medida de que ese estado mental haya sido obtenido racional o irracionalmente. El efecto comunicativo del apartamiento de la regla es más intenso cuanto más objetivamente previsible resulta, pues el grado de previsibilidad determina cuán orientado está el autor en el mundo.⁶³

Ahora bien, existe una discusión genuina acerca de si esta figura es efectivamente equiparable al dolo. Supongamos un caso de transporte de estupefacientes en el que un cadete transporta droga en su motocicleta. El cadete lo sospecha por el contexto en que se dieron las circunstancias (remitente anónimo, gran pago por el traslado, actitud sospechosa tanto del remitente como del destinatario, zona del itinerario, tamaño del bulto y forma de pago, entre otros). No obstante,

⁶⁰ cit. en HUERGO, M., “Nuevas tendencias en torno al dolo”, Revista Intercambios, UNLP, 2019, p. 13.

⁶¹ Manuela Lopérfido, a través del análisis de jurisprudencia argentina, concluye en que la ignorancia deliberada es pasible de ser empleada en nuestro sistema interno, *vid.* LOPERFIDO, María Manuela, “Delegación administrativa e ignorancia deliberada: la imputación penal subjetiva en casos de delitos cometidos por funcionarios públicos” en Repositorio Digital de la Universidad de San Andrés. Disponible (en línea): <http://hdl.handle.net/10908/1834>. Últ. Consulta: 22/7/2023. En contra, María Laura Manrique se opone porque -a diferencia de otros ordenamientos- no existe espacio legal para emplearla ya que la única opción sería el dolo eventual, por lo que solo la admitiría como un supuesto de imprudencia.

⁶² PÉREZ BARBERÁ, G., “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, Cuadernos de Derecho Penal N. 6, 2011, pp. 30-31.

⁶³ *Ibidem*, p. 31.

decide continuar el viaje como si nada pasara. En lugar de abrir el paquete o negarse a hacer el viaje, “cierra los ojos” y sigue adelante, porque quiere cobrar el envío (esta es la motivación o finalidad).

Según FEIJOO SÁNCHEZ, si el cadete es detenido no podrá decir que no sabía lo que llevaba en su moto. Ya desde el *leading case United States v. Jewell* quien no sabe exactamente lo que transporta, pero algo sospecha, actúa con dolo respecto de las posibilidades razonables.⁶⁴ El problema es que en realidad no lo sabe con precisión (sabe que es ilícito pero no sabe exactamente qué es: droga, pornografía infantil, dinero para un soborno, documentos falsos). El *quid* del asunto es que debió saberlo porque los datos objetivos lo conminaban a despejar su sospecha de la ilegalidad del hecho pero tomó la decisión de desentenderse: esa es la asunción del riesgo que lo tiñe de intención a pesar de que no esté tan claro que tuviese certeza sobre los hechos.

De acuerdo con ese criterio, entiendo que es posible imputar a los autores y cómplices de crímenes internacionales por ignorancia deliberada. En el caso *Regina v. Finta*,⁶⁵ la justicia canadiense sostuvo que la *mens rea* de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra puede satisfacerse con ignorancia deliberada, si se logra probar que el acusado intencionalmente cerró los ojos frente a los hechos o circunstancias. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia también siguió este criterio en el célebre caso *Tadic* al decir que la ignorancia deliberada es equivalente al conocimiento si el perpetrador sabe, si es que no tiene la certeza, que existe al menos la posibilidad de que un delito ocurrirá o que pueden ocurrir las consecuencias por las que sería responsable. Ello así pues esto denota la disposición mental de alguien que no quiere saber lo que en realidad ya sabe o prevé y finge ignorancia para eludir su responsabilidad.⁶⁶ Por lo tanto, el contenido del dolo del autor o partícipe, que no ejerza un cargo jerárquico, ancla su imputación en la decisión de no ejecutar ciertas medidas de prevención, sanción o esclarecimiento de sus sospechas frente a hechos criminales. Esta determinación a no saber constituye los cimientos de su culpabilidad.

Ahora bien, es cierto que podría no existir un deber jurídico concreto de conocer en derecho internacional penal -salvo para el comandante-, como sí lo tienen los sistemas nacionales. No obstante lo cual podemos sostener una normativización del conocimiento que, frente a hechos sospechosos, le impida al sujeto desligarse de responsabilidad alegando el desconocimiento (que el mismo se provocó). El reproche hacia este agente se sostiene en su mala fe al abstenerse de

⁶⁴ FEIJOO SANCHEZ, B., “Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, en *Discusiones XIII*, n° 13, 2/2013, pp. 101-138, p. 106.

⁶⁵ R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, 819; see also 1 S.C.R. at 765 (La Forest, J., en disidencia).

⁶⁶ VAN DER VYVER, J., *supra* nota 24, p. 75.

informarse y en la búsqueda de la premiación/impunidad por “mejor no saber”. Por estas razones, el concepto de ignorancia deliberada constituye una excepción al criterio tradicional de conocimiento efectivo, cuando una persona es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un crimen internacional.⁶⁷ Ello así, a menos que verdaderamente crea que el hecho o circunstancia no existen, en cuyo escenario podríamos discutir un supuesto de error de tipo como eximente de responsabilidad (art. 31 ER).

Sin embargo, autores como Kai AMBOS se oponen al uso de la ignorancia deliberada como base de imputación subjetiva porque lo asocia a las presunciones *iure et de iure* del dolo que sirvieron para imputar a los nazis en función de su cargo jerárquico. Este tipo de presunciones permitieron que los juicios militares se llevaran adelante “simulando” el conocimiento de los acusados, bajo el argumento de la ostensible punibilidad de los hechos investigados.⁶⁸ Es menester señalar que esta objeción no es tal. La ignorancia deliberada no es una presunción de conocimiento sino un indicio de dolo,⁶⁹ que debe ser normativizado para obtener una aplicación estable. Puntualmente, este ensayo no propone que tengamos por acreditada la *mens rea* automáticamente en función del cargo jerárquico del partícipe, sino que se pueda inferirse a partir de evidencia circunstancial y del beneficio obtenido por el acusado al seguir adelante con una actividad que era objetivamente peligrosa y de la cual concretamente sospechaba que era ilegal.

Así, la ignorancia deliberada se distingue de la falta de conocimiento, tomando lo dicho por la CPI: la reacción esperable de alguien que no sabe de los sucesos no es disfrazar los hechos para negar que se hayan cometido crímenes buscando su encubrimiento, sino una sorpresa genuina. Negar y encubrir son maniobras desplegadas con el fin de promover la actividad criminal.⁷⁰

⁶⁷ La probabilidad alta de riesgo se traduce en una aceptación de la comisión del crimen, similar a la teoría del consentimiento *cf.* TPIY, Appeal Chamber, Prosecutor v. Braskic, IT-95-14, Judgement, 29-7-2004, párr. 34 y ss.

⁶⁸ AMBOS, K., *supra* nota 3, p. 83.

⁶⁹ Si observamos el caso *Farben* el Tribunal de Nuremberg sostuvo que deben realizarse legítimas y razonables inferencias a partir del hecho de que el acusado ocupó una determinada posición, convirtiendo la presunción *iure et de iure*, en *iuris tantum*, ya que el sujeto puede contrarrestar las inferencias (U.S. v. Carl Krauch et al. (the *Farben* case), reprinted in VIII Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (Washington, D.C: GPO, 1949). En cuanto a estas presunciones *iuris tantum* producidas con base en deducciones de los hechos, el tribunal sentenció que al considerar la voluminosa cantidad de evidencia y circunstancias del caso, no debe valorarse la conducta del sujeto *ex post*, sino que debe buscarse determinar su conocimiento, ánimo y motivos tal como sucedió o debió haber sucedido al tiempo de los hechos (Voto del Juez Herbert).

⁷⁰ CPI, SCP I, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-465-Red, Decision on the Confirmation of charges, 16/12/2011, párr. 126-127.

Ahora bien, no es menos cierto que existen personas perezosas, temerosas o que toman la actitud de un “avestruz” para no tener problemas. Sin perjuicio de ello, solo una mente criminal puede tomar la decisión de encubrir o ignorar voluntariamente la verdad de los hechos, cuya revelación está materialmente a su alcance, con el exclusivo fin de sustraerse de responsabilidad penal. Por ello es que la interpretación actual del dolo resulta una “manta corta” para analizar la configuración de los crímenes internacionales y, por lo tanto, deben estudiarse teorías que revisen el contenido de la *mens rea*. La necesidad de hacerlo radica en que el obrar de estos sujetos es doblemente disvalioso: desean la consumación del crimen y además especulan con salir impunes.⁷¹

Si analizamos la aplicación textual de la ignorancia deliberada en el Estatuto respecto de la responsabilidad de mando, es generalmente aceptada ya que la posición privilegiada de garante que reviste al superior jerárquico también da lugar a la suposición de su conocimiento de los hechos, si es que existe la posibilidad -incluso remota- de ser consciente de los crímenes o del riesgo de su producción.⁷² Por este motivo es que hay buenas razones para atribuir responsabilidad al jefe militar en los términos del art. 28 ER con base en su ignorancia, sea deliberada o imprudente. Pero si acercamos la lupa sobre los fundamentos que informan al contenido de esta tipicidad subjetiva, no hay buenas razones para excluir a otras formas de autoría,⁷³ independientemente de que existen diferencias objetivas en cuanto a la conducta agencial, entre las omisiones del superior y las formas de intervención del art. 25 ER.⁷⁴

Ello así, puesto que la ignorancia deliberada ha sido utilizada de modo consistente en distintos sistemas, tal como fue reseñado. Con claridad se observa que tales vías de atribución subjetiva han alcanzado a todo el elenco de intervinientes en hechos desplegados, no solo de forma mancomunada (por ejemplo, trata de personas u otras formas de criminalidad compleja y organizada), sino también individuales (tales como, casos de contrabando, fraude fiscal o transporte/almacenamiento de estupefacientes, entre tantos otros).⁷⁵ Este estándar parece más compatible con la naturaleza de los

⁷¹ En derecho penal, este tipo de ultraintenciones son más gravemente sancionadas, porque ostentan un mayor desprecio por el bien jurídico, v.gr. homicidio *criminis causae*.

⁷² AMBOS, K., *supra* nota 3, p. 83.

⁷³ MARCHUK, I., *supra* nota 42, p. 242.

⁷⁴ Por cuanto éstas reclaman la realización de una acción causalmente positiva por parte del agente, en una posición de autoridad o no, mientras que la responsabilidad de mando implica abstenerse de tomar medidas o no satisfacer el nexo de evitación.

⁷⁵ Tomando en cuenta que incluso en casos de criminalidad doméstica agentes, que ni lejanamente son responsables jerárquicos, pueden ser imputados por la representación remota del riesgo que los conduce a colocarse en una posición de desconocimiento, es decir, la sospecha de que algo ilícito está en ciernes, con mucha más razón deben ser alcanzados por el brazo de la justicia penal aquellos que *ab initio* se involucran en actividades o conductas peligrosas, tales como, un conflicto

crímenes internacionales, pero no es recogido por la CPI. La interpretación actual, entonces, es discutible porque conduce a la impunidad de quienes obran con temeridad subjetiva, es decir, que se abstienen deliberadamente de indagar a pesar de que los medios de conocimiento están disponibles.⁷⁶

V. Actualización y equivalencia

Conforme lo desarrollado hasta ahora, parece evidente la necesidad de revisar la interpretación del umbral subjetivo exigido en el art. 30 ER de modo tal que incluya, además del conocimiento (e intención), las ignorancias dolosas de los hechos, en igualdad de posición. La primera posibilidad que exploraré aquí es equiparar la ignorancia deliberada al dolo.

SÁNCHEZ MÁLAGA recoge precedentes del derecho penal angloamericano para extraer el criterio de que el conocimiento incluye a la ignorancia deliberada.⁷⁷ Por ejemplo, en el caso *Taylor's Central Garages Ltd. v. Roper* (1951) se sostuvo la fórmula “debiera haber sabido” para imputar un delito común, precisamente como el ER lo hace para los superiores militares. Así, el estado mental se encuentra construido por: conocimiento actual (creencia verdadera), conocimiento de segundo grado (ignorancia deliberada) y conocimiento de tercer grado (ausencia de conocimiento por negligencia).⁷⁸ Más aún, para WILLIAMS es esencial la equivalencia entre la ignorancia deliberada y el conocimiento, pero con una aplicación limitada: el agente sospecha del ilícito y es consciente de su probabilidad, pero se abstiene de confirmarlas ya que, de ser cierta su sospecha, podría negar su conocimiento. Esta maniobra tiene como fin engañar a la administración de justicia,⁷⁹ siendo un motivo más para no excluir este factor subjetivo de las formas de reproche.

Pero más allá de lo que pase en algunos ordenamientos nacionales, la definición de dolo del ER para autores, partícipes e instigadores es compatible con la ignorancia deliberada al introducir el término “conciencia”. Notables juristas en este campo, tales como CASSESE, sostienen que la CPI se encuentra habilitada a interpretar que el término legal “conciencia” -*vide* art. 30(3) ER- comprende a la ignorancia deliberada, dado que el art. 30 ER milita su inclusión como una forma de

armado, el uso de la fuerza o la pertenencia a organizaciones con la capacidad de desplegar los crímenes internacionales a los que alude el art. 5ER.

⁷⁶ DE THAN, C. Y HEATON, R., *Criminal law*, 4a ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 80.

⁷⁷ SÁNCHEZ MÁLAGA, A., *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 124-125.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 125.

⁷⁹ WILLIAMS, G., *Criminal law. The general part*, 2a ed., Steven & Sons Limited, Londres, 1961, p. 159.

conocimiento suficiente a efectos de que el perpetrador no escape al reproche que le cabe a su culpabilidad por cerrar sus ojos ante la verdad, a pesar de la representación de aquellos hechos que simplemente no quiere ver.⁸⁰ En este sentido, el desconocimiento voluntario podría ser equivalente a un asentimiento principalmente porque en ciertos escenarios, como los de la criminalidad en masa, deviene insostenible que el individuo no sospeche. Esta situación puede darse tanto en las intervenciones del art. 25 ER como en las del art. 28 ER, siendo indiferente si el sujeto tiene o no posición de garante u obligación de controlar. Quien se determina a no confirmar o descartar sus dudas o sospechas que se materializan en un daño a terceros debe responder, sin importar bajo qué forma de participación se lo imputa, porque en ambos casos identificamos una mente criminal.⁸¹

CASSESE entiende que éste es el estándar aplicable al interpretar el art. 30(3) ER, cuando desglosa el contenido del concepto conocimiento, porque el Tratado incluye la *conciencia* de que exista una circunstancia o de la *probabilidad* de un resultado conforme el curso normal de los acontecimientos. Por ello, en el caso *Katanga* se dijo que el art. 30(3) ER establece que, respecto de una circunstancia, el conocimiento implica la conciencia del acusado de que ella existe y, en relación con las consecuencias, implica que sepa que ocurrirá en el curso ordinario de los eventos.⁸²

Si aceptamos que la introducción del término “conciencia” en la redacción de la norma es adecuada, nos comprometemos a pensar que el dolo requerido para las participaciones del art. 25 ER y del superior jerárquico civil incluyen la ignorancia deliberada por dos motivos. El primero consiste en que la ignorancia deliberada excluye la mera imprudencia o negligencia (que son impunes según el Estatuto, salvo para comandantes); en segundo término, la ignorancia deliberada tampoco se arrima a las circunstancias eximentes de responsabilidad del art. 31 ER - *vgr.* error de tipo.⁸³

Entiendo que descartar la ignorancia deliberada solo porque el art. 30 ER no la expresa textualmente no es un argumento demasiado sólido, ya que gran parte de nuestra dogmática

⁸⁰ CASSESE, A. *et al.* (eds.), *supra* nota 38, pp. 902, 931-932.

⁸¹ *Cfr.* CHINCHÓN, J., La exigencia de un comportamiento culpable en la sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos en períodos de transición. Un análisis a la sombra de la última experiencia iberoamericana. Tesis Doctoral (Madrid: Universidad Complutense), p. 174. Disponible (en línea): <http://webs.ucm.es/BUCM/tesis//der/ucm-t29166.pdf>. Últ. consulta: 19/3/2023.

⁸² CPI, SPI II, Prosecutor v. Germain Katanga, *supra* nota 38, párr. 778.

⁸³ El TPIY ya ha descartado que la ignorancia deliberada se explique en términos de negligencia porque es una omisión intencional y no una mera infracción culposa. TPIR, Sala de Apelaciones, Prosecutor v. Baglishema, No. ICTR-95-1A-A, Judgment, 3/7/2002, párrs. 32–45; véase además, SPI II, Prosecutor v. Kamuhanda, No. ICTR-95-54A-T, Judgment, 22/1/2004, párrs. 601–610; y Prosecutor v. Muvunyi, No. ICTR-2000-55A-T, Judgment, 12/9/2006, párrs. 473–475.

funciona de esta manera, sobre todo en torno a la dogmática de los estados mentales. Pero más allá de eso, asimilar el conocimiento actual que se exige en casos domésticos al requerido en un conflicto internacional entraña una ingenuidad muy grande dado que en contextos masivos es bastante implausible que el agente opere con el mismo detalle de conciencia, acerca de todos los elementos materiales y contextuales, que en un caso ordinario. Aun así, para delitos ordinarios se recepta la ignorancia deliberada de los autores y cómplices y en el ER no. En efecto, la intencionalidad del sujeto activo no debe ser recortada al momento del hecho en sí, sino que el *iter crimis* debe valorarse integralmente, incluso retrotraerse a momentos previos para evaluar comportamientos preexistentes que hayan torcido causalmente su toma de conocimiento. En efecto, STRUIENSEE sostiene que el dolo sólo requiere “la representación de las circunstancias que fundamentan el peligro, no la conclusión de la posibilidad de una lesión”.⁸⁴

Todo esto nos lleva, nuevamente, a cuestionar el contenido del dolo en la teoría del delito. En este sentido, parece problemática la falta de representación de fuentes de peligro en casos de violaciones masivas de derechos humanos, ya que todo el contexto fáctico conlleva conductas riesgosas a gran escala que ponen en alerta a todo el elenco de intervinientes y los conmina a cumplir con la norma genérica de cuidado (no dañar).⁸⁵ Por lo tanto, obrar en estos contextos ignorando la criminalidad de acciones que derivarán en resultados ilícitos implica violar la norma de cuidado en el marco de un riesgo no permitido. Quien se conduce de este modo se desvía de la conducta esperada de una persona razonable en iguales circunstancias.⁸⁶ Esta determinación a no corroborar (voluntad de no informarse) es el factor subjetivo relevante para adjudicar al sujeto el carácter de aceptación a tal “desconocimiento”, ni bien se observa que quien no quiere saber el delito que puede conocer, provoca su propia falta de conocimiento.⁸⁷

Si aceptamos como válido ese análisis del deber de informarse, surge la cuestión de la posibilidad de hacerlo. Más allá de la fuente del deber (normativa, actividad peligrosa, etc.) es crucial determinar si era materialmente posible cumplir con el deber de cuidado, es decir de informarse y no dañar. En el caso *Tadic* el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia desarrolló una normativización del dolo al considerar suficiente un conocimiento derivado de las

⁸⁴ STRUIENSEE, E., “Exposición y abandono de personas. Los delitos de tenencia”, en *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 104.

⁸⁵ GARROCHO, A., “Imprudencia y derecho penal internacional: algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 19, p. 15.

⁸⁶ VAN DER VYVER, J., *supra* nota 24, p. 61.

⁸⁷ RAGUÉS I VALLÉS, R., *supra* nota 55, p. 25.

circunstancias de los hechos, con base en la suposición de que la notoriedad objetiva del carácter criminal de los eventos obliga al autor directamente a reconocer que su actuar es típico y antijurídico, a la luz de la observación de un sujeto promedio razonable.⁸⁸ En esa sentencia, el carácter de autor, cómplice o comandante no fue determinante para la imputación, sino el abordaje razonable del estado mental del acusado y de su culpabilidad, más allá de qué clase de conocimiento e intención hubiese podido ser efectivamente acreditado con prueba directa. Este razonamiento deriva en que, si bien no se crea una obligación de conocer los crímenes, *iuris tantum* se descarta normativamente la posibilidad de que los haya desconocido.

Por cierto, los tribunales *ad hoc* han fallado mayormente en favor de una comprensión cognitiva del dolo y una intención general en cuanto a la realización del plan común del hecho, en el marco de intervenciones múltiples.⁸⁹ Esto establece un criterio de previsibilidad del sujeto que consiste en fijar un “observador objetivo”, es decir, un sujeto de referencia que realice el juicio de riesgo, a quien se le otorga la misma posibilidad de información que tuvo el autor al momento del hecho.⁹⁰ ROXIN no encuentra problemas en dotar al observador razonable y cuidadoso de los conocimientos del sujeto actuante, incorporándolos a la base fáctica del pronóstico de peligro. Es decir, admite los conocimientos del agente concreto en el juicio sobre la peligrosidad objetiva.⁹¹

CHARLOW analizó si la ignorancia deliberada puede reemplazar al conocimiento tradicional.⁹² Este autor explica que generalmente esta sustitución, que apareció por primera vez en la jurisprudencia, es utilizada en derecho penal como un estado mental que satisface el conocimiento requerido por la tipicidad subjetiva. CHARLOW expone que quienes se oponen al reemplazo es porque no tienen en cuenta las distintas modalidades de ignorancia deliberada y por eso fallan en el análisis de los detalles de las diferencias y similitudes entre conocimiento, negligencia y las distintas formas de ignorancia deliberada. Por lo tanto, este autor entiende que las conclusiones que impiden la aplicación no se encuentran debidamente fundamentadas.⁹³ Su aporte puntual estriba en cuestionar por qué nos concentramos tanto en probar el conocimiento de los hechos en lugar de indagar en la culpabilidad de un comportamiento desplegado con ignorancia deliberada. Por eso, él

⁸⁸ AMBOS, K., *supra* nota 3, p. 83.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 84.

⁹⁰ CRUZ MARQUEZ, B., “Imputación del resultado en supuestos de consumación prematura”, en Maier, Sancinetti y Schöne (dirs.), *supra* nota 45, p. 126.

⁹¹ *cit.* en SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., “Sobre la consideración de los ‘conocimientos especiales’ del sujeto en el juicio objetivo de peligro”, en Maier, Sancinetti y Schöne (dirs.), *supra* nota 45, pp. 634-635.

⁹² CHARLOW, R., “Wilful Ignorance and Criminal Culpability”, 70 TEX. L. REV. 1351, (1992).

⁹³ *Ibidem*, p. 1357.

se pregunta cuán censurable es este estado mental y, con base en ello, dónde podemos ubicarlo en la jerarquía de *mens rea*.⁹⁴

De acuerdo con esta perspectiva, conforme a su culpabilidad una persona puede ser imputada si: (1) está al tanto, de muy buena fuente que el hecho existe; o (2) si sospecha que el hecho existe y deliberadamente evita corroborarlo con el fin de evitar la responsabilidad penal que resultaría si realmente supiera. Esta formulación particular de ignorancia deliberada describe un estado mental que, para CHARLOW, es moralmente tan reprochable como el conocimiento y que identifica más estrechamente las formulaciones de conducta que la sociedad pretende penar.⁹⁵ Ni más ni menos, si tenemos una mente culpable, la ignorancia deliberada puede reemplazar al conocimiento a los fines de la imputación subjetiva puesto que los resultados típicos se encuentran alineados con la voluntariedad del sujeto.

Ahora bien, defender que la ignorancia deliberada puede, sin mediar modificación convencional, reemplazar al conocimiento colisiona con aspectos centrales del derecho penal liberal. En primer lugar, la sustitución del “conocimiento” por la “ignorancia deliberada”, puede violentar el principio de legalidad en dos dimensiones. Por un lado, el intento de equiparar la decisión del agente de desconocer los hechos al conocimiento efectivo, es una afirmación basada en un proceso de analogía. Ello se encuentra prohibido en función del principio de legalidad en sentido material o sustantivo, ya que la aplicación de la norma penal debe satisfacer los principios de ley cierta, estricta, previa y escrita.⁹⁶

A los fines de este apartado son relevantes los dos primeros. La certeza de la norma estará dada por su autosuficiencia, es decir, debe contener todos los elementos necesarios para su interpretación y estar exenta de ambigüedad o vaguedad. Por otro lado, el carácter estricto con el que debe ser aplicada la norma consiste en una máxima taxatividad legal e interpretativa y la prohibición de analogía. Esto significa que existe una limitación a otorgarle igual efecto a dos conceptos distintos extendiendo la descripción de uno al otro. En nuestro caso de estudio, extender los efectos de “conocimiento” a “ignorancia deliberada” vulneraría este principio.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 1429.

⁹⁶ Este aspecto puede verse complementado por los principios que rigen a la costumbre internacional conforme el sistema de fuentes de la CPI, *cf.* art. 21 ER.

En respuesta a ello, CHARLOW ha sostenido que no hay tal problema, puesto que el “conocimiento” es en sí mismo un término ambiguo, que no tiene efectivamente un contenido fijo ni un sentido limitado, por ello es que el concepto deja la cuestión abierta a la interpretación judicial.⁹⁷ En esa interpretación judicial pueden intervenir varias modalidades de obrar doloso. Por tal razón puede que no logremos probar el conocimiento, pero sí que podamos inferirlo de la clara finalidad del autor y de su deseo de beneficiarse del resultado ilícito. GILCHRIST también dispara en contra de esta alternativa al sostener que cuando los tribunales establecen que la ignorancia deliberada es un sustituto del conocimiento no están interpretando la norma existente, sino que están legislando una nueva;⁹⁸ para lo cual no tienen competencia, lo cual afecta el principio de legalidad en sentido formal.

Sin adentrarnos demasiado en los procesos de creación de normas internacionales, es dable mencionar que cuando los magistrados aplican el Estatuto de Roma deben desplegar un complejo procedimiento intelectual para subsumir los enormes hechos que juzgan, en las amplias normas que integran su sistema de fuentes y su derecho aplicable (art. 21 ER). Si bien no hemos de coincidir con esta crítica de GILCHRIST, parece adecuado mostrar brevemente, que hay más de una objeción a la equivalencia entre conocimiento e ignorancia deliberada, más allá de la prohibición de la analogía *in malam partem*.

VI. Ignorancia deliberada como indicio de dolo

Otra manera de procurar resolver el problema de subinclusión consiste en considerar a la ignorancia de liberada como prueba indiciaria de conocimiento, es decir, abandonar la discusión del derecho penal sustantivo y abordarla desde el campo procesal. Al respecto, corresponde subrayar que los problemas probatorios de los estados mentales en derecho penal -en general- y en derecho internacional penal -en particular- no son una novedad.⁹⁹ Ya desde las negociaciones del Estatuto, algunas delegaciones expresaron preocupaciones en cuanto a las posibles dificultades para acreditar la *mens rea*.¹⁰⁰ Puntualmente, el Párrafo 3 de la Introducción General a los Elementos de los Crímenes, reafirma la proposición básica de que “la existencia de intención y conocimiento *puede inferirse* de hechos y circunstancias relevantes”. Este temperamento, asimismo, fue confirmado por

⁹⁷ CHARLOW, R., *supra* nota 93, p. 1355.

⁹⁸ GILCHRIST, G., “Willful Blindness as Mere Evidence”, 54 Loy. L.A. L. Rev. 405, p. 415 (2021).

⁹⁹ Cabe mencionar que los problemas probatorios no se acotan únicamente al estado mental del sujeto activo, sino también a la materialidad ilícita. Es una preocupación habitual en nuestro ámbito.

¹⁰⁰ PIGAROFF, D. y ROBINSON, D., *supra* nota 13, p. 1117.

la CPI en el caso *Bemba*.¹⁰¹ Por lo tanto, el dolo puede probarse a través de hechos y circunstancias indiciarios, pero la cuestión es: ¿qué circunstancias pueden tomarse en cuenta? ¿La ignorancia deliberada es una de ellas?

GILCHRIST concretamente sugiere que debemos considerar a la ignorancia deliberada como un *indicio* de conocimiento y, de este modo, no alterar el elemento mental de *lege lata* ni *lege ferenda*, ni violar el principio de legalidad. En consecuencia, en lugar de seguir analizando el problema desde la parte general del derecho penal, lo hace desde el procedimiento y la prueba. Este argumento no resuelve todos los casos (entre ellos: dolo especial, elementos subjetivos distintos del dolo, etc.) y es por eso que seguiré analizando otras alternativas en subsidio.¹⁰²

Para poder realizar este abordaje corresponde aceptar que los estados mentales, en general, se acreditan con prueba indiciaria extraída de hechos objetivamente observables y que esos hechos se componen de circunstancias relevantes. Una de ellas puede ser la decisión agencial de ignorar hechos criminales que el sujeto puede y debe conocer. Por lo tanto, la ignorancia deliberada puede constituir un indicio del conocimiento y así probar el estado mental doloso.

Ahora bien, es frecuente la relación entre la tipicidad subjetiva y la evidencia indiciaria, entendiendo por indicios a los hechos de los que puede inferirse la existencia de otro hecho (principal), a través de una operación lógica.¹⁰³ Esto es relevante ya que la ignorancia deliberada a menudo sugiere una culpabilidad igual a la de quien actúa con conocimiento efectivo. Si aceptamos la falta de rigor analítico y los límites epistémicos para estudiar el conocimiento, principalmente los del pasado, necesariamente debemos recurrir a la prueba indirecta para probar la *mens rea*.¹⁰⁴ Como cualquier factor subjetivo, el dolo es muy difícil de probar con prueba directa y, por lo tanto, esto nos conmina a extraer de los hechos ciertos indicios de la mentalidad criminal -o no- del acusado. Con más razón la ignorancia deliberada es una condición de la cual los tribunales pueden inferir el conocimiento.¹⁰⁵ En vez de reemplazar al conocimiento con ignorancia deliberada: que la ignorancia deliberada sea la prueba indiciaria del conocimiento real. De ello se deriva, en palabras de GILCHRIST, que si valoramos a la ignorancia deliberada como prueba circunstancial, evitamos los

¹⁰¹ CPI, SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *supra* nota 33, párr. 137.

¹⁰² GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 415.

¹⁰³ CAFFERATA NORES, J., La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los Códigos Procesales de la Nación y de la Provincia de Córdoba, 6a ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 192.

¹⁰⁴ BROWN, Teneille y MURPHY, "Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of a Criminal Defendant's Past Mental States", 62 STAN. L. REV. 1119, p. 1130 (2010).

¹⁰⁵ GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 415.

problemas de prohibición de analogía y, adicionalmente, mantenemos las intuiciones que nos llevaron a construir la culpabilidad del acusado.¹⁰⁶

Esta postura no es una novedad. Si rastreamos precedentes, en la disidencia del juez Anthony KENNEDY del caso *United States v. Jewell* de 1976 este magistrado sostuvo que no es correcto sustituir al conocimiento con ignorancia deliberada, pero que es plausible que esta sea su evidencia indirecta. A pesar de que su idea llamó la atención de la doctrina, ningún tribunal recogió el criterio. Esto parece increíble puesto que, pese a sortear la violación al principio de legalidad -tanto en su dimensión adjetiva como sustantiva-, brindaba una solución mucho más convincente.¹⁰⁷ Si la solución procesal prospera, no solo se acredita -indiciariamente- el conocimiento, sino que tampoco hay óbices porque el propósito del agente nunca estuvo en duda, es más, precisamente esto es lo que permite establecer la ignorancia deliberada. Este enfoque requiere un salto cognitivo adicional: para condenar el tribunal debe considerar que la ignorancia deliberada del acusado es un indicio que le permite determinar que el sujeto “realmente sabía”.¹⁰⁸

Sin embargo, alguien podría tener reparos con respecto a la inferencia del conocimiento a través de las circunstancias de la ignorancia deliberada porque intuitivamente puede parecer una expansión punitiva¹⁰⁹ a supuestos no legislados expresamente. GILCHRIST defiende que en verdad esta es una respuesta más razonable frente a la fenomenología de la criminalidad internacional, que acude ni más ni menos que a probar indiciariamente el conocimiento a través de otra información del propio caso, es decir, la ignorancia deliberada del autor.¹¹⁰ Este argumento persuade más aún si reconocemos que, en realidad, casi nunca hay evidencia directa del conocimiento relevante,¹¹¹ sobre todo de un estado mental del pasado. Los indicios suelen ser la única evidencia disponible, principalmente, porque carecemos de acceso directo a la mente del acusado. Tal como afirma VAN DER VYVER, no todos los perpetradores de crímenes internacionales se jactan de sus malas acciones -aunque muchos lo hacen-. Por ello los tribunales deben interpretar el estado mental basándose en prueba indiciaria acerca del conocimiento de los hechos y circunstancias.¹¹²

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 416.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 424.

¹⁰⁹ *Vid.* HUSAK, D. y CALLENDER, C., “Wilful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, 1994 WIS. L. REV. 29, p. 43.

¹¹⁰ GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 426.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² VAN DER VYVER, J., *supra* nota 24, p. 69.

De tal manera, inferimos el conocimiento de la conducta, extrapolando de hechos demostrables las circunstancias que nos permitan llegar a una conclusión sobre la *mens rea* del sujeto. Entonces, la ignorancia deliberada cobra relevancia como medio de prueba: es simplemente el reconocimiento a través de la experiencia de que el conocimiento puede ser acreditado mediante este tipo particular de evidencia circunstancial.¹¹³ GILCHRIST agrega que, a fin de cuentas, cuando queremos calificar un hecho (objetivo o subjetivo) puede haber o no certezas, pero las pruebas carecen de un método epistemológico para determinarlo. Las valoraciones operan a través de la evidencia y el acceso a la verdad objetiva es -en el mejor de los escenarios- indirecto.¹¹⁴

Por lo tanto, si es correcto el argumento de que son igualmente culpables los que conocen que quienes actúan mediante ignorancia deliberada,¹¹⁵ y por “correcto” nos referimos a consistente con los principios, reglas y normas que rigen en derecho penal, entonces podemos esperar condenas en las que la cuestión del conocimiento o la ignorancia deliberada dependa simplemente del grado de evidencia. En efecto, el tribunal podría evaluar la prueba de ignorancia deliberada (evidencia de conocimiento actual o de una alta probabilidad junto con un esfuerzo activo para evitar conocer) y de ello inferir el conocimiento. Esta propuesta sería viable toda vez que el conocimiento es solo una categoría de *mens rea* que configura una referencia para la culpabilidad entendida desde el sentido común, tal como es un estado mental analíticamente cohesivo.¹¹⁶ En este sentido, si la ignorancia deliberada constituye una prueba circunstancial e indirecta, se valida la conclusión de que el acusado efectivamente conocía la existencia del hecho en cuestión: un indicio de su mente criminal.¹¹⁷

De ello se desprende que muchas conclusiones derivadas de la ignorancia deliberada pueden también coincidir con el conocimiento. Así, al calificar un estado mental como conocimiento -entendiendo por ignorancia deliberada la mera, potencial y significativa evidencia de conocimiento- los tribunales pueden superar los problemas de legalidad -formal y material- de la sustitución.¹¹⁸

¹¹³ GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 427.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Gardner analiza que en el principio *actus non facit reum nisi sit rea* radica la idea de que no existe un acto culpable sin una mente culpable. Esta afirmación podría sustentar que no hay diferencia moral entre el conocimiento y la ignorancia deliberada porque en ambos casos hay una mente igualmente culpable. *Vide* GARDNER, J., *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 62-63.

¹¹⁶ GILCHRIST, G., *supra* nota 99, p. 428.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 431.

¹¹⁸ HUSAK, D. y CALLENDER, C., *supra* nota 110, pp. 48-49.

Los efectos jurídicos serían los mismos (determinación de responsabilidad penal) pero con una reducción del costo vinculado a la violación de ese principio.

VII. Acciones libres en su causa

Ahora bien, la propuesta de GILCHRIST resuelve los casos que exigen dolo general, pero no da una solución completa para los casos en los que el art. 30 ER se complementa o es desplazado por otra disposición del Estatuto. Estos son estados mentales más complejos, como una intención especial (*vgr.* genocidio) o un elemento subjetivo distinto del dolo (*vgr.* crímenes de lesa humanidad de embarazo forzado, exterminio, apartheid, desaparición forzada de personas; crímenes de guerra de lanzar un ataque intencionalmente a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertas zonas a cubierto de operaciones militares, etc.). Es decir, el uso de la ignorancia deliberada sigue sin resolver plenamente el problema aquí abordado.

Una posibilidad para afrontar esta dificultad podría ser importada del derecho penal interno; la figura dogmática de la *actio libera in causa*, utilizada para los estados de inconsciencia relativa (en la culpabilidad) se aplica a todos los tipos penales, incluso a los que poseen elementos subjetivos complejos, que es justamente en lo que falla la propuesta de la prueba indiciaria. Tanto la inconsciencia relativa producto de una acción libre como la ignorancia deliberada tienen en común que impiden que el agente, cuya conducta es reprochable, pueda beneficiarse de las causales de exclusión de responsabilidad que él mismo provocó.¹¹⁹ Es por eso que este aporte adicional seduce un poco más que la propuesta de GILCHRIST porque es también aplicable a los puntos ciegos de su teoría: ultrafinalidad y dolo específico.

Algunos autores ya utilizan la teoría de las acciones libres para resolver casos de ignorancia deliberada doméstica. Para JESCHECK y WEIGEND, por ejemplo, lo relevante de ese obrar se basa en el concepto de acto relevante del derecho penal, reconocido en países como Austria, Alemania, Italia y España que incluye un componente de libre determinación de actuar.¹²⁰ De tal modo, si el agente no se informó cuando debía hacerlo, y de todos modos dirigió su conducta hacia un resultado criminal, le son atribuibles dolosamente todos los resultados que ocurran en el marco de esa

¹¹⁹ CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), *Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 119; RAGUÉS I VALLÉS, R., *supra* nota 55, p. 160; JOSHI JUBERT, Ujala, *La doctrina de la actio libera in causa*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 83- 84.

¹²⁰ KLAMBERG, M. (ed.), *supra* nota 15, p. 316.

ignorancia deliberada. La defensa viable frente a ello no será alegar el desconocimiento del acusado, porque ello reforzaría esta propuesta de imputación, sino proponer que su información era incorrecta por razones ajenas a su dominio. Por lo tanto, al igual que el sujeto es culpable de los hechos que acaecen mientras está inconsciente ya que se colocó dolosamente en esa situación, *mutatis mutandi* quien ignora a través de una decisión libre de no informarse responderá por los resultados típicos.

Si bien esta propuesta se adecua mejor a nuestras intuiciones de justicia en relación con las anteriores, FEIJOO SÁNCHEZ señala que de todos modos se aparta de las exigencias de conocimiento del tipo objetivo para la imputación a título de dolo ofreciendo como solución adelantar el momento de la intencionalidad que adquiere relevancia para el derecho penal.¹²¹ Este autor sostiene que este modo de imputación es extraordinario y una especie de dolo por asunción, dado que el sujeto será responsable de su ignorancia deliberada o cuando su falta de conocimiento derive de una grosera indiferencia, porque es este acto el que lo pone en situación de desconocimiento. Este pasa a ser, entonces, el momento decisivo para determinar si el autor debe ser castigado.¹²²

Para poder atribuir ignorancia deliberada como un injusto doloso, FEIJOO SÁNCHEZ afirma que la *actio libera* o el actuar precedente deliberado tendrá que reunir a su vez todas las características que exige el ordenamiento jurídico para poder hablar de responsabilidad dolosa. De este modo, el autor delimita con precisión la forma de excluir supuestos de error e imprudencia. Con este ajuste, considero que él supera algunos problemas de la ignorancia deliberada porque su teoría no lleva a que no se deban imputar indiscriminadamente todos los casos de ignorancia, ni todos los casos, ni todas las conductas.¹²³

VIII. Conclusión

Frente a todo lo desarrollado, es menester señalar que la solución más lineal y prolija sería proponer una reforma al Estatuto de Roma, para que la redacción de su art. 30 incorpore textualmente a la ignorancia deliberada. Hasta que eso suceda, debemos discutir si el estándar actual es adecuado o si, en cambio, es *subinclusivo* respecto de casos que deberían ser criminalizados.

¹²¹ FEIJOO SANCHEZ, B., “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina judicial”, InDret 3/2015, p. 2

¹²² *Ibidem*, p. 3.

¹²³ *Ibidem*, p. 13.

A lo largo de este trabajo se detalló cómo se construye el sistema de responsabilidad penal individual en el Derecho Internacional Penal conforme a su dimensión objetiva y cómo esta determina el factor de atribución subjetivo aplicable. Explicué la correspondencia entre las formas de intervención comisivas de autores, cómplices e instigadores con la *mens rea* genérica del art. 30 ER cuya letra exige conocimiento e intención en oposición a la regulación específica para los jefes militares que permite imputarles los crímenes, además de dolo, por negligencia e ignorancia deliberada. Dentro de estas dos categorías excluidas para los primeros, seleccioné el problema de la ignorancia deliberada, no porque la negligencia no sea un asunto interesante para abordar, sino únicamente a los efectos de delimitar el objeto de la presente investigación.

El trabajo central de la primera parte de este ensayo consistió en cuestionar tanto la redacción del art. 30 ER como su interpretación estándar ante la Corte Penal Internacional. De acuerdo con el análisis de casos de ese tribunal quedó claro que en la práctica se excluye cualquier estado mental por debajo del dolo directo compuesto por conocimiento e intención. No obstante, se recuperaron las opiniones de algunos expertos que defienden la posibilidad de satisfacer el umbral doloso con otras modalidades de asunción consciente de riesgo. Para ello, se analizaron los conceptos de curso normal, certeza virtual y mera probabilidad como factores a considerar para calificar los estados mentales.

En tal dirección, reflexioné acerca de la justificación del estándar *subinclusivo*. Así, no se hallaron buenas razones para poder imputar a un jefe militar por su actuar bajo ignorancia deliberada y no al resto de los partícipes; y ello no ocurre porque la responsabilidad del superior jerárquico militar sea más severa, sino porque el factor de atribución de todos los demás sujetos punibles resulta *subinclusivo*. En definitiva, no se les impone el deber de conocer y esto podría ser interpretado como un derecho a no informarse o un premio a no saber.

Consecuentemente, se analizaron los problemas de dicha subinclusión. En general, al no haber una obligación legal para los individuos que no son jefes militares, incluso en los supuestos en que han hecho un esfuerzo por no saber algo que era evidentemente impermisible, permite que evadan su responsabilidad penal por los hechos criminales más graves del catálogo de prohibiciones penales. El primer señalamiento acerca de esta cuestión radicó en que en los derechos internos, para resolver casos domésticos -cuya naturaleza y gravedad son lejanamente comparables con los crímenes internacionales-, sí se utiliza la ignorancia deliberada para reprocharle al autor resultados que debió haber conocido. El segundo tópico consistió en que los tribunales *ad hoc* han utilizado

frecuentemente esta lógica para responsabilizar individuos por su participación en crímenes masivos.

Asentado ello, se desarrolló el marco teórico de la ignorancia deliberada en general, la cual se configura si se demuestra: 1) decisión de ignorar a pesar de **sospechar**; 2) **posibilidad** o el deber de informarse. Si se identifica una motivación o **propósito** de beneficiarse del estado de ignorancia, constituye un indicio más del obrar doloso del autor. En este sentido, en la ignorancia deliberada existe una falta de conocimiento arbitraria que comunica un desacuerdo con las prohibiciones y órdenes de las normas penales, puesto que el autor se comporta de un modo desafiante contra el Derecho. Por ello, el contenido del dolo de estos sujetos se construye a partir de la decisión del agente de no esclarecer sus dudas frente a los hechos criminales siempre que esto sea materialmente posible. Aquí se plantea el problema de si existe o no un deber jurídico concreto de conocer. La obligación de informarse, o de despejar sus sospechas acerca de la ilicitud de los hechos, nace del deber general derivado de dos principios: (a) normas genéricas de cuidado y obligación de no dañar, y (b) participación en actividades peligrosas. La mala fe al no informarse, o mirar para otro lado, en general es correlativa a la búsqueda de premiación por no saber y obtener su impunidad.

En cuanto a las soluciones recolectadas para aclarar estos problemas, se presentó primeramente el argumento de la actualización del contenido del dolo en la dogmática del Derecho Internacional Penal. Una solución intermedia explicará que, repensando la noción de dolo, podemos integrar en la faz cognitiva tanto al conocimiento como a la ignorancia deliberada alternativamente puesto que el sujeto que se determina a no confirmar o descartar sus dudas o sospechas, sobre hechos que dañan a terceros, debe responder sin importar bajo qué forma de participación se los imputa, porque también en estos casos identificamos una mente criminal, al igual que en los que hubo conocimiento actual. La razón central de este argumento se apoya en que obrar en contextos de violencia en masa, ignorando la criminalidad de acciones que derivarán en resultados ilícitos, implica violar la norma de cuidado en el marco de un riesgo no permitido. Quien se conduce de este modo se desvió de la conducta esperada de una persona razonable en iguales circunstancias.

Bajo esta premisa, se estudió de qué forma hay que atribuir dicha responsabilidad. Puntualmente, la normativización del dolo nos permite considerar suficiente un conocimiento derivado de las circunstancias de los hechos con base en la suposición de que la notoriedad objetiva del carácter criminal de los eventos obliga al autor directamente a reconocer que su actuar es típico y antijurídico, a la luz de la observación de un sujeto promedio razonable.

Una alternativa más radical, como la expuesta por CHARLOW, aboga directamente por una opción en la que la ignorancia deliberada pueda desplazar o sustituir al conocimiento en el marco de la imputación dolosa. Esta alternativa consiste en priorizar el análisis de la culpabilidad de un comportamiento desplegado con ignorancia deliberada, en lugar de descartar casos sólo porque se falla en probar el conocimiento de los hechos del modo clásico. Es decir, esta posición propone que la solución aborde cuán reproachable es el estado mental de ignorancia deliberada y, luego, evaluar cómo clasificarlo dentro de los tipos de *mens rea*.

Las críticas a esta propuesta de la actualización radican principalmente en el principio de legalidad, dado que sólo puede sostenerse a través de una interpretación por analogía del dolo y del conocimiento. A raíz de esto, se desarrolló otra alternativa, que en principio parecía superadora, pero que luego también debió ser descartada. De tal manera analizamos la posibilidad de considerar a la ignorancia deliberada como un indicio de conocimiento y, así, sostener el concepto tradicional de dolo sin alterar su contenido (conocimiento e intención), solo modificando cómo probarlo. Este argumento era muy atractivo porque permitía sortear las objeciones a la ignorancia deliberada generadas desde la dogmática y los principios limitadores pero, sin embargo, también debió dejarse de lado.

Ello así puesto que si bien es cierto que la intención y el conocimiento pueden inferirse de los hechos y circunstancias relevantes, tal como desarrolla GILCHRIST, este argumento no abarca todos los casos. Concretamente, podemos considerar que la actitud del sujeto de mirar hacia otro lado o no confirmar la criminalidad de los hechos pueden ser prueba indiciaria de su conocimiento y, consecuentemente, su obrar doloso, esto funciona solamente para delitos cuya estructura típica requieren únicamente dolo general. En consecuencia, los tipos penales del ER que requieran un dolo específico, como el genocidio, o un elemento subjetivo distinto del dolo, como el crimen de lesa humanidad de embarazo forzado, no pueden resolverse con esta teoría.

Por tales motivos, se analizó un último aporte. Algunos autores utilizan la figura de la *actio libera in causa* para resolver casos de ignorancia deliberada doméstica. La teoría de las acciones libres se aplica a todos los tipos penales, incluso a los que poseen elementos subjetivos complejos, que es justamente en lo que falla la propuesta de la prueba indiciaria. Tanto la inconsciencia relativa autoprovocada como la ignorancia deliberada tienen en común impedir que el agente, cuya conducta es reproachable, pueda beneficiarse de las causales de exclusión de la culpabilidad que él mismo provocó.

En definitiva, he intentado demostrar que la importancia de revisar las reglas de la responsabilidad por crímenes internacionales estriba en que el estándar actual de la CPI *subinclusivo* permite la impunidad de sujetos que han provocado hechos graves a través de una estrategia que consiste en manipular premeditadamente las vías de información para poder evadir la justicia internacional. Estas conductas son doblemente disvaliosas porque potencian la capacidad lesiva del autor: mayores probabilidades de concretarlo y mayor posibilidad de no rendir cuentas. No obstante lo cual, es cierto que la ignorancia deliberada punza una fibra sensible del sistema jurídico y nos coloca todo el tiempo en la incomodidad propia de una encrucijada entre la apelación de estricto apego a la letra de la norma y la vocación de justicia frente a hechos aberrantes. Por todos los argumentos expuestos es que considero que incluir a la ignorancia deliberada en la *mens rea* del art. 30 ER es necesario no solo porque respeta la política criminal del tratado, sino que se alinea con el sentido de justicia de las personas.

IX. Bibliografía

1. Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

SCP I, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-95, Orden de arresto, 12/7/2010.

SCP I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the Confirmation of Charges, 29/1/ 2007.

SCP I, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, 30-9-2008.

SCP I, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-465-Red, Decision on the Confirmation of charges, 16/12/2011.

SPI I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment, 5/4/2012.

SCP II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-424, Decision on the Confirmation of Charges, 15/6/2009.

MATALONE (2024), “Ignorancia deliberada ante la Corte Penal Internacional”, pp. 71-109.

SPI II, Prosecutor v. Germain Katanga, No. ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, 7/3/2014.

SPI VI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2359-tFRA, Judgment, 8/7/2019.

SPI IX, Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-1762-Red, Judgment, 4/2/2021.

SA, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3636-Red, Judgment on the appeal, 8/6/2018.

SA, Prosecutor v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-3121-Red, Public redacted Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1/12/2014.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

SPI, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 538-40, 543-44, 724, 2/9/1998.

SPI, Prosecutor v. Ignace Baglishema, Case No. ICTR-95-1A-T, 60, 7/6/2001.

SPI II, Prosecutor v. Kamuhanda, No. ICTR-95-54A-T, Judgment, 22/1/2004.

SPI, Prosecutor v. Muvunyi, No. ICTR-2000-55A-T, Judgment, 12/9/2006.

SA, Prosecutor v. Baglishema, No. ICTR-95-1A-A, Judgement, 3/7/2002.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

SA, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1-AR77, Judgment on Appeal by Anto Nobile against Finding of Contempt, 30/5/2001.

SA, Prosecutor v. Braskic, IT-95-14, Judgement, 29-7-2004.

Tribunal Especial para Sierra Leona

SPI I, Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Judgment, 2/3/2009.

VIII Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10

U.S. v. Carl Krauch et al. (the *Farben* case), reprinted in Washington, D.C: GPO, 1949.

2. Tratados y otros documentos

Código Penal Modelo, American Legal Institute.

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. II, Compilation of Proposals, UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 22, UN Doc. A/51/22 (1996).

3. Doctrina

AMBOS, K., “Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya”, Disponible (en línea): <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/48040>. Últ. consulta: 26/10/2022.

AMBOS, K., *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. E. Malarino, Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.

AMBOS, K., “Principios generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Revista De Derecho (Coquimbo)*, n° 8, 2001, pp. 199-229. Disponible (en línea): <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2185>. Últ. consulta: 26/10/2022.

BADAR, 12 NCLRev 433 (2009) pp. 451–452.

BROWN, Teneille y MURPHY, “Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of a Criminal Defendant’s Past Mental States”, 62 STAN. L. REV. 1119 (2010).

CAFFERATA NORES, J., *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los Códigos Procesales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*, 6a ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

CASSESE, Antonio et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

MATALONE (2024), “Ignorancia deliberada ante la Corte Penal Internacional”, pp. 71-109.

CHARLOW, R., “Wilful Ignorance and Criminal Culpability”, 70 TEX. L. REV. 1351, (1992).

CHINCHÓN, J., La exigencia de un comportamiento culpable en la sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos en períodos de transición. Un análisis a la sombra de la última experiencia iberoamericana. Tesis Doctoral (Madrid: Universidad Complutense), p. 174. Disponible (en línea): <http://webs.ucm.es/BUICM/tesis//der/ucm-t29166.pdf>. Últ. consulta: 26/10/2022.

CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTIN, V. (dirs.), *Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CRYER, R. *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

DE THAN, C. Y HEATON, R., *Criminal law*, 4a ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

FEIJOO SANCHEZ, B., “Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, en *Discusiones XIII*, n° 13, 2/2013, pp. 101-138.

FEIJOO SANCHEZ, B., “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina judicial”, *InDret* 3/2015.

GARDNER, J., *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

GARROCHO, A., “Imprudencia y derecho penal internacional: algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 19.

GILCHRIST, G., “Willful Blindness as Mere Evidence”, 54 Loy. L.A. L. Rev. 405 (2021).

HUERGO, M., “Nuevas tendencias en torno al dolo”, *Revista Intercambios*, UNLP, 2019.

HUSAK, D. y CALLENDER, C. “Wilful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, 1994 WIS. L. REV. 29.

JOSHI JUBERT, U., *La doctrina de la actio libera in causa*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1992.

KISS, A., “La responsabilidad del superior ante la Corte Penal Internacional”, en Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, ZIS. Núm. 2016/1.

KLAMBERG, M. (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, TOAEP, Bruselas, 2017.

LOPERFIDO, M., “Delegación administrativa e ignorancia deliberada: la imputación penal subjetiva en casos de delitos cometidos por funcionarios públicos” en Repositorio Digital de la Universidad de San Andrés. Disponible (en línea): <http://hdl.handle.net/10908/1834>. Últ. consulta: 26/10/2022.

LUBAN, D., *Contrived Ignorance*, en Georgetown University Law Center, n° 87, 1999.

MAIER, SANCINETTI y SCHÖNE (dirs.), *Dogmática penal entre el naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, AdHoc, Buenos Aires, 2011.

MANRIQUE PEREZ, M., *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.

MARCHUK, I., *The fundamental concept of crime in international criminal law. A comparative law analysis*, Springer, Copenague, 2014.

METRAUX, G., *The law of command responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

OLÁSOLO, H. y CUENCA CURBELO, S. (coords.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PERES-LEON ACEVEDO, J. P. (2007), “La responsabilidad del superior”sensu stricto” por crímenes de guerra en el Derecho Internacional contemporáneo”, *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 5(10). Disponible (en línea): <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13962>. Últ. consulta: 26/10/2022.

PÉREZ BARBERÁ, G., “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, Cuadernos de Derecho Penal N. 6, 2011.

MATALONE (2024), “Ignorancia deliberada ante la Corte Penal Internacional”, pp. 71-109.

PUPPE, I., *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, BdeF, Montevideo, 2021.

RAGUÉS I VALLÉS, R., *Ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROCHA, M., “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 6.

RODRIGUEZ, S., *Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war of terror*, Legal Scholarship Repository, 2014, pp. 721-722. Disponible (en línea): <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1146&context=jil>. Últ. consulta: 26/10/2022.

SANCHEZ MALAGA, A., *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

SOCHA MAZO, J., *La ignorancia deliberada en derecho penal: su incompatibilidad con el C.P. colombiano*. Medellín, 2021. Disponible (en línea): <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/29623>. Últ. consulta: 26/10/2022.

STRUENSEE, E., “Exposición y abandono de personas. Los delitos de tenencia”, en *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

TRIFFTERER, O.y AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, 3a. ed, C.H.BECK-Hart-Nomos, Munich, 2016.

VALLINI, A., “El *mens rea*”, en AMARI, E. et al. (coords.), *Introducción al derecho penal internacional*, trad. Yezid Viveros, Giuffrè, Milán, 2009.

VAN DER VYVER, J., “The International Criminal Court and the concept of *mens rea* in International Criminal Law”, 12 U. Miami Int’l & Comp. L. Rev. 57 (2004).

VAN SLIEDREGT, E., *Individual criminal responsibility in international law*, Oxford University Press, New York, 2012.

WASCHEFORT, G., “Justice for child soldiers? The RUF trial of the SCSL”, *International Humanitarian Legal Studies*, 2010.

WEIGEND, JICJ 471 (2008) pp. 482–484.

WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, 2a. ed., T.M.C. Asser Press, La Haya, 2009.

WILLIAMS, G., *Criminal law. The general part*, 2a ed., Steven & Sons Limited, Londres, 1961.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL ABOGADO DEFENSOR POR EL COBRO DE HONORARIOS PROFESIONALES PROVENIENTES DEL DELITO DE SU CLIENTE*

Noelia T. NÚÑEZ**

Fecha de recepción: 26 de febrero de 2024

Fecha de aprobación: 11 de noviembre de 2024

Resumen

El presente trabajo se ocupa de la cuestión de si debe penarse al defensor penal que recibe de su cliente, en concepto de honorarios profesionales, dinero que proviene del delito. Examina qué tratamiento se le dio a esta problemática en diferentes ordenamientos jurídicos y evalúa si esas soluciones son trasladables al caso argentino. Para ello, analiza, primero, las figuras penales en las que podría subsumirse ese comportamiento y, luego, examina si, a pesar de ese encuadramiento formal, existen argumentos para no penalizar a los abogados en esos casos. En particular, el trabajo analiza dos argumentos ampliamente debatidos en otros ordenamientos jurídicos (el derecho norteamericano, el derecho alemán y el derecho español). Por un lado, evalúa si para excluir la responsabilidad penal pueden invocarse razones basadas en el fin de protección de la norma (bien jurídico protegido). Por el otro, analiza si puede hacerse una restricción de la responsabilidad con base en argumentos constitucionales. Considera, especialmente, el derecho al libre ejercicio de la profesión y el derecho de defensa del acusado. Finalmente, indica algunos efectos colaterales adversos que podrían derivar de la punibilidad de los abogados en estos casos. El trabajo concluye que ninguno de estos argumentos aporta razones de peso fundadas para eximir de responsabilidad penal a los defensores que reciben dinero de origen ilícito en concepto de honorarios.

Palabras clave: defensa penal – lavado de dinero – receptación

* Agradezco a Fernando Córdoba, a mis compañeros en su cátedra de la Universidad de Buenos Aires y también a Ezequiel Malarino y a Alejandra Verde por haber discutido conmigo algunas de las ideas de este trabajo, por sus valiosos comentarios y sugerencias. Agradezco a Leandro Díaz por haber discutido conmigo una versión muy preliminar de este trabajo y por sus sugerencias a la versión final.

** *Magistra Legum* Georg-August Universität Göttingen. Profesora adjunta (interina) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Exbecaria del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD, Alemania). Email de contacto: noelianunez@derecho.uba.ar.

Title: *Criminal responsibility of the defense lawyer for accepting, as professional fees, money derived from their clients' crimes*

Abstract

This paper addresses the issue of whether criminal defense lawyers should be penalized for accepting as professional fees money derived from their clients' crimes. It examines how this problem has been handled in other legal systems, and assesses whether these solutions can be applied to Argentine law. To do so, it first explores the criminal offenses that could potentially apply, and then analyzes whether there are arguments for not penalizing lawyers in such cases. Especially, the article delves into two arguments extensively debated in other jurisdictions (U.S., German, and Spanish law). On one hand, it evaluates whether criminal liability can be excluded based on teleological reasoning (protected legal interest). On the other hand, it analyzes the possibility of limiting liability based on constitutional arguments. The lawyer's right to freely exercise one's profession and the defendant's right to an effective legal defense are especially considered. Finally, the article discusses some potential adverse side-effects that could arise from criminalizing lawyers in these scenarios. The article concludes that none of these arguments provide convincing reasons to exempt lawyers who receive illicitly gained money as fees from criminal liability.

Keywords: Criminal defense lawyer – Money laundering – Receiving stolen goods

Sumario: 1. Introducción; 2. Análisis del problema en el derecho comparado; 2.1. La discusión en los Estados Unidos; 2.2. La discusión en Alemania; a. La solución del tipo; b. La solución del dolo; c. La solución constitucional; 2.3. La discusión en España; 3. La punibilidad del defensor penal por la recepción de dinero de origen ilícito en el derecho argentino; 3.1. La punibilidad por lavado de dinero (artículo 303, inciso 1 del CP); 3.2. La punibilidad por receptación intermedia (artículo 303, inciso 3 del CP); 3.3. La punibilidad por receptación (artículo 277, inciso 1, letra c del CP); 3.4. El abogado como sujeto obligado a colaborar con la prevención del lavado de dinero y su incidencia en la punibilidad de los defensores penales por el cobro de dinero de origen ilícito; 4. Conclusión provisoria; 5. Restricción de la punibilidad con base en argumentos fundados en el fin de protección de la norma; 6. La restricción de la punibilidad con base en argumentos constitucionales; 6.1. El derecho del abogado al libre ejercicio de su profesión; 6.2. El derecho del imputado a elegir defensor de su confianza; 6.3. El derecho a una defensa efectiva y la relación de confianza entre abogado y cliente; 6.4. Efectos colaterales negativos de la punibilidad del abogado; 7. Conclusiones; 8. Bibliografía

1. Introducción

En los últimos años, en la doctrina penal se ha discutido intensamente sobre los problemas de imputación en los casos de actividades cotidianas o profesionalmente neutrales. Lo característico y a la vez problemático de estos casos es que, a pesar de ser conductas cotidianas, y que, en general, muchos consideran que son propias del ámbito de libertad general de acción, están abarcadas formalmente por un tipo penal. Ejemplos paradigmáticos de estos son el conocido caso del panadero que vende una barra de pan a quien la va a usar para envenenarla o bien el del taxista que transporta a un terrorista al lugar donde va a poner una bomba.¹

La pregunta que plantean estos casos es si el panadero o el taxista son cómplices de los delitos que cometen sus clientes. El problema es que, en algunos de estos casos, a pesar de que exista una contribución objetiva al hecho del autor y de que esta contribución pueda ser conocida por quien la presta, muchos tienen sin embargo la intuición de que no deberíamos sancionarlos.

Una de las constelaciones que se discuten en el ámbito de los comportamientos neutrales es la que involucra a personas que ejerciendo su actividad profesional habitual reciben dinero que puede ser de origen ilícito. Por ejemplo: ¿deberíamos castigar penalmente al empleado bancario que recibe de un cliente dinero de origen ilícito para ser depositado? ¿Y al médico que cobra una remuneración por curar al ladrón de un banco que fue baleado durante el asalto?

Este trabajo se va a ocupar de un caso específico de esta constelación: el caso del abogado defensor. ¿Comete un delito el defensor penal que recibe en concepto de honorarios dinero proveniente del ilícito cometido por su cliente?

Esta pregunta dio lugar a un amplio debate en el derecho comparado (así, por ej., en Alemania, España y los Estados Unidos) en relación con el delito de lavado de dinero. En general, la doctrina dominante considera que, a pesar de que el comportamiento del abogado que cobra honorarios que provienen del delito de su cliente formalmente realice un tipo penal, no debería ser penalizada.

El problema se suscita porque, si bien, por un lado, no parece haber nada incorrecto en el hecho de cobrar dinero por la prestación de un servicio (de ahí la intuición de que esas conductas, en tanto comportamientos neutrales propios de la profesión, no deberían estar abarcados por el derecho

¹ Money Laundering Control Act 1986 (18 USC).

penal), por el otro, el hecho de que ese dinero provenga del delito plantea ciertas dudas sobre si esa conducta forma efectivamente parte de una prestación de servicio normal.

Como se verá a continuación, esta discusión se dio, en parte, en el marco de la discusión más general sobre la relevancia penal de los comportamientos neutrales, pero, fundamentalmente, discurrió en el plano constitucional.

El trabajo se estructura de la siguiente manera: En primer lugar, se presentará la discusión en el derecho comparado (2), concretamente en los Estados Unidos (2.1.), Alemania (2.2.) y España (2.3.). En segundo lugar, se analizará si tal comportamiento del abogado realiza formalmente algún tipo penal en el derecho argentino (3.). Este análisis mostrará que, en nuestro ordenamiento, la recepción de honorarios provenientes de un delito puede considerarse una conducta típica (4.). Luego, tomando como base los argumentos más relevantes de la discusión española, alemana y norteamericana, se analizará si, a pesar del encuadre formal en esta figura, pueden existir razones para no penar al abogado en estos casos (5.) y (6.).² Finalmente, se presentarán algunas conclusiones (7.).

2. Análisis del problema en el derecho comparado

2.1. La discusión en los Estados Unidos

En el derecho norteamericano, la cuestión relativa a la punibilidad de los abogados por cobrar honorarios profesionales con dinero proveniente de un hecho ilícito se encuentra regulada en la Ley de Control de Lavado de Dinero de 1986, incorporada como título 18 del Código de los Estados Unidos (USC, por sus siglas en inglés).³ Para el caso que aquí interesa es relevante el § 1957 del USC que sanciona a quien realice transacciones monetarias con dinero que sabe proveniente de actividades ilícitas. Esta disposición establece:

² Este trabajo se limitará a analizar la posibilidad de una responsabilidad penal del abogado únicamente por el cobro de honorarios de origen delictivo. La punibilidad del abogado por asesorar a su cliente sobre la forma de blanquear capitales de origen delictivo, de ocultar esos bienes o de cometer un delito no forma parte del objeto de este trabajo. Sobre la distinción de estas dos clases de comportamiento, véase BLANCO CORDERO, “Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos”, en FABIÁN CAPARROS, BLANCO CORDERO y ZARAGOSA AGUADO, *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 3° ed., Washington, OEA, 2009 [2003], pp. 205 ss.

³ Money Laundering Control Act 1986 (18 USC).

“Quien a sabiendas emprenda o intente emprender una transacción monetaria con bienes de origen delictivo por un valor superior a los U\$S 10.000 y que deriven de una actividad ilícita determinada será sancionado conforme lo dispuesto en el inciso (b)”⁴

Originalmente, la ley definió la expresión “transacción monetaria” de manera amplia, abarcando todo tipo de transacciones bancarias o realizadas a través de una institución financiera (“depósito, retiro, transferencia, cambio ... de fondos o de un instrumento monetario en, por medio de o hacia una institución financiera”).⁵

Como puede advertirse, la conducta prohibida no es la recepción de dinero de origen ilícito (en el caso, el cobro de los honorarios profesionales con dinero sucio), sino las operaciones financieras que se realicen luego con esos bienes (por ej. el depósito de ese dinero en una institución financiera). Aunque la recepción de dinero proveniente de un hecho ilícito es impune, cualquier transacción financiera que se haga con ese dinero es punible. Esto responde al propósito del § 1957 de mantener el dinero de origen ilícito fuera de las instituciones financieras.⁶

La sanción del § 1957 significó reconocer por primera vez la responsabilidad penal de quienes introducen en el sistema financiero dinero de origen ilícito recibido como contraprestación por un servicio profesional, aun cuando no tuviesen la intención de promover o facilitar el delito originario por medio del cual se habían obtenido aquellos bienes. Suficiente para la punibilidad es que realicen la conducta prohibida a sabiendas de que los bienes tienen una fuente ilícita.⁷

Naturalmente, la aplicación del § 1957 al caso de los abogados generó numerosas objeciones, principalmente por parte de colectivos de abogados. Así, la *National Association of Criminal Defense*

⁴ Se prevé una pena máxima de 10 años de prisión o una multa de U\$S 250.000, o ambas (18 USC § 1957(b)(1)). En lugar de esas penalidades, el tribunal puede imponer una multa máxima del doble del valor de los bienes de origen ilícito involucrados en la transacción (18 USC § 1957(b)(2)).

⁵ 18 USC § 1957 (f)(1).

⁶ Cf. HAMMAN y KOEN, “Pecunia Non Olet: Dirty Money as Legal Fees”, *Journal of Anti-Corruption Law*, Vol. 1, Núm. 1, 2017, pp. 107-131 (117).

⁷ Esto incluye una amplia lista de delitos (por ej., corrupción, criminalidad de cuello blanco, criminalidad organizada, fraude, delitos ambientales, control de exportaciones, espionaje y todos los delitos graves de drogas —*felonies*—, entre otros). Cf. el §1956(c)(7) al que remite el § 1957(f)(3), ambos del 18 USC.

En cuanto al elemento subjetivo, no es necesario que el sujeto conozca el delito determinado del cual provienen los bienes, es suficiente con que sepa que proceden de un delito en general. Se exige, además, que quien realiza la transacción conozca que los bienes tienen un valor superior a los U\$S 10.000

Lawyers (Asociación Nacional de Defensores Penales) rápidamente tildó a la disposición como una grave intrusión en la relación entre abogado y cliente en violación de la sexta enmienda a la Constitución de los EE.UU.⁸ La doctrina también sostuvo que el § 1957 se oponía al derecho del acusado a contar con la asistencia de un representante legal, reconocido en la sexta enmienda. En particular, se alegó que tal disposición violaba tres manifestaciones de este derecho: el derecho a ser representado por un abogado, el derecho a un abogado de su elección y el derecho a una defensa efectiva.⁹ Con esto, la discusión quedó planteada en el plano constitucional.¹⁰

Dos años después de la sanción del § 1957, el Congreso reformó la definición de “transacción monetaria”. El § 1957 ahora excluye de esa definición “toda transacción necesaria para preservar el derecho de la persona a una representación tal como está garantizado en la sexta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos”.

Los términos de la excepción introducida en el § 1957 sugieren que la reforma respondió, principalmente, a las objeciones constitucionales formuladas contra la persecución penal de los abogados en estos casos. En la doctrina se ha sostenido que esta reforma tuvo más efectos simbólicos que reales, dado que si efectivamente el § 1957 violaba la Constitución, entonces los tribunales habrían podido rechazar las persecuciones en estos casos con base en la sexta enmienda sin necesidad de una reforma.¹¹ Con todo, no puede desconocerse que una reforma legislativa aporta claridad, dado que no deja en manos de la interpretación judicial si el derecho constitucional ha sido efectivamente violado. De hecho, el caso era efectivamente controvertido, existiendo autores y decisiones judiciales que expresamente defendieron la constitucionalidad de la disposición en cuestión.¹² En este sentido, independientemente de su acierto político criminal, la reforma tuvo efectos reales en la solución de los casos. Ella dejó en claro que el pago de los honorarios de un

⁸ NACDL to Congress: Reform § 1957, Nat'l Ass'n of Crim. Def. Law, Washington Digest (May 20, 1987), N° 6, 1 (citado por BRICKEY, “Tainted assets and the right to counsel – The money laundering conundrum”, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 66, Núm. 1, 1988, pp. 47-61).

⁹ Ver referencias en GAETKE y WELLING, “Money Laundering and Lawyers”, *Syracuse Law Review*, Vol. 43, N° 4, 1992, pp. 1165-1245 (1171).

¹⁰ No todas las voces fueron críticas; ya tempranamente BRICKEY defendió el § 1957 de la objeción constitucional (cf. EL MISMO AUTOR, *Wash.U.L.Q.*, Vol. 66, Núm 1., 1988, cit., pp. 47-61).

¹¹ Así, GAETKE y WELLING, *Syracuse L. Rev.*, Vol. 43, N° 4, 1992, cit., pp. 1171 sostuvieron que más que lograr un cambio sustancial, la reforma estuvo guiada por el propósito de enviar un mensaje político en el sentido de compartir la preocupación por las implicancias constitucionales que podría tener la persecución penal de los abogados defensores en estos casos

¹² Cf. BRICKEY, *Wash.U.L.Q.*, Vol. 66, Núm 1., 1988, cit., pp. 50 s. y las sentencias allí citadas.

defensor penal no se encuentra más incluido en la definición de “transacción monetaria” y que, por tanto, estos casos quedarían eximidos de responsabilidad penal.

Sin embargo, el alcance de esta excepción no debe ser sobreestimado, pues todavía deja un margen para la responsabilidad penal de los abogados en estos casos.

Por un lado, la reforma del § 1957 no resulta aplicable respecto de cualquier representación legal. Dado que la excepción se basa en la sexta enmienda, ella sólo procede en casos penales. Además, como se entiende que la sexta enmienda sólo vale para representaciones que tienen lugar con posterioridad a la acusación (*indictment*),¹³ la excepción tampoco aplicaría hasta ese momento. Por eso, el defensor penal que deposita los honorarios pagados con bienes ilícitos por parte de un cliente que todavía no ha sido acusado quedaría afuera de la excepción y podría ser responsabilizado penalmente.¹⁴ Esto deja un amplio margen de punibilidad, porque normalmente quien se ve envuelto en un caso penal busca auxilio de su abogado con anterioridad al momento en que es formalmente acusado. Más allá de eso, según la interpretación corriente de la Corte Suprema de los Estados Unidos la sexta enmienda es de aplicación irrestricta en casos que resultan en la aplicación de una pena de prisión, pero no lo es en aquellos en que ésta no es una solución obligada para el tribunal. Así, la sexta enmienda puede no ser aplicable en caso de delitos leves.¹⁵

Por otro lado, la excepción ha perdido gran parte de su fuerza como medio de protección de los derechos de defensa del acusado a partir de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre decomiso de bienes provenientes del delito. El decomiso está regulado actualmente en la *Comprehensive Forfeiture Act* (CFA) de 1984, incorporada como § 853(a)-(q) del título 21 del USC.

¹³ Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States v. Gouveia*, 467 U.S. 180, 191 (1984): los reclamantes no tenían un derecho constitucional a contar con un abogado designado de oficio mientras estaban en detención administrativa y antes de que un procedimiento judicial adversarial haya sido iniciado en su contra (467 U.S. 187-192, disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/180/> [enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024]).

¹⁴ Cf. GAETKE y WELLING, *Syracuse L. Rev.*, Vol. 43, N° 4, 1992, cit., pp. 1171.

¹⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Scott v. Illinois*, 440 U.S. 367 (1979): Las enmiendas sexta y catorce exigen que ningún imputado indigente sea condenado a prisión a menos que el Estado le haya garantizado el derecho a asistencia de un abogado de oficio para su defensa, pero no requieren que un tribunal estadual designe a un abogado de oficio para un imputado, como el peticionante, que está acusado de un delito para el cual, en caso de condena, la prisión está autorizada pero no es obligatoria (440 U.S. 369-374; disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/440/367/> [Enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024]).

Luego de la reforma del § 1957 USC en 1988, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que decidir dos casos en los que se alegaba que autorizar el decomiso de los honorarios profesionales de un abogado pagados con dinero ilícito violaba el derecho de su cliente a contar con un abogado de elección.

El primer caso es *United States v. Monsanto*, decidido por la Corte el 22 de junio de 1989.¹⁶ Peter Monsanto, un presunto distribuidor de heroína contra quien se había dictado una orden judicial prohibiendo el uso de sus bienes a la espera del juicio, objetó que esa orden violaba su derecho a contar con un abogado de su elección garantizado en la sexta enmienda. Monsanto solicitó que se emitiera una orden que le asegurase que, si los bienes eran usados para pagar los honorarios de su abogado, el Estado no podría invocar la CFA para confiscar el pago, si, luego del juicio, era condenado. La Corte rechazó la alegación de Monsanto de que decomisar los honorarios de su abogado supone una lesión de la sexta enmienda.¹⁷ Sostuvo que el § 853(a) de la CFA no contiene ninguna excepción en caso de honorarios percibidos por abogados y, por lo tanto, que los honorarios profesionales pagados con bienes de origen delictivo pueden, como cualquier otro bien, ser objeto de decomiso.

Ese mismo día la Corte Suprema decidió el caso *Caplin & Drysdale v. United States* en sentido análogo.¹⁸ Christopher Reckmeyer fue acusado por contrabando y comercialización de drogas. En el marco de ese proceso, el tribunal de distrito le impuso una orden restrictiva que le impedía transferir los bienes que podrían ser objeto de un eventual decomiso en caso de condena. Reckmeyer incumplió la orden y transfirió U\$S 25.000 a la firma de abogados Caplin & Drysdale, que, en ese momento, ejercía su patrocinio legal. Luego de realizar la transferencia solicitó al tribunal que enmendara la orden con el fin de permitir el uso de parte de los bienes para pagar los honorarios de sus abogados y que esos bienes quedaran excluidos de un eventual futuro decomiso. Sin embargo, poco después Reckmeyer llegó a un acuerdo con la fiscalía (*plea bargain*), por el cual, entre otras cosas, aceptó que todos los bienes de origen ilícito fueran decomisados. En vista de este acuerdo, el tribunal de distrito rechazó el pedido de Reckmeyer y ordenó que todos sus bienes, incluido el dinero dado como pago a sus abogados, fuera decomisado. Esa orden fue cuestionada

¹⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States v. Monsanto*, 491 U.S. 600 (1989). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/600/> [Enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024].

¹⁷ La Corte también rechazó una lesión a la cláusula del debido proceso de la quinta enmienda.

¹⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Caplin & Drysdale, Chartered, Petitioner v. United States*, 491 U.S. 617 (1989). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/617/> [Enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024].

por Caplin & Drysdale, quienes alegaron que el dinero usado para pagar honorarios profesionales de abogados no podía ser objeto de decomiso en los términos del § 853(a) de la CFA, porque, si lo fuera, esa disposición sería inconstitucional. El planteo, aceptado por el tribunal de distrito y luego rechazado por la Cámara de Apelaciones, finalmente llegó a la Corte. La Corte confirmó su decisión en Monsanto y específicamente en relación con la alegación de la violación de la sexta enmienda vertió algunas significativas consideraciones sobre el punto:

“Un acusado no tiene un derecho garantizado en la sexta enmienda a gastar el dinero de otra persona para solventar servicios prestados por un abogado, aun cuando esos fondos son la única vía por la cual el acusado puede retener el abogado de su elección. Un sospechoso de robo, por ejemplo, no tiene un derecho basado en la sexta enmienda a usar los fondos que ha robado de un banco para retener a un abogado que lo defienda en caso de ser detenido. El dinero, aunque en su posesión, no es, según derecho, suyo; el gobierno no viola la sexta enmienda si secuestra el producto del robo y se rehúsa a permitir que el acusado los use para pagar por su defensa”.¹⁹

Estas decisiones, aunque no referidas específicamente a la punibilidad del abogado por recibir dinero de origen ilícito como pago de honorarios, contienen argumentos que pueden ser trasladados al caso que aquí nos ocupa.

En definitiva, si bien es cierto que la modificación al § 1957 pretendió excluir la responsabilidad penal de los abogados, como puede verse, todavía no es una garantía segura en contra de la persecución. Esto explica que aun con posterioridad a la reforma hayan existido investigaciones penales contra abogados defensores referidas al cobro de sus honorarios.²⁰

¹⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos, Caplin & Drysdale, Chartered, Petitioner v. United States, 491 U.S. 617 (1989). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/617/> [Enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024].

²⁰ Cf. por ej., United States vs. Velez, que ocupó a los tribunales norteamericanos dos décadas después de la reforma de 1988. En este caso, se acusó al abogado Ben Kuehne por lavado de dinero (§ 1957). Kuehne fue contratado por el abogado de una persona condenada por contrabando de cocaína para que dictamine sobre la procedencia de las sumas que recibía de su cliente en concepto de honorarios. Los parientes del cliente condenado por contrabando depositaron dinero en la cuenta de Kuehne. Parte de ese dinero Kuehne se lo entregó al abogado que lo contrató y otra parte se la quedó como adelanto de sus honorarios. Con posterioridad, se completó el pago de los honorarios por su trabajo. Kuehne alegó en su defensa que se encontraba protegido por la excepción de la sexta enmienda y, con base en ello, solicitó que se desestimen los cargos en su contra. El juez de distrito hizo lugar a la desestimación. El Estado apeló la decisión y argumentó que la excepción del § 1957

2.2. La discusión en Alemania

En Alemania, la cuestión sobre la punibilidad de los abogados que reciben como honorarios dinero que proviene de un delito fue intensamente discutida en la doctrina y en la jurisprudencia en relación con la figura de lavado de dinero.

El delito de lavado de dinero está regulado en el § 261 StGB alemán. La figura que interesa aquí, hasta el año 2021, se encontraba en su párrafo II que penalizaba de un modo amplio a quien adquiere, tiene y usa un objeto que procede de un hecho ilícito precedente del lavado.²¹ El párrafo V, a su vez, penalizaba la comisión imprudente.²²

Según estas figuras, no sólo resultaban típicas las conductas de los abogados que recibían el dinero sabiendo o incluso sospechando que provenía de un hecho ilícito precedente del lavado (antiguo párrafo II, se considera que admite el dolo eventual), sino también la de los abogados que ignoraban esa circunstancia, pero que podrían haberla reconocido si hubieran prestado la atención debida (antiguo párrafo V).

Con las reformas introducidas en el año 2021 al §261 la discusión en torno a la posibilidad de responsabilizar a los defensores penales por lavado de dinero se redujo considerablemente, porque una de las modificaciones consistió, precisamente, en la inclusión de una cláusula de privilegio a favor de los abogados defensores cuando reciben dinero proveniente de un delito en concepto de honorarios profesionales. El texto actual, los exime de responsabilidad penal en estos casos, salvo

había sido anulada por la Suprema Corte que intervino al decidir el caso *Caplin & Drysdale vs. United States* sobre decomiso (ver *supra* nota 18). Finalmente, la Cámara de Apelaciones falló en contra de la persecución penal del abogado con el argumento de que los bienes habían sido destinados al pago por un servicio prestado legítimamente. Si bien se terminó desestimando la imputación contra Kuehne, el caso muestra que el alcance de la excepción introducida al § 1957 es controvertido luego de las decisiones de la Corte Suprema sobre decomiso y que existe un riesgo de persecución penal del abogado. Sobre los vaivenes del caso, cf. HAMMAN y KOEN, *Journal of Anti-Corruption Law*, Vol. 1, Núm. 1, 2017, cit., pp. 119 s., así como los precedentes *United States vs. Velez* Case No 05-20770-Cr-Cook (2008) y *United States vs. Velez* F3d 875 (11th Cir 2009) allí citados (p. 119 s.).

²¹ El párr. II del § 261 textualmente establecía: “Del mismo modo será castigado quien: 1. Se procure o procure para un tercero, o 2. Guarde o utilice, para sí o para un tercero, un objeto caracterizado en el párrafo I, si conocía el origen del objeto en el momento en el que lo obtuvo”.

²² A partir de la reforma legislativa del año 2021 el texto del párrafo II pasó a ubicarse en el inciso 4 del párrafo I y el del antiguo párrafo V pasó al párrafo VI.

cuando hayan recibido el dinero con un conocimiento seguro de su procedencia ilícita (ver las últimas oraciones del actual párrafo I y párrafo VI del § 261).²³

No obstante, la situación anterior a la reforma era diferente. La posibilidad de excluir la responsabilidad penal del abogado que recibía por la defensa penal dinero proveniente de un delito había sido discutida y rechazada expresamente durante el debate parlamentario de la disposición vigente hasta el 2021.²⁴ Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia alemana coincidían, en general, en que no debían ser punibles, o, al menos, no en todos los casos.

Con todo, esto dio lugar a una amplia discusión, porque más allá de coincidir en cuanto a la falta de responsabilidad penal, no hubo acuerdo en cuanto al alcance que debería tener esta exclusión, a los argumentos dados en su respaldo y a la colocación sistemática de la solución propuesta en la teoría del delito.

Principalmente, se propusieron restricciones en el ámbito de la tipicidad objetiva (solución del tipo (a.) y subjetiva (solución del dolo (b.)). Gran parte de estas discusiones aprovecharon el debate tradicional, y que excede el caso específico del abogado defensor aquí analizado, sobre la relevancia penal de los comportamientos neutrales.²⁵ Desde esta perspectiva, la cuestión pasó por determinar si la recepción de honorarios forma parte de aquellos comportamientos que se realizan en el marco de la prestación de los servicios propios de la profesión, es decir, de aquellas actividades estándar que, en principio, tienen lugar con cualquier persona o cliente.

Por otra parte, algunos autores y especialmente la jurisprudencia también han ofrecido argumentos constitucionales a favor de la eximición de responsabilidad del abogado en el caso analizado (c.).

²³ La cuestión que plantea la reforma es en qué medida el privilegio puede ser extendido a abogados que no se desempeñan como defensores penales, sino que cumplen mandatos como abogados en otros ámbitos del derecho, como por ejemplo el civil o laboral (al respecto, cf. NEUMANN, “Der reformierte Geldwäschetatbestand – Teil 2”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, Vol. 6, 2022, pp. 820-833 (831). Disponible en: https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2022_6_1688.pdf [Enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024]).

²⁴ Cf. BARTON, “Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§261)”, *Strafverteidiger*, Vol. 3, 1993, pp. 153-163 (157 s.). También CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 106.

²⁵ Un panorama sobre las diversas teorías referidas a la relevancia penal de los actos neutrales puede verse en GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación* (traducción a cargo de Carlos LASCANO y Diego PERETTI ÁVILA), Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

En lo siguiente, voy a describir las principales propuestas de solución recién mencionadas (a., b. y c.).

a. La solución del tipo

Distintas propuestas intentan solucionar este problema ya en el nivel de la tipicidad objetiva. Para ellas, la conducta del abogado de recibir dinero como contraprestación de su servicio profesional no debería estar abarcada por el tipo objetivo y, por lo tanto, su impunidad sería independiente de si el abogado conocía o no que el dinero provenía de un hecho ilícito. A este respecto, las propuestas más destacadas recurren a reducciones basadas en criterios normativos como la adecuación social o la doctrina de la imputación objetiva.

Según la clásica teoría de la adecuación social quedan excluidos de la tipicidad todos aquellos comportamientos funcionalmente integrados a la organización de la vida comunitaria de un pueblo en un determinado momento, aun cuando formalmente puedan realizar un tipo penal.²⁶ Sin embargo, esta fórmula es en general rechazada debido a su indeterminación, dado que es difícil saber con certeza qué comportamientos son socialmente adecuados y cuáles no.²⁷

La mayoría de los partidarios de la solución del tipo recurren, por ello, a consideraciones normativo-teleológicas basadas principalmente en la doctrina de la imputación objetiva. Desde este punto de vista, el comportamiento de los abogados en estos casos constituiría una prestación de servicios usual, socialmente estandarizada, que no afecta el bien jurídico de la norma o su fin de protección, porque la aceptación de honorarios no significa el ingreso de los bienes en el círculo económico legal.²⁸ Contra esta teoría se ha objetado, sin embargo, que no hay acuerdo sobre cuál es el bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero.²⁹

²⁶ Cf. GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación* (traducción a cargo de Carlos LASCANO y Diego PERETTI ÁVILA), cit., p. 45.

²⁷ Cf., BARTON, *Strafverteidiger*, Vol. 3, 1993, cit., p. 158. También: AMBOS, “La aceptación por el abogado defensor de honorarios ‘maculados’”, en DIAS (ed.), *El penalista liberal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 55-94 (69); WIRTZ y BERMEJO, “Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: ¿un mismo problema, una misma solución?”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* [en adelante: ZIS], Vol. 11, 2007, pp. 450-459 (454).

²⁸ Para esta discusión ver AMBOS, en DIAS (ed.), *El penalista liberal*, cit., p. 69 y WIRTZ y BERMEJO, ZIS, Vol. 11, 2007, cit., p. 454.

²⁹ Otra propuesta niega la imputación objetiva en estos casos por considerar que se trata de un comportamiento estereotipado, adecuado al rol y que no supera el umbral del riesgo permitido. Por tanto, se afirma que no puede ser punible, aun cuando quien realiza la conducta sepa que el tercero con el que interactúa desea participar en un hecho delictivo. Así, el

En general, a las soluciones basadas en consideraciones teleológico-objetivas no sólo se les cuestiona que lleguen a resultados incompatibles con el texto de la disposición, sino también que contradicen la finalidad que expresamente tuvo en cuenta el legislador alemán al sancionar el § 261. En efecto, según los antecedentes parlamentarios, la incorporación del tipo penal de lavado tuvo por finalidad aislar económicamente de la manera más amplia posible al autor del delito precedente, evitando que pueda utilizar los bienes ilícitos en el mercado legal. De hecho, como se indicó anteriormente, durante el debate parlamentario el legislador dejó expresamente en claro su voluntad de no exceptuar de la prohibición ningún comportamiento. Ante este panorama, se ha alegado que parece haber poco espacio para las reducciones de carácter teleológico-objetivo propuestas por esta solución.³⁰

b. La solución del dolo

Un segundo grupo de teorías considera que las limitaciones deben realizarse en el tipo subjetivo. Estas teorías, por regla general, niegan la punibilidad cuando la conducta neutral se realiza sólo con la sospecha de que la contraprestación procede de un delito y la afirman cuando el sujeto actúa con conocimiento seguro de su origen (dolo directo). Para estas posiciones no habría, en verdad, actos neutrales en sí mismos, la neutralidad de un acto dependería del conocimiento del autor.

Contra esta solución suele objetarse la falta de fundamento para que en el ámbito de los comportamientos neutrales se deriven consecuencias tan distintas a partir de la presencia de dolo directo o de dolo eventual. Más aun cuando a nivel legislativo sólo en muy pocos casos se realizan esta clase de distinciones.³¹ Se cuestiona, además, que no se advierte cuál sería la razón por la cual el dolo eventual sería suficiente en general cuando se realizan conductas organizativas de lavado, pero no cuando se trata de prestaciones de servicios estándar, a pesar de que en ambos casos se

abogado que cobra los honorarios por su actividad profesional (al igual que el panadero o el taxista) actúa de manera estereotipada y no debe ser punible, aun cuando sepa que su servicio es retribuido con dinero procedente de un delito. Cf. MÜSSIG, “Strafverteidiger als ‚Organ der Rechtspflege‘ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche”, *Wistra*, 2005, pp. 201 ss.

³⁰ Cf. AMBOS, en DIAS (ed.), *El penalista liberal*, cit., p. 68.

³¹ Cf. GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación* (traducción a cargo de Carlos LASCANO y Diego PERETTI ÁVILA), cit., p. 92 con críticas adicionales.

aplicaría la misma figura penal (el § 261, que castiga incluso a quien comete el delito por imprudencia grave).³²

c. La solución constitucional

Esta solución aboga por una interpretación conforme a la constitución del tipo penal de lavado de dinero con el fin de hacerlo compatible tanto con el derecho del abogado a ejercer libremente su profesión (artículo 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental (LF) alemana) como con el derecho del imputado a elegir un defensor de su confianza (artículo 2, párrafo 2 de la LF alemana). La discusión de si la penalización del abogado defensor por recibir dinero proveniente de un delito como honorarios profesionales viola tales derechos constitucionales ocupó fundamentalmente a la jurisprudencia alemana. Básicamente, esta discusión se centró en resolver un complejo problema de ponderación entre, por un lado, los derechos constitucionales mencionados y, por el otro, el interés estatal en prevenir el lavado de dinero y el hecho precedente. Luego de algunos vaivenes jurisprudenciales, la cuestión fue finalmente decidida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) en su sentencia el 30 de marzo de 2004.³³

En su fundamental sentencia, el TCFA alemán sostuvo que la punibilidad del abogado por lavado de dinero es compatible con la Constitución en tanto el defensor sea penalizado solamente si tiene, en el momento de recibir los honorarios, un conocimiento seguro sobre su origen ilícito. De este modo, a través de una interpretación conforme del texto constitucional, el Tribunal excluyó la posibilidad de sancionar al abogado que sólo tiene por posible (dolo eventual) que el origen del dinero de sus honorarios es ilícito o que, por imprudencia grave (ligereza), no advierte tal situación. Esta interpretación del tipo penal no garantiza una inmunidad absoluta del abogado, pero sí restringe ampliamente el ámbito de punibilidad.³⁴

³² Al respecto, véase, RAGUÉS I VALLES, “Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 127-161 (145).

³³ Cf. BVerfGE 110, 226; disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2004/03/rs20040330_2bvr152001.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [enlace verificado el día 24 de septiembre de 2024]. Esta jurisprudencia fue confirmada por la sentencia del BVerfG del 28 de julio de 2015 (NJW 40/2015, 2949).

³⁴ En el caso se juzgaba por lavado de dinero o a dos abogados que habían percibido la suma de 200.000 marcos en efectivo como honorarios por la defensa de dos personas acusadas de una monumental estafa piramidal. Lo interesante del caso es que, con anterioridad a la intervención del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo Federal se había pronunciado a favor de la punibilidad de los abogados, sobre la base de que esa solución no sólo se ajustaba al tenor literal del tipo penal y

Para llegar a esta solución, el TCFA sostuvo, por un lado, que una aplicación ilimitada del tipo penal al defensor penal puede conducir a una interferencia desproporcionada en su derecho fundamental a un libre ejercicio de su profesión.³⁵ Según el Tribunal, este derecho aspira a lograr una actividad laboral en la mayor medida posible no reglamentada e incluye, a su vez, un derecho a exigir una adecuada remuneración por su prestación laboral. Asimismo, remarcó que la protección del ejercicio profesional del abogado frente a controles estatales no sólo reside en el interés individual del abogado, sino también en el interés de la generalidad a una administración de justicia ordenada, efectiva y conforme al estado de derecho.

Por otro lado, el TCFA apoyó su conclusión también -y principalmente- en el derecho del imputado a ser defendido por un abogado de su elección y confianza. Al respecto, sostuvo que la punibilidad del abogado por lavado puede afectar la relación de confianza entre el defensor y su cliente, la cual es una condición imprescindible para una efectiva defensa. La existencia de una amenaza penal ilimitada para el defensor, argumentó el Tribunal, puede conducir a una colisión de interés capaz de poner en riesgo la efectividad de la defensa. Si el defensor penal corre un riesgo amplio de persecución penal por lavado, entonces, más allá de considerar los intereses de su defendido, tendrá que considerar los suyos propios con posibles afectaciones para una efectiva defensa. Asimismo, según el Tribunal, es posible que emerjan situaciones en las que el cliente ya no pueda contar con el silencio de su defensor, las cuales podrían llevar al imputado a prescindir, de una comunicación franca, libre y abierta con él. Finalmente, el TCFA sostuvo que posibles actos de investigación sobre el defensor, como, por ejemplo, un registro domiciliario de su oficina y el secuestro de documentos, pueden afectar de manera más profunda la relación de confianza entre el abogado y su cliente.

2.3. La discusión en España

En el derecho español también se discutió la posibilidad de responsabilizar penalmente por el delito de lavado de dinero a los abogados defensores que reciben en concepto de honorarios bienes provenientes de un hecho ilícito.

se correspondía también con el fin perseguido por la norma, sino de que no lesionaba ningún derecho constitucional. En concreto, el Tribunal Supremo descartó la posibilidad de una lesión al derecho al libre ejercicio de la profesión y al derecho del imputado a hacerse asistir por un defensor de su elección (cf. sentencia del 4 de julio de 2001 (2 StR 513/00), en BGHSt, 47, 689).

³⁵ Para los argumentos que siguen cf. nm. 101 ss. de la sentencia (BVerfGE 110, 226).

Ese delito está receptado en los artículos 301 a 304 del Código Penal (CP) español. La figura en la que podría subsumirse la conducta de los abogados se encuentra regulada en el inciso 1º, del artículo 301 que penaliza a quien “adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva (...) o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”. El inciso 3º, a su vez, penaliza a quien realiza esos comportamientos con imprudencia grave.³⁶

La mayoría de la doctrina española, sin embargo, se opone a la punibilidad de los abogados en estos casos.³⁷ Para ello recurre a argumentos similares a los que se dieron en el contexto de la discusión alemana³⁸ y, en consecuencia, se proponen limitaciones al tipo penal en relación con sus

³⁶ Las referencias normativas corresponden a los textos según la última reforma legislativa ocurrida en 2021.

³⁷ Cf., por todos, RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., p. 140.

³⁸ En relación con el tema de este trabajo, la influencia de la discusión alemana en el ámbito español es notable en RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit.; BLANCO CORDERO, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales [en adelante: ADPCP]*, vol. L, 1997, pp. 263-292; PÉREZ MANZANO, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales”, en BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO (eds.), *Política Criminal y blanqueo de capitales*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 169-206; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, 2000, Madrid, Marcial Pons, pp. 258 ss.

NÚÑEZ (2024), “Responsabilidad penal del abogado defensor por el cobro de honorarios”, pp. 110-155.

elementos objetivos,³⁹ subjetivos⁴⁰ o apelando al reconocimiento de los derechos constitucionales en juego⁴¹.

En la jurisprudencia española existen algunos casos en los que se imputó y condenó a abogados por el delito de lavado de dinero. Sin embargo, en su mayoría, se trata de casos en los que se investigó a los abogados por prestar asesoramiento profesional para fines delictivos y no por cobrar honorarios de origen delictivo.⁴² Un caso interesante en relación con esta última problemática decidió la audiencia provincial de Isla Baleares, el 25 de febrero de 2009.⁴³ En línea con la jurisprudencia del TCFA alemán referida, para el tribunal provincial “cometería el delito de blanqueo aquel Abogado que sabe y conoce con antelación y a ciencia cierta, con plena certeza, desde el mismo momento en que contrata sus servicios, que la minuta de su cliente le va a ser satisfecha con bienes o dinero que procede del narcotráfico o de un delito grave”. Con base en esta

³⁹ Por ej., RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., pp. 146 ss. propone una limitación en función de la finalidad del castigo del delito (volveré sobre esta propuesta en el punto 5.) y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 247 s. propone una reducción teleológica acorde con el principio de insignificancia. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO (eds.), *Política Criminal y blanqueo de capitales*, cit., pp. 188 ss. caracteriza la conducta de los abogados como un acto neutral y considera también que la cuestión debe resolverse en el ámbito de la tipicidad objetiva.

⁴⁰ Sobre la posibilidad de limitar la aplicación del tipo penal de lavado de dinero a los supuestos de dolo directo, cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales. Un apunte introductorio”, en BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 207-224 (220 ss.); BLANCO CORDERO, *ADPCP*, vol. L, 1997, cit., p. 275. Un sector de la doctrina española y la jurisprudencia mayoritaria interpreta el art. 301.1 en el sentido de que para ser típica la conducta de “adquirir” bienes de origen delictivo es necesaria la presencia del elemento subjetivo especial consistente en la finalidad de ocultar o encubrir la procedencia ilícita de los bienes, cf., por ej., EL MISMO, *ADPCP*, vol. L, 1997, cit., p. 264 ss.; similar DE LA CUERDA MARTÍN, *Responsabilidad penal y negocios estándar. Los casos del asesor fiscal y del abogado*, Madrid, AEBOE, 2023, pp. 865 s., 928, con referencias a la jurisprudencia, especialmente, del Tribunal Supremo español. Critica esta última interpretación RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., pp. 129 s. y 145 con referencias adicionales.

⁴¹ PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política Criminal y blanqueo de capitales*, cit., p. 189, por ej., a las razones basadas en la atipicidad de los comportamientos neutrales (*supra* nota 39) suma aquellas que se vinculan con los derechos fundamentales en conflicto.

⁴² Véase por ej., STS 974/2012 del 5 de diciembre (caso Ballena Blanca), en este caso el abogado participó directamente en la constitución de sociedades por medio de las que se adquirieron inmuebles con dinero de origen ilícito; STS 56/2014 del 6 de febrero, en el que el abogado sugiere una estrategia para simular el origen delictivo del dinero. Un comentario a estas sentencias puede encontrarse en similar DE LA CUERDA MARTÍN, *Responsabilidad penal y negocios estándar. Los casos del asesor fiscal y del abogado*, cit., p. 914 ss.

⁴³ SÁPE de Isla Baleares 8/2009, 25 de febrero (caso Son Banya). La abogada condenada recibió dinero de unos narcotraficantes con el encargo de que se lo entregara a sus clientes y, a cambio de ello, estos últimos no ratificaran unas denuncias que habían formulado en sede judicial en contra de los narcotraficantes. La abogada retuvo una parte del dinero para sí y fue acusada de lavado de dinero. En su defensa, alegó que se trataba de dinero que había recibido en concepto de honorarios. Cf. DE LA CUERDA MARTÍN, *Responsabilidad penal y negocios estándar*, cit., p. 931 ss. con información adicional sobre el caso.

interpretación y en el rechazo de que el comportamiento pudiera considerarse un acto neutral propio de la profesión, se condenó a la abogada como autora del delito de lavado de dinero.

3. La punibilidad del defensor penal por la recepción de dinero de origen ilícito en el derecho argentino

En este punto me ocuparé de la pregunta acerca de si, según el derecho argentino, el defensor penal que recibe como contraprestación por sus servicios profesionales dinero que proviene del ilícito cometido por su cliente realiza algún tipo penal.

A diferencia de lo ocurrido en los Estados Unidos, Alemania e incluso España, en Argentina la cuestión de la posible responsabilidad penal del abogado en estos casos no dio lugar a un amplio debate. La mayoría de los (pocos) autores que se ocuparon del tema analizaron si el comportamiento de los abogados podía encuadrarse en alguna de las variantes del lavado de dinero (artículo 303 del Código Penal (CP) argentino)⁴⁴ y sólo unos pocos plantearon la posibilidad de una adecuación formal en el tipo de receptación (artículo 277, inciso 1 c del CP)⁴⁵.⁴⁶ A continuación, voy a analizar la viabilidad de cada una de estas opciones.

3.1. La punibilidad por lavado de dinero (artículo 303, inciso 1 del CP)

La primera posibilidad es considerar que la recepción como honorarios profesionales de dinero proveniente del delito se subsume en la figura de lavado de dinero del artículo 303, inciso 1 del CP.

Hasta la reforma legislativa que tuvo lugar en marzo de 2024,⁴⁷ eran contempladas como conductas típicas de lavado de dinero: convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular

⁴⁴ Ver, por ej., las referencias en BROND, "Aceptación de honorarios provenientes de un ilícito penal", en PASTOR y ALONSO (dir.), *Lavado de dinero*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018, pp. 47-72 (48).

⁴⁵ Cf. CORDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., pp. 110 s.; BÉGUELIN, "Strafverteidigerhonorar, Geldwäsche und Helerei", en LERMAN y CORDOBA (eds.), *FS-Sancinetti*, Berlín, Duncker & Humblot, 2020, pp. 735-750 (741); DURRIEU, *El lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, 2006, p. 184 (en nota al pie 1). También STRUENSEE, "Lavado de dinero a través de la aceptación de los honorarios para la defensa penal", *Revista del Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación*, Núm. 18, diciembre 2006, pp. 108-118 (con específica mención al caso argentino).

⁴⁶ En la jurisprudencia argentina prácticamente no se han realizado procesos contra los abogados en estos casos. Cf. CORDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., p. 111

⁴⁷ La disposición fue recientemente reformada por la Ley 27.739, publicada en el Boletín Oficial el 15/3/2024). El texto del art. 303, inc. 1 vigente dice: "Será reprimido con prisión de tres a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, adquiriere, disimulare o de cualquier otro modo

o de cualquier otro modo poner en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito.⁴⁸ El tipo penal exigía además que la conducta se realizara “con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquiriera la apariencia de un origen lícito”. Esta frase conducía a interpretar la figura como un delito de peligro concreto y se exigía mayoritariamente que la conducta típica fuera idónea para que los bienes pudieran adquirir apariencia de licitud.⁴⁹

Sin embargo, la técnica utilizada por el legislador para describir las acciones típicas de lavado dio lugar a diferentes interpretaciones.

Por un lado, se entendió que la frase “o de cualquier modo pusiere en circulación en el mercado” era una definición genérica y que el resto de las acciones mencionadas en el tipo (convertir, transferir, etc.), eran ejemplos de esa puesta en circulación. Para esta interpretación podía ser típica cualquier conducta —no sólo las mencionadas expresamente (convertir, transferir, etc.) sino también cualquier otra (“o de cualquier otro modo”)— que implicara una puesta en circulación en el mercado de los bienes provenientes de un ilícito penal (y, según el caso, que además fuera idónea para disimular la procedencia ilícita de los bienes).⁵⁰

Para otra opinión, en cambio, debía considerarse que la enumeración de verbos típicos era taxativa. Según este punto de vista “poner en circulación en el mercado” no era una definición genérica y el resto de las acciones sólo ejemplos, sino una forma más (junto con las enumeradas previamente) en la que podía manifestarse la conducta de lavado. Por lo tanto, respecto de esas

pusiere en circulación en el mercado, bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquirieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de ciento cincuenta salarios mínimos, vitales y móviles al momento de los hechos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”. Por su parte, el inc. 4 sanciona la misma conducta cuando la suma resultaba inferior a la mencionada en el inc. 1 con pena de multa de cinco a veinte veces el monto de la operación.

⁴⁸ El texto anterior del art. 303, inc. 1 decía: “Será reprimido con prisión de tres a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquirieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de trescientos mil pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí...”. La reciente reforma sumó el verbo “adquirir” a la enumeración de conductas típicas, modificó la expresión “bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal” y modificó el monto por el de 150 salarios mínimos, vitales y móviles.

⁴⁹ Cf., por todos, CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., pp. 29, 33 s., 94 s.; VERDE, “Proyecto de reforma de la ley de lavado de activos: los viejos nuevos problemas”, en *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 2023, pp. 799-818 (806). Más allá de lo señalado en la nota precedente, estas cuestiones no se vieron modificadas por la reforma legislativa.

⁵⁰ Cf., por ej., CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., p. 94; TROVATO, “Artículo 303”, en ZAFFARONI y BAIGÚN (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 12, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pp. 566-587 (575 s.).

conductas previas, mencionadas específicamente, no era necesario que se diera una puesta en circulación en el mercado.⁵¹

Ahora bien, dado que el abogado, cuando cobra sus honorarios, se limita a recibir el dinero que le entrega su cliente sin poner en circulación los bienes en el mercado, su punibilidad por este delito debía rechazarse si se adoptaba la primera interpretación.⁵² Desde esta perspectiva, la subsunción fracasaba entonces ya en el plano objetivo, porque faltaba la acción típica de lavado (faltaba la conducta que implicara poner en circulación). Para que se pudiera decir que el abogado ponía (por sí mismo) en circulación los bienes recibidos habría sido necesario que realizara una conducta adicional con ese dinero (por ej., que lo depositase en un banco clandestino o irregular o lo transfiriera a una cuenta radicada en un país considerado paraíso fiscal⁵³).⁵⁴

Si se adoptaba, en cambio, la segunda interpretación, la conclusión podía ser diferente. Como para este segundo punto de vista la puesta en circulación no era una condición necesaria del lavado bastaba con acreditar que cuando el abogado recibía sus honorarios realizaba alguna de las conductas típicas enunciadas específicamente “con la consecuencia posible” de que los bienes recibidos adquirieran apariencia lícita. En principio, la tipicidad en estos casos podía tener lugar bajo la forma de una “conversión” de los bienes de procedencia delictiva o como una forma de “disimular” ese origen.⁵⁵

Sin embargo, a mi juicio, la discusión en torno a las conductas típicas del lavado de dinero ha quedado resuelta con la última reforma realizada recientemente al tipo penal (ver *supra* nota 47).

⁵¹ Ver, por ej., VERDE, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 2023, cit., pp. 807 ss.

⁵² Cf. por ej., CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit. p. 109 (“...no realizan ninguno de los comportamientos descriptos ni en el actual art. 303, ni en el anterior 278 del CP”); cf. también BÉGUELIN, en LERMAN y CÓRDOBA (eds.), *FS-Sancinetti*, cit., p. 738.

⁵³ Sobre distintas técnicas de lavado, cf. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 125 ss.

⁵⁴ Con todo, la receptación de honorarios en estos casos podría ser punible como complicidad en la conducta de lavado del cliente, pues cuando este último paga los honorarios a su abogado pone esos bienes (ilícitos) en circulación en el mercado. En estos casos sería necesario, además, que la operación por medio de la que se entregan los bienes de origen delictivo resulte idónea para darles apariencia de licitud. Cf. CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., p. 109; BÉGUELIN, en LERMAN y CÓRDOBA (ed.), *FS-Sancinetti*, cit., pp. 738 s. También parece sugerir la posibilidad de una complicidad en el delito del cliente BLANCO, “El nuevo artículo 301 del Código Penal y la represión de conductas neutrales”, *RDP 2012-12* (cita online: AP/DOC/4394/2012), Thomson Reuters, Buenos Aires, 2012, p. 2046: “...los que reciben esos fondos (...) intervienen junto con [el autor del ilícito] (...) en la ‘puesta en circulación en el mercado’ de los bienes de procedencia ilegal” y, más reciente, EL MISMO AUTOR, “Aspectos problemáticos de la persecución del lavado de activos a diez años de la reforma del tipo penal mediante la ley 26683”, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, febrero de 2022, IUSDC3288777A.

⁵⁵ Cf. BROND, *Lavado de dinero*, 2° ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2024 [2016], pp. 125 s.

En efecto, entre otras modificaciones, se sumó a la enumeración de conductas típicas la acción de “adquirir”. Con esta inclusión, ya no resultaría posible seguir sosteniendo que la puesta en circulación en el mercado es una condición necesaria para la tipicidad en materia de lavado de dinero —primera interpretación—. Pues, como se explicó, la acción de adquirir (o recibir)⁵⁶ no configura una puesta en circulación. En todo caso, podría realizarla quien entrega esos bienes al que los adquiere. Según la redacción actual, sólo sería viable considerar que la enumeración de acciones es taxativa —segunda interpretación—. ⁵⁷

Por lo tanto, de acuerdo con esta interpretación y teniendo en cuenta la redacción actual del tipo penal, la conducta de los abogados podría ser típica de lavado de dinero no sólo bajo la forma de una conversión de los bienes o de disimular su origen, sino también mediante la adquisición de esos bienes de procedencia ilícita (y, según el caso, siempre que revista aptitud para dar a esos bienes una apariencia lícita).

3.2. La punibilidad por receptación intermedia (artículo 303, inciso 3 del CP)

La segunda posibilidad es considerar que la conducta de los abogados se subsume en el tipo penal de receptación intermedia, una variante del lavado de dinero prevista en el inciso 3 del artículo 303 del CP. Este delito sanciona a quien reciba bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una de las operaciones de lavado previstas en el inciso 1 del artículo 303 que les dé apariencia de un origen lícito. ⁵⁸

A diferencia de otros ordenamientos, el Código Penal argentino no sanciona como una forma de lavado de dinero la mera receptación de bienes provenientes de un hecho ilícito. Al menos,

⁵⁶ Puede considerarse que entre la acción de “recibir” y la de “adquirir” existe una relación de género y especie. La adquisición sería una forma específica de recibir. Algunos autores, por ej., sostienen que la recepción no implica la transmisión de la propiedad u otro derecho real, mientras que la adquisición, sí (cf. CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., p. 101). El término “adquisición”, a su vez, puede abarcar diferentes situaciones jurídicas y, por ello, ha dado lugar a más de una interpretación. Se discute, principalmente, si, además del ingreso de los derechos sobre los bienes de procedencia ilícita, es necesario, por ej., un incremento patrimonial, ánimo de lucro o una contraprestación. Al respecto, cf. BLANCO CORDERO, en FABIÁN CAPARROS, BLANCO CORDERO y ZARAGOSA AGUADO, *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, cit., pp. 147 s. Estas cuestiones no necesitan ser resueltas aquí, por cuanto, más allá de ello, el que “adquiere”, también “recibe” y la mera “adquisición” o “receptación”, no constituyen puestas en circulación de los bienes.

⁵⁷ A una conclusión semejante llega VERDE, “El lavado de activos según la Ley 27.739. Lo que cambia, lo que persiste, lo que aún debería cambiar”, *Enfoques Penales*, Nueva Serie, año 2, mayo 2024, N° 8, pp. 1-16 (5 ss.); con comentarios adicionales a la reforma reciente del delito de lavado de dinero.

⁵⁸ La última reforma legislativa modificó la expresión “...dinero u otros bienes...” por la de “... bienes u otros activos...” de la versión vigente.

podría decirse que esta era la situación hasta la última reforma del tipo penal, pues como se indicó, al incluirse el verbo “adquirir” en la enumeración típica del inciso 1, ahora sí constituye lavado la mera adquisición de bienes provenientes de un ilícito, esto es, una forma específica de recibirlos (y según como se entienda, siempre que la operación sea idónea para disimular la procedencia ilícita de los bienes).

En todo caso, para que se configure el delito de receptación intermedia no basta con la acción típica y el dolo de recibir esos bienes, sino que se requiere, además, la presencia de un elemento subjetivo especial que limita el campo de aplicación de la figura (“...con el fin de hacerlos aplicar...”).⁵⁹ En efecto, el sujeto debe tener, al momento de la recepción, la intención de poner los bienes en circulación en el mercado a través de una operación que, a la vez, sea apta o idónea para darles apariencia de licitud. De esta forma, la receptación intermedia está prevista como una conducta previa a las operaciones del inc. 1 que dan lugar al lavado propiamente dicho.⁶⁰

Entonces, ¿realiza el delito de receptación intermedia el abogado que recibe como honorarios dinero que proviene del hecho ilícito de su cliente?

Los autores coinciden en cuanto a que debería afirmarse la tipicidad cuando al momento de la recepción del dinero el abogado tiene la intención especial que reclama la figura de querer realizar con esos bienes una operación de lavado. Sin embargo, difieren en cuanto a qué tipo de operaciones darían lugar a una maniobra de lavado o, en otras palabras, cuándo estaríamos frente a una operación apta para dar apariencia de licitud a los bienes o cuándo esa apariencia lícita sería una consecuencia posible.

Para un sector de la doctrina no cualquier operación que implique poner en circulación los bienes en el mercado tiene la aptitud de dar apariencia de licitud a los bienes ilícitos. En línea con cuanto se viene sosteniendo respecto del inciso 1, se requiere que se recurra, además, a algún

⁵⁹ Y ello a pesar de que desde el ámbito internacional se exige que se sancione como una variante de lavado de dinero la mera “adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas de que son producto del delito” (cf. art. 6 (1) (b) (i) de la Convención de Palermo (2000) y art. 3 (c) (i) de la Convención de Viena (1988)).

⁶⁰ De hecho, los legisladores que redactaron la figura la definieron como un delito de emprendimiento, es decir, como una forma de incriminación de conducta que materialmente es un acto preparatorio del hecho futuro de lavado, pero que el legislador trata, formalmente, como un hecho consumado. Cf. Antecedentes Parlamentarios. Ley 25.246, LL, 2000-B-1681 (disponibles en https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgpal_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_24001_27000.html [enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024]).

procedimiento idóneo para ocultar el origen del dinero utilizado.⁶¹ Para este punto de vista, si el abogado recibe el dinero de procedencia ilícita con el fin de efectuar gastos corrientes, por ejemplo, hacer las compras del supermercado, pagar la escuela de sus hijos o incluso con el fin de gastarlo en cosas que hacen más placentera su vida, como un viaje con su familia, una buena comida o un buen vino, su conducta no realizaría el tipo penal de receptación intermedia. Precisamente, porque a estas operaciones les faltaría la aptitud de dotar de apariencia lícita a los bienes y, en consecuencia, el abogado que los recibe sólo con el fin de emplearlos en alguno de esos destinos carece también de la intención especial de querer realizar con ellos una operación de lavado. En otras palabras, le falta el tipo subjetivo de lograr la apariencia de legitimidad del dinero que obtiene como contraprestación de su conducta. En definitiva, para esta posición cuando el abogado simplemente gasta el dinero ilícito recibido, no oculta nada.

Sin embargo, para otros autores ya cualquier puesta en circulación del dinero en el mercado sería suficiente para darle apariencia de licitud. Para esta posición habría un margen más amplio para penalizar al abogado por receptación intermedia en estos casos.⁶²

3.3. La punibilidad por receptación (artículo 277, inciso 1, letra c del CP)

Finalmente, entra en consideración la figura de la receptación prevista en el artículo 277, inciso 1, letra c del CP. Este tipo penal sanciona a quien “...tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiere participado (...) adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito”. Este delito, aunque no tenga la misma carga simbólica del lavado de dinero, tiene la misma escala penal que la receptación intermedia (6 meses a 3 años).

⁶¹ Cf. CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., p. 89 s. quien da como ejemplo los casos en que se emplean testaferros, o se crean personas jurídicas que son utilizadas como pantallas. También TROVATO, “En qué consiste el delito de lavado de dinero”, *En Letra Derecho Penal*, núm. 5, noviembre 2017, pp. 15-20, para quien: “Lo que está prohibido es la realización de una maniobra ‘cosmética’ que le permita, al autor del hecho precedente, tener una explicación frente a la sociedad con respecto a que ese dinero fue obtenido legítimamente cuando en realidad tal obtención lo fue mediante la comisión de un delito” (p. 17). Para RUBINOVICH, “La normativización del lavado de dinero”, en PASTOR y ALONSO, *Lavado de Dinero*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, pp. 269-296 (271 s.) el delito de lavado presupone un engaño.

⁶² Cf., por ej., D’ALBORA (h.), “La nueva ley de lavado de dinero”, *ElDial.com*, junio de 2011, cita: El Dial DC15F9; DURRIEU, *El lavado de dinero en la Argentina*, cit., p. 185 (“...y con miras a blanquearlo mediante alguna operación que pueda realizar, por ejemplo, gastándolo en el mercado lícito...”). Para BROND, *Lavado de dinero*, cit., pp. 127 s. la figura del art. 303, inc. 3 abarca la recepción de honorarios hasta la aceptación del cargo. Una vez que el abogado acepta el cargo, convierte el dinero ilícito en honorarios profesionales y, por tanto, la aplicación del inc. 3 quedaría desplazada por la del inc. 1 del art. 303 (o el inc. 4, según el monto de la operación).

Se trata de una figura dolosa, de modo que es necesario que el autor conozca el origen delictivo del bien o la cosa que adquiere, recibe u oculta. Sin embargo, el inciso 2 del artículo 277 extiende la punibilidad por receptación a quien, de acuerdo con las circunstancias del caso, podía sospechar el origen delictivo del bien o de la cosa.⁶³ Este inciso recoge una modalidad imprudente de la receptación, aun cuando ni siquiera exige la posibilidad de *conocer*, usualmente exigida como parámetro de imprudencia, sino sólo la posibilidad de *sospechar*.⁶⁴ En consecuencia, abarcaría los supuestos en los que el autor, de haber puesto la diligencia y el cuidado debidos, habría podido advertir que el bien o la cosa que adquiriría o recibía provenían de un delito.

Aunque la doctrina haya prestado poca atención a estas disposiciones en el contexto que estamos analizando,⁶⁵ la conducta del abogado que recibe como honorarios dinero procedente de un delito parece estar formalmente abarcada por estas figuras. Ello sería así tanto en el caso en el que el abogado conoce la procedencia ilícita de los bienes (artículo 277, inciso 1, c), como cuando no la conoce, pero podía haberla sospechado (artículo 277, inciso 2).⁶⁶

3.4. El abogado como sujeto obligado a colaborar con la prevención del lavado de dinero y su incidencia en la punibilidad de los defensores penales por el cobro de dinero de origen ilícito

Cada vez son más los ordenamientos que, en la lucha contra el lavado de dinero, imponen a los abogados deberes de colaboración vinculados con la prevención de este delito.⁶⁷

⁶³ El texto del art. 277, inc. 2 dice: “En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un mes de prisión si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podría sospechar que provenían de un delito”.

⁶⁴ Cf. CORDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., p. 110 (nota al pie 64).

⁶⁵ Sólo unos pocos autores analizaron la posible responsabilidad penal de los abogados en función del delito de receptación del art. 277 del CP (ver *supra* nota al pie 45). La poca consideración dedicada a esta figura en el marco de esta discusión posiblemente se deba a la circunstancia, señalada por VERDE en general, de que el interés de los autores por este delito se ha visto desplazado hace algunos años por la atención puesta en el delito de lavado de activos (cf. *La receptación como delito contra el mercado formal*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 129-130).

⁶⁶ Y siempre que el dinero recibido provenga directamente del delito. A diferencia del lavado de dinero y sus variantes, la receptación no incluye los bienes subrogantes.

⁶⁷ Sobre la situación en el ámbito europeo, véase COCA VILA, “El abogado frente al blanqueo de capitales. ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia”, *Indret*, 4, 2013.

En el derecho argentino, hasta hace muy poco, el abogado no era considerado un sujeto obligado a colaborar. La Ley 25.246⁶⁸, modificada por la Ley 26.683⁶⁹, imponía a determinados sujetos, en virtud de su actividad profesional, la obligación de recabar información sobre su cliente y de comunicar a la Unidad de Información Financiera cuando una operación resultaba sospechosa (artículo 20), pero no mencionaba a los abogados.

Sin embargo, esta situación cambió recientemente. La Ley 27.739⁷⁰ modificó las leyes anteriores e incluyó expresamente a los abogados entre los sujetos obligados a prestar colaboración (art. 14, inc. 17). Esto plantea el interrogante acerca de si la imposición de este tipo de obligaciones a los abogados tendrá alguna incidencia en relación con la percepción de sus honorarios profesionales y la posibilidad de una responsabilidad penal derivada de ello.

En el derecho comparado, la compatibilidad de este tipo de deberes con la actividad de los abogados se encuentra muy discutida. El debate gira principalmente en torno a si la obligación de informar operaciones sospechosas de lavado de dinero supone una intromisión ilegítima en el derecho a mantener en secreto la información a la que acceden los abogados en el ejercicio de su profesión.⁷¹ Esta problemática atañe de un modo general al abogado, con independencia de si se desempeña como defensor penal, del origen de los fondos con los que son pagados sus honorarios o de una eventual responsabilidad penal por recibir esa clase de retribución. Es una discusión, por tanto, que excede el objeto de este trabajo.

Sin embargo, la imposición de estos deberes puede generar un problema adicional que repercute específicamente en los casos que venimos analizando. En efecto, si se admitiera la responsabilidad penal del abogado por el cobro de honorarios de origen ilícito (por ej., porque se considera que es una forma de adquirir bienes de origen ilícito), el propio abogado se encontraría implicado en las actividades de lavado respecto de las cuales tiene la obligación de aportar

⁶⁸ B.O. 10/5/2000.

⁶⁹ B.O. 21/6/2011.

⁷⁰ B.O. 15/3/2024. Es la misma ley que introdujo la última modificación al tipo penal de lavado de dinero.

⁷¹ A modo de ejemplo, véase: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sección 5ª, caso *Michaud contra Francia*, sentencia del 6/12/2012 (en relación con del derecho francés); también: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea, Gran Sala, sentencia del 26 de junio de 2007 (en relación con el derecho belga). Para la discusión en España, véase: COCA VILA, “El abogado frente al blanqueo de capitales. ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso *Michaud contra Francia*”, *InDret*, 4, 2013, cit.

información. El deber también podría afectarlo a él y ocasionar una violación a su derecho a no contribuir con su propia autoincriminación.⁷²

Entonces el abogado se encontraría frente a un dilema: cumple con el deber de colaborar y corre el riesgo de contribuir con su autoincriminación o incumple con el deber de colaborar y, además de exponerse al riesgo de ser sancionado administrativamente, eventualmente puede ser investigado en sede penal como autor de lavado de dinero por omisión (si se aceptara que los deberes de colaborar con la prevención del lavado son deberes de garante⁷³).

Con todo, las legislaciones que extienden los deberes de colaboración a los abogados suelen limitar materialmente el alcance de la obligación en función de la naturaleza de la actividad que realizan. De esta forma, es común que sólo se imponga un deber de colaborar cuando intervienen asesorando a sus clientes, por ejemplo, en actividades de carácter mercantil o societario (si ejercen como accionista a nombre de su cliente o llevan a cabo la gestión de un fideicomiso), pero no cuando se desempeñan como defensores de sus clientes. Este, de hecho, es el criterio que tomó en cuenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para descartar que los deberes de colaboración que alcanzan a los abogados representen una injerencia desproporcionada. En efecto, al analizar la legislación francesa sobre la materia, el TEDH sostuvo que “[l]a obligación de notificar las sospechas (...) sólo afecta a las tareas desempeñadas por abogados que son similares a aquellas realizadas por las otras profesiones sometidas a la misma obligación, y no afecta a la función que llevan a cabo en tanto que defensores de sus clientes”.⁷⁴

Por tanto, la incidencia que la imposición de estos deberes pueda tener en relación con los casos de este trabajo dependerá del alcance que se le confiera a la obligación. La Ley 27.739 ha seguido el criterio de la limitación material y ha dejado afuera las actividades en las que el abogado se desempeña como defensor de su cliente.⁷⁵ Por lo tanto, podría estimarse que la extensión a los

⁷² Cf. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO (eds.), *Política Criminal y blanqueo de capitales*, cit., p. 197.

⁷³ Sobre esto, sin embargo, no existe consenso. Cf. a modo de ejemplo, CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., p. 124 (en contra); BLANCO, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2022, cit., punto II (a favor).

⁷⁴ TEDH, Sección 5ª, caso *Michaud contra Francia*, sentencia del 6/12/2012 (en relación con del derecho francés); también: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea, Gran Sala, sentencia del 26 de junio de 2007 (en relación con el derecho belga), párr. 127.

⁷⁵ El inc. 17 del art. 14 menciona una serie de transacciones en las que recae el deber de colaborar sobre el abogado y al final dice que “[l]os abogados (...) no están obligados a reportar transacciones sospechosas si la información relevante se obtuvo en circunstancias en las que estos están sujetos al secreto profesional”.

abogados de los deberes de colaboración, en principio, no aportará nada adicional a la discusión sobre la responsabilidad penal del defensor por el cobro de honorarios de origen ilícito.⁷⁶

4. Conclusión provisoria

A partir del análisis realizado puede llegarse a una primera conclusión: hasta la última reforma de la ley, la tipicidad de la conducta de los abogados en materia de lavado de dinero dependía de cómo se interpretara el tipo penal. Si se entendía que las acciones enunciadas eran taxativas y que, por tanto, podía haber lavado sin necesidad de que los bienes fueran puestos en circulación en el mercado, el comportamiento de los abogados podía configurar una forma de convertir los bienes o de disimular su origen. Si se entendía, en cambio, que la puesta en circulación era una condición necesaria del lavado, el comportamiento de los abogados a lo sumo podía llegar a configurar una complicidad con el hecho principal de lavado del cliente-autor.

Según la redacción actual del tipo penal, la conducta de los abogados no sólo podría ser típica de lavado de dinero de capitales bajo la forma de una conversión o de disimular el origen de los bienes, sino también como una adquisición de dichos bienes de procedencia ilícita. Según el caso, deberá comprobarse además que el comportamiento revista aptitud para dar a esos bienes una apariencia lícita.

Por otra parte, para quien interprete de manera amplia este último requisito (que los bienes puedan adquirir apariencia lícita), el comportamiento de los abogados podría también encajar en la modalidad de lavado que recoge la figura de la receptación intermedia.

Con todo, según el derecho argentino, no habría reparos de carácter formal para afirmar que la conducta de los abogados que cobran honorarios provenientes de un delito realiza el tipo penal de receptación (según el caso, dolosa o imprudente).

Sin embargo, al igual que en Alemania, España y los Estados Unidos, también en Argentina, parte de la doctrina considera que los abogados no deberían ser punibles en estos casos.⁷⁷ En lo que

⁷⁶ Sin embargo, con ello, no se encontraría necesariamente sellada la discusión en relación con la posible afectación al secreto profesional. Cf. DURRIEU, “¿Debe el abogado ser incluido como sujeto obligado de informar operaciones sospechosas?”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2005 A, p. 1043 ss.

⁷⁷ La mayoría de los autores recurren a argumentaciones basadas en la neutralidad de esos comportamientos y solucionan el caso excluyendo la tipicidad objetiva. Ver, por ej., SCHIAVO, “La prohibición de regreso frente al delito de ‘lavado de dinero’”, *Revista Pensamiento Penal*, mayo 2005, disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33192->

sigue, trayendo nuevamente algunos de los argumentos que emergieron en la discusión norteamericana, alemana y española, voy a analizar si, a pesar del encuadre formal en estas figuras, hay razones para no penar a los abogados. De la amplia discusión que tuvo lugar en esos países voy a referirme solamente a dos puntos: primero, a los argumentos basados en las razones de protección (5.) y, segundo, a los argumentos constitucionales vinculados con el derecho a contar con un defensor de elección y al libre ejercicio de la profesión (6.).

5. Restricción de la punibilidad con base en argumentos fundados en el fin de protección de la norma

La primera cuestión que debe analizarse es si es posible una restricción de los tipos penales que, *prima facie*, llevarían a responsabilizar a los abogados con base en razones teleológico-objetivas centradas en la finalidad de protección de la norma o en el bien jurídico protegido.⁷⁸ Para ello es necesario, en primer lugar, decir algo acerca de la finalidad que se persigue con la punición de estos delitos.

En relación con el delito de lavado de dinero, la doctrina argentina ha defendido diferentes finalidades de protección entre las que predominan el orden socioeconómico y financiero, el desarrollo económico, la libre competencia, la salud financiera del Estado, así como también la administración de justicia.⁷⁹ La diversidad de criterios en relación con el bien jurídico protegido por

prohibicion-regreso-frente-al-delito-lavado-dinero [enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024], (recurriendo al instituto de la prohibición de regreso); CÚNEO LIBARONA (h.), “Régimen del lavado de dinero”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2013-B, nota al pie 48 (recurriendo al criterio de la adecuación social); BLANCO, *RDP* 2012-12, cit., pp. 2059 ss. (señalando que se trata de comportamientos neutrales). Por su parte, DURRIEU, *El lavado de dinero en la Argentina*, cit., pp. 185 s. considera que, además, en algunos pocos casos el abogado puede actuar justificadamente en ejercicio legítimo de un derecho y EDWARDS (“La percepción de honorarios maculados”, *DPI Cuántico*, 2014, disponible en: www.dpicuántico.com/wp-content/uploads/2014/12/Penal-Doctrina-2014-12-05.pdf [enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024]) pone el énfasis en el derecho del acusado a elegir su abogado defensor. Para BROND, *Lavado de dinero*, cit., p. 291 ss. la punibilidad de los abogados por lavado de dinero es incompatible con el derecho a contar con un abogado de su elección (art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Debido a la ausencia de investigaciones penales por este tipo de hechos (ver *supra* nota al pie 46), podría pensarse que la jurisprudencia también se inclina por exceptuar estos casos de la punibilidad.

⁷⁸ Por supuesto, esto implica aceptar que es razonable como interpretación legal que un texto sea restringido en virtud de sus razones subyacentes. Este problema, del que no me voy a ocupar aquí, es muy discutido en teoría de la interpretación legal, con críticas importantes, aunque en la doctrina penalista es un recurso que suele utilizarse. Cf., en general, LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1994, pp. 331 ss.; en relación con el derecho penal, cf. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (traducción a cargo de Diego LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 1997, § 2, nm. 7 (pp. 54-5).

⁷⁹ Cf., en general, CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, cit., p. 22 y BROND, *Lavado de dinero*, cit., pp. 102 ss.

este delito no es propia del derecho argentino, también existe en el de otros países como España y Alemania.⁸⁰

En el caso de la receptación, la doctrina argentina coincide, en líneas generales, en cuanto a que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración de justicia.⁸¹

Como puede observarse, en ambos casos, predomina la opinión de que estas figuras penales persiguen la protección de bienes jurídicos supraindividuales de diverso alcance. No voy a ocuparme aquí de analizar cada una de estas posiciones, porque excedería los fines del presente trabajo, pero sí quisiera detenerme en una objeción general que suele hacerse contra una fundamentación basada en bienes jurídicos supraindividuales (en relación con esto voy a referirme conjuntamente al lavado de dinero y a la receptación, porque la crítica vale para los dos casos).

El problema que tienen quienes defienden esta clase de bienes colectivos es que, de acuerdo con su razón de protección, prácticamente ningún caso de los que habitualmente consideramos como casos típicos de receptación o lavado, debería ser punible, porque en muy raras ocasiones existen comportamientos individuales capaces por sí solos de afectar aquellos bienes.⁸² Piénsese, por ej., en el caso del lavado de dinero: si se acepta que el bien jurídico es el orden económico y financiero, tal como hace la doctrina mayoritaria argentina, difícilmente podría sostenerse que el traslado de miles de dólares provenientes del narcotráfico a un paraíso fiscal por medios subrepticios y con el fin de darles apariencia lícita constituya una afectación a esa finalidad. Sin embargo, seguramente, habrá consenso en cuanto a que ése es un caso de lavado.

⁸⁰ Cf., en general, ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, Barcelona, Marcial Pons, 2000, pp. 77 ss.; RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial, cit., p. 146 s. y sus citas (en relación con el derecho español); WESSELS y HILENKAMP, Strafrecht besonderer Teil 2, 39ª ed., Heidelberg, Müller, 2016, pp. 499 s., nm. 890 s. (en relación con el derecho alemán).

⁸¹ Cf., por todos, VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, cit., p. 127 y sus citas.

⁸² Cf. TROVATO, en ZAFFARONI/BAIGÚN (dirs.), Código Penal y normas complementarias, T. 12, cit., p. 573 s. y RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial, cit., p. 147 s., quien advierte además sobre la dificultad de probar tal afectación en el proceso. VERDE también se refiere a este tipo de dificultades y explica que, por estas razones, en ciertos casos a nivel legislativo se prefiere adelantar el momento de la criminalización de determinados comportamientos a estadios previos a la lesión del bien jurídico e inclusive a la de su puesto en peligro concreto (peligro abstracto). En estos casos, para la consumación sería suficiente que se realice la conducta descripta en el tipo como peligrosa en general (LA MISMA AUTORA, *La receptación como delito contra el mercado formal*, cit., pp. 165 s.; con especial énfasis en el delito de receptación).

Es posible eludir este problema si se interpreta que los delitos de lavado y receptación, en tanto delitos que protegen bienes supraindividuales, son delitos de acumulación, es decir, figuras que sancionan conductas que individualmente no ponen en peligro ni lesionan el bien jurídico, pero que, en conjunto con otras sí tienen consecuencias lesivas.⁸³ Sin embargo, quien adopte este punto de vista, debe aceptar entonces la punibilidad de toda conducta formalmente abarcada por la definición legal, aun cuando por sí sola carezca de capacidad para afectar el bien jurídico.

Como explica RAGUÉS I VALLÉS: “una defensa consecuente de la afirmación según la cual con el castigo del blanqueo se busca proteger bienes supraindividuales lleva a la siguiente disyuntiva: o se reduce el castigo a aquellas -escasísimas- conductas que suponen una verdadera afectación del interés protegido, o bien se pasa a concebir el blanqueo como ‘un delito de acumulación’, en cuyo caso el bien jurídico supuestamente protegido tiene una nula capacidad para delimitar el ámbito de lo que merece o necesita ser castigado. Todo parece indicar que mientras la primera opción convierte en prácticamente inaplicable el presente delito, la segunda lleva a castigar toda conducta formalmente subsumible en el tipo de blanqueo, incluidas las más insignificantes y, por supuesto, los negocios standard”.⁸⁴

Una alternativa que se propone para evitar estos inconvenientes es interpretar que la finalidad de estas normas consiste en evitar (o desincentivar) los delitos precedentes de los que provienen los bienes ilícitos y no en proteger bienes jurídicos supraindividuales.

Esta fundamentación es la que defiende, por ejemplo, RAGUÉS I VALLÉS, al afirmar que: “el castigo del blanqueo —del mismo modo que sucede con la receptación— se justifica en tanto que *instrumento político-criminal necesario para reforzar la función de la pena prevista para los delitos previos...*”.⁸⁵

⁸³ Cf. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2º ed., Montevideo, BdeF, 2006 [1999], pp. 143 ss. Critican esta categoría de delitos: ROXIN y GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I, 5º ed., Múnich, Beck, 2020 [1991], p. 73, nm. 82; para estos autores, en el ámbito de los delitos supra individuales, el bien jurídico ya se afecta con la constatación de una lesión concreta, sin necesidad de que se afecte todo el sistema en su conjunto (nm. 83).

⁸⁴ RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., p. 149.

⁸⁵ RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., p. 150. Como explica el autor, “Este punto de vista no es en modo alguno novedoso, de hecho, está implícito en todos aquellos textos internacionales que proclaman que la lucha contra el lavado es un medio fundamental para combatir la criminalidad organizada y, significativamente, el narcotráfico”.

Para este autor lo que motiva a las personas a cometer ciertos delitos es que luego puedan mantener los incrementos patrimoniales conseguidos con la consumación. Explica que, en estos casos, normalmente, el autor del delito previo persigue un móvil lucrativo, incluso cuando no se trata de un delito contra el patrimonio o en los que el ánimo de lucro no forma parte del tipo penal (como sucede, por ej., en algunos delitos de corrupción o vinculados con el tráfico de drogas). Sin embargo, para alcanzar el lucro perseguido, por lo general, no basta con la capacidad de disponer del objeto del delito, sino que son necesarias determinadas maniobras de transformación u ocultación que permitan consolidar las ventajas conseguidas.⁸⁶

Así, según RAGUÉS, para el potencial autor del delito precedente “sería un importante incentivo ex ante el saber que, una vez consumada su infracción, [va] a poder recurrir libremente a la colaboración de terceras personas que, sin restricción alguna, le ayudaran a mantener o, incluso, a incrementar las riquezas obtenidas con la comisión del delito previo, eliminando o reduciendo el peligro de pérdida que pesa sobre ellas”.⁸⁷

Por lo tanto, al penalizar los actos de colaboración posterior (como el lavado o la receptación), se disminuye *a priori* la expectativa del autor del hecho previo de ver satisfecho su propósito lucrativo, porque se dificultan las posibilidades que tiene de mantener o utilizar los beneficios del delito. Con ello, se lograría el propósito preventivo (disuasivo), porque se reduciría el número de personas dispuestas a delinquir.⁸⁸

El autor luego traslada este criterio al ámbito de las conductas estándar para concluir que sólo deberían quedar abarcadas por el tipo aquellas prestaciones de servicios que generen objetivamente ese efecto de consolidar las ganancias del delito. En cambio, no serán típicas aquellas que, aun suponiendo una transformación de los bienes procedentes del delito, no generan ese efecto de ocultación y, por tanto, no contribuyen al mantenimiento de la capacidad económica alcanzada

⁸⁶ Como ejemplo, menciona el caso del ladrón habitual de radios en automóviles, quien sólo alcanzaría la plena satisfacción del propósito perseguido con sus delitos cuando consigue transformar en dinero los aparatos sustraídos. Si el ladrón no puede realizar esa transformación, se frustraría el propósito que lo llevó a delinquir, aun cuando hubiese logrado la consumación de su delito (RAGUÉS I VALLES, en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., p. 151). En sentido similar, ver también BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, cit., pp. 107 ss.

⁸⁷ RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., p. 155.

⁸⁸ RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., p. 155.

(como la venta de productos de consumo cotidiano).⁸⁹ Concretamente, para el caso de los abogados, sostiene que se trataría de conductas atípicas, porque la transformación de los bienes procedentes del delito previo en honorarios profesionales, en principio, no generaría el efecto de ocultar el origen y consolidar la ganancia. Por lo tanto, la punibilidad de estos comportamientos por lavado o receptación no se justificaría desde el punto de vista de las razones de protección de estas figuras.⁹⁰

Sin embargo, creo que esta conclusión no es correcta. Si se acepta, como propone RAGUÉS, que el lavado y la receptación tienen por finalidad disuadir a los potenciales autores de los hechos precedentes, entonces debería admitirse también que algunas conductas de colaboración ex post, aun cuando no impliquen maniobras de transformación u ocultación (como, precisamente, la del abogado que cobra honorarios de origen ilícito), sí deberían ser penadas.

A mi juicio, la conclusión de RAGUÉS se basa en un análisis extremadamente simplificado de cómo funciona la disuasión. En efecto, RAGUÉS se concentra en los eventuales beneficios que el potencial autor se vería dificultado de obtener a través de la penalización del lavado o la receptación, pero descuida que el comportamiento criminal puede también ser influenciado incidiendo sobre los costos del delito.

La teoría de la disuasión parte del presupuesto de que los delincuentes son seres racionales que toman la decisión de delinquir evaluando los costos y los beneficios de la comisión del delito. Así, un potencial autor será disuadido siempre que los costos del delito superen a sus beneficios. En cambio, si los beneficios son mayores que los costos, el delincuente tendrá un incentivo para cometer el delito.⁹¹

Por lo tanto, quien toma como punto de partida que la finalidad del lavado o de la receptación consiste en reforzar la función preventiva de la pena a través de proporcionar razones para que los potenciales delincuentes se abstengan (disuasión) de cometer delitos (el hecho precedente),

⁸⁹ Así, si los comerciantes del barrio se niegan a vender a un traficante de armas, éste siempre puede desplazarse a otro barrio donde nadie lo conoce. RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., p. 156 s. Estos casos también podrían quedar fuera de la tipicidad con base en el criterio de la insignificancia (EL MISMO AUTOR, pp. 157 s.).

⁹⁰ RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., p. 157 s.

⁹¹ Cf. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, cit., p. 37; también MALARINO, “The standard of proof and crime prevention: A theoretical and empirical análisis”, *The International Journal of Evidence & Proof*, 0(0), 2024, pp. 1-21 (5). Disponible en: <https://doi.org/10.1177/13657127241228309> [Enlace verificado el día 4 de septiembre de 2024].

entonces no sólo debería estar dispuesto a lograr ese resultado incidiendo sobre los beneficios (en el caso, haciendo más difícil su obtención), sino también sobre los costos.

Según el esquema tradicional de la disuasión, las siguientes son las principales variables que afectan el comportamiento criminal. Entre los beneficios del delito cuentan: (i) la magnitud del beneficio (la expectativa de obtener con el delito una ganancia millonaria es, sin dudas, un incentivo mayor para cometerlo que la expectativa de obtener unos pocos pesos), (ii) la probabilidad de obtener y gozar del beneficio (cuanto más seguro es que el autor pueda obtener y gozar del beneficio, más razones tendrá para cometerlo; por ej., cuanto más fácil sea ocultar la procedencia ilícita de un bien, más probable será el uso y goce de ese bien) y (iii) el tiempo en que se obtendrá el beneficio (cuanto más cercano esté en el tiempo el aprovechamiento de ese beneficio, más razones tendrá el autor para cometerlo).

Del lado de los costos, los factores que pueden afectar la decisión de delinquir son: (i) la magnitud de la pena prevista para el delito (cuanto mayor sea la pena, menor será la disposición del autor a cometer el delito), (ii) la probabilidad de la pena (cuanto mayor sea la probabilidad de detección, detención y condena, mayores serán las razones para no cometerlo) y (iii) el tiempo o la rapidez de la imposición de la pena (cuánto más rápido puedan tener lugar las consecuencias negativas, menores serán los incentivos para cometer el delito).⁹²

Entonces, si junto con los beneficios se consideran también los costos del delito y, dentro de estos últimos, se pone el foco en la probabilidad de imposición de la pena se puede ver que penar al abogado que recibe dinero de origen ilícito como pago de sus honorarios puede resultar en un desincentivo para el potencial autor del delito previo.⁹³ A continuación, explicaré por qué.

⁹² Para un resumen ver ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Análisis económico y delito: Lo que hay y lo que puede haber”, *Economía Industrial*, Núm. 398, 2015, pp. 55-64.

⁹³ Como indiqué, RAGUÉS se concentró en las variables vinculadas con los beneficios y, dentro de éstas, en la probabilidad de poder gozar del beneficio del delito, y prácticamente omitió tomar en cuenta las variables vinculadas con los costos. En su argumentación sólo menciona de manera fugaz la incidencia que tendría un aumento en la severidad de la pena. Concretamente, él se plantea si los efectos que se obtendrían haciendo más improbable el goce de los beneficios, podrían igualmente lograrse aumentando los castigos para el delincuente sin necesidad de extender la responsabilidad a quienes le prestan una colaboración ex post (a través de hechos que supongan maniobras de transformación u ocultación). A ello responde que es preferible la vía del doble desincentivo (cf. RAGUÉS I VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, cit., p. 152 s.). RAGUÉS entonces reconoce que un aumento de los costos del delito también podría constituir un desincentivo para el potencial autor del delito previo, pero toma en cuenta únicamente la incidencia que en ello podría tener un aumento en la severidad de la pena, sin considerar la importancia que podría tener en nuestro caso incidir sobre la probabilidad de imposición de la pena.

Cuando uno elige un defensor particular pago lo hace en la creencia —sea esta creencia correcta o no—⁹⁴ de que con ese abogado va a tener mejores resultados que con uno oficial gratuito.⁹⁵ Racionalmente nadie elegiría pagar por algo que cree que lo va a dejar en la misma situación (o en una peor) que la que puede conseguir gratuitamente. Ahora, si los abogados corren el riesgo de ser responsabilizados penalmente si reciben en concepto de honorarios profesionales dinero de procedencia ilícita, entonces un abogado que cree que su cliente le pagará con dinero proveniente del delito, posiblemente rechazará el encargo. Entonces el autor del delito previo ex ante sabrá que probablemente no pueda contratar al abogado que, según su creencia, le proporcionará las mejores chances de defensa en el proceso. En consecuencia, si el abogado es punible, el potencial autor percibirá ex ante que el riesgo de ser condenado es mayor, debido a que no tendrá la seguridad de poder contar con aquellos defensores que, según su creencia, le garantizarían las mejores chances de escapar a una pena.

Por lo tanto, las argumentaciones basadas en el fin de protección de la norma fracasan en su intento por restringir la punibilidad del defensor penal en el caso analizado.

Sin embargo, esto no da por terminada la discusión. En efecto, todavía podría argumentarse que, aunque la conducta del abogado penal que aquí se analiza encaje en el tenor literal de las disposiciones y su punibilidad sea consistente con el fin de protección de la norma (en el caso argentino esto puede sostenerse, cuando menos, en relación con la recepción), existen razones de carácter constitucional que se oponen a la punibilidad de los abogados en estos casos. A continuación, me ocuparé de este punto.

Esto es llamativo, porque la investigación empírica sobre la disuasión es consistente en cuanto a que un cambio en la probabilidad de imposición de una pena incide más en la decisión a delinquir del potencial delincuente que un cambio en su severidad (cf. MALARINO, *The International Journal of Evidence & Proof*, 0(0), 2024, cit., p. 10.; BERMEJO, “Aproximación al análisis económico del derecho penal”, publicado en *TR LALEY 0003/014889*, Thomson Reuters, p. 11).

⁹⁴ Si esta creencia es correcta o no, es indiferente para la disuasión, porque esta se basa no en la probabilidad objetiva de pena, sino en la percepción (subjetiva) de esa probabilidad; cf. MALARINO, *The International Journal of Evidence & Proof*, 0(0), 2024, cit., p. 10; BERMEJO, “Aproximación al análisis económico del derecho penal”, publicado en *TR LALEY 0003/014889*, Thomson Reuters, pp. 1-21 (8, 11).

⁹⁵ Como se trata de una cuestión de percepción, aquí no importa si objetivamente el abogado particular pago efectivamente puede producir una mejor defensa que el abogado de oficio. Puede ser que desde un punto de vista objetivo un gran equipo de abogados especialistas en un tema determinado pueda garantizar mejores resultados en ciertos procesos, pero también podría suceder que un defensor oficial, por poseer un conocimiento mayor de la jurisprudencia o acerca de cómo piensa el tribunal, proporcione más chances de éxito.

6. La restricción de la punibilidad con base en argumentos constitucionales

Como se ha visto al presentar las discusiones alemana y norteamericana, también se han planteado argumentos constitucionales en contra de responsabilizar penalmente al abogado en el caso que estamos analizando. Así, se ha argumentado que penar al abogado defensor en estos casos violaría tanto su derecho a ejercer libremente la profesión como el derecho del acusado a elegir libremente su defensor penal. Al respecto, es esencial evaluar si el interés de la sociedad por una persecución penal eficiente (y los beneficios en términos de prevención del delito que esto acarrearía) es tan importante como para dejar de lado estos derechos. Analizaré primero si penalizar al abogado en estos casos puede constituir una injerencia desproporcionada en su derecho fundamental al libre ejercicio de su profesión y luego me ocuparé del derecho del acusado a elegir un abogado de su confianza. Por último, me referiré a otros argumentos fundados en el derecho a una defensa efectiva y otras consideraciones basadas en probables efectos colaterales adversos de la punibilidad del abogado sobre el ejercicio legítimo de los derechos constitucionales del abogado e imputado recién mencionados.

6.1. El derecho del abogado al libre ejercicio de su profesión

El abogado, como cualquier profesional, tiene un derecho reconocido constitucionalmente al desarrollo libre de las actividades propias de su profesión, lo que abarca también un derecho a percibir una remuneración por el servicio prestado (cf. artículo 14, de la Constitución Nacional (CN) argentina). Dado que en el grupo de clientes de un defensor penal se encuentran, típicamente, personas que han obtenido bienes de origen ilícito como fruto de sus actividades delictivas, entonces es probable que en muchos casos sea retribuido con el producto de estas actividades. Sin embargo, a pesar de esta situación fáctica, es dudoso que el derecho constitucional a ejercer libremente la profesión incluya como parte de su contenido esencial el derecho a cobrar dinero proveniente de un delito. Así, no parece que una disposición que, para satisfacer un importante interés de persecución penal, prohíba al defensor cobrar dinero de origen delictivo pueda ser vista como una restricción arbitraria en el núcleo duro de ese derecho constitucional.⁹⁶

Por otra parte, si lo central es el libre ejercicio de la profesión, entonces no se explica por qué la excepción debería limitarse al caso del defensor penal y no abarca también el ejercicio de cualquier otra actividad profesional lícita. A menos que se considere que la profesión del abogado

⁹⁶ En este sentido, cf. BGH sentencia del 4 de julio de 2001, *supra* nota 34, p. 74.

es en sí misma más valiosa que otras profesiones, lo que en principio parece objetable, entonces, quien defienda que debe hacerse una excepción a la punibilidad de los abogados basada en el derecho al ejercicio libre de la profesión, también debería estar dispuesto a defender la misma excepción respecto de cualquier otra profesión (por ejemplo, también en el caso del dueño de una casa de antigüedades que compra una bicicleta antigua que sabe que es robada). Por eso, no parece ser una restricción irrazonable al derecho al libre ejercicio de la profesión el impedir que un abogado deba abstenerse de cobrar sus honorarios con dinero sucio y que si lo hace pueda ser responsabilizado.

Con todo, podría reconocerse una diferencia si se sostiene que cuando el defensor penal cumple con su rol profesional, pone en práctica, a la vez, el derecho constitucional de otra persona. En efecto, podría argumentarse que se debe proteger más intensamente el derecho al libre ejercicio profesional del defensor penal, porque por esa vía se protege también el derecho de defensa de su cliente.⁹⁷ Pero si esta fuera la razón, entonces, sería este último derecho el que fundamentaría la excepción y no el derecho al libre ejercicio profesional en sí mismo.

6.2. El derecho del imputado a elegir defensor de su confianza

Analicemos entonces si penalizar al abogado defensor en nuestro caso supone una lesión al derecho de defensa del cliente. Un argumento que ha surgido en la discusión comparada es que la existencia de una amenaza penal para los defensores que reciban dinero de origen delictivo como contraprestación por sus servicios profesionales puede conducir a que rechacen la defensa, al menos, cuando saben o tienen la sospecha de que el dinero con el que se pagarán sus honorarios proviene de una actividad ilícita. Y este riesgo puede ocurrir en muchos casos y paradigmáticamente en aquellos en los que se investigan delitos que proporcionan un beneficio económico. Dado que muchos abogados no estarían dispuestos a aceptar la defensa, se limitaría el derecho del imputado a ser asistido por el defensor de su elección (artículo 8, párrafo d) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, CADH⁹⁸).

Sin embargo, no parece que el derecho a ser asistido por el defensor de su elección tenga un alcance tal que abarque el derecho a pagar a ese abogado con dinero ajeno.⁹⁹ El orden constitucional ciertamente reconoce el derecho del imputado a designar un abogado de su elección y confianza.

⁹⁷ Para una argumentación semejante ver la decisión del TCFA del 30/3/2004 antes citada (*supra* nota 32).

⁹⁸ Los derechos reconocidos en la CADH tienen jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de la CN argentina.

⁹⁹ En este sentido, también la Corte Suprema de los Estados Unidos, cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Caplin & Drysdale, Chartered, Petitioner v. United States*, *supra* nota 18.

Pero esto significa que el Estado no puede imponer restricciones arbitrarias para que cada uno pueda tener el abogado que desee, si es que puede pagarlo, pero no que el acusado tenga un derecho constitucional a usar bienes de otro para pagar por los servicios profesionales.

Si en estos casos se está dispuesto a reconocer una excepción a la punibilidad de los defensores sobre la base de que lo contrario afectaría ilegítimamente el derecho de los acusados a elegir el defensor que desea, entonces debería aceptarse también que un indigente, que no tiene recursos, tiene un derecho a designar un abogado de su elección y a exigir que el Estado afronte los costos que implica la prestación de ese servicio. Si el derecho a elegir defensor no llega a tanto como para reconocer que el indigente tiene derecho a exigir al Estado que pague los honorarios del abogado de su elección, entonces tampoco parece que es posible reconocer a cualquier acusado un derecho a usar dinero proveniente del delito, que no es propio, para pagar al abogado que desea designar: en ninguno de estos casos el derecho a elegir a un abogado de confianza es capaz de justificar un derecho a pagar sus servicios profesionales con fondos ajenos.

Es cierto que esto suele verse más claro cuando los delitos de los que provienen los fondos tienen víctimas identificadas¹⁰⁰ (por ejemplo, pocos aceptarían que el derecho fundamental a elegir el abogado de confianza que tiene el imputado B abarca un derecho a usar el dinero sustraído en el robo a la casa de A para pagar los honorarios de su abogado) y puede resultar más difuso cuando esos bienes provienen, por ejemplo, de la criminalidad organizada (delitos de corrupción, drogas, tráfico de armas, etc.), en los que normalmente no hay víctimas individuales, sino afectaciones a la generalidad. Sin embargo, esta diferencia no debería conducir a soluciones distintas en cuanto a la posibilidad de utilizar el producto del delito.

Por un lado, la circunstancia de que no haya víctimas concretas lleva, en todo caso, a reconocer que esos bienes pertenecen, en última instancia, al Estado o la sociedad en su conjunto. Por eso, en los casos de criminalidad organizada el dinero tampoco pertenece al autor del delito. Así, el caso del indigente recién comentado guarda una semejanza notable con el aquí analizado. Si el autor del delito precedente tuviera un derecho constitucional a usar fondos estatales y por lo tanto del conjunto de la sociedad (el dinero proveniente del delito) para costear los honorarios del abogado

¹⁰⁰ El Tribunal Supremo Estadual de Hamburgo en su importante sentencia del 6 de enero de 2001 (*NJW* 2000, 673) a pesar de defender, en general, que los abogados no pueden ser responsabilizados en los casos que estamos analizando, establece una excepción en el caso en que la víctima del delito del cual proceden los bienes ilícitos se encuentra individualizada, porque aquí la conducta del abogado generaría un perjuicio directo al derecho a la propiedad de una persona que modificaría la relación de proporcionalidad.

de su elección, entonces el indigente debería también tener un derecho tal a que el Estado solvente, con fondos de la sociedad, al abogado de su elección. Sin embargo, difícilmente se podría aceptar que el derecho a elegir a un abogado de confianza llegue a tanto.

Por otro lado, aunque en el caso de un delito con una víctima concreta individualizada, el derecho de propiedad de la víctima da una razón de peso para negar que el autor pueda disponer libremente de los bienes sustraídos (y también para penalizar a quien recibe esos bienes), en los casos de criminalidad organizada (a veces, conocidos como casos sin víctimas o, mejor, sin víctimas individualizadas) existen otras razones de peso -y probablemente más fuertes- para priorizar la persecución penal frente a otros intereses. La delincuencia organizada, a pesar de no dejar víctimas concretas individualizadas, afecta la estructura social de un modo mucho más intenso que la delincuencia clásica y, por tanto, sus repercusiones son mucho más graves. Piénsese solamente en el impacto institucional y sobre derechos fundamentales básicos de la corrupción y las posibles afectaciones mediatas a terceros.¹⁰¹ Por lo tanto, también en los casos de criminalidad organizada (o especialmente en ellos) existirían fuertes razones para no dar un alcance tan amplio al derecho a elegir el abogado de confianza que lleve a fundar un derecho del acusado a pagar los honorarios profesionales de su abogado con bienes ilegítimamente obtenidos.

El derecho a ser asistido por un abogado de su elección no es absoluto. Por lo demás, muchos procesos se llevan adelante sin que los imputados se encuentren asistidos por un abogado elegido sobre la base de la confianza, ya sea, porque no cuentan con recursos para pagar una defensa particular o porque el abogado elegido se negó a aceptar el mandato. Cuando los imputados no cuentan con una defensa particular son representados por defensores oficiales, esto es, abogados asignados por el Estado que no son elegidos por una confianza existente *a priori*.

Por lo tanto, el derecho a elegir abogado defensor puede ser legítimamente restringido si existen razones de peso fundadas, por ejemplo, en una persecución penal eficiente¹⁰² y, en estos

¹⁰¹ Cfr. NASH, "Corrupción como violación de los derechos humanos: Desafíos normativos para su protección internacional", en AMBOS, MALARINO y FUCHS (eds.), *Corrupción y Derecho Penal: Prevención, investigación y sanción*, KAS-Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2021, pp. 25-56.

¹⁰² Por supuesto, el interés en la persecución penal no puede justificar una restricción arbitraria del derecho a elegir el defensor de confianza. Una disposición que prohibiera, por ejemplo, a todo sospechado de corrupción contar con un abogado de elección, podría resultar eficaz desde el punto de vista de su finalidad preventiva, pero sería sin dudas una restricción arbitraria de ese derecho.

casos, el derecho a contar con patrocinio letrado durante el proceso es plenamente garantizado a través del nombramiento de un defensor oficial.

6.3. El derecho a una defensa efectiva y la relación de confianza entre abogado y cliente

Argumentos más auspiciosos en contra de penar a los abogados que reciben dinero sucio como contraprestación por su servicio profesional pueden hacerse a partir del derecho a una defensa efectiva. Por un lado, aun cuando exista una prohibición penal para el abogado de recibir dinero de origen delictivo, algunos abogados de todos modos asumirán la defensa incluso aunque sospechen que sus honorarios serán pagados con dinero sucio. En tales casos, podría suceder que el abogado, para evitar adquirir un conocimiento cierto sobre el origen del dinero que pueda perjudicarlo en una eventual persecución penal futura en su contra, se inhiba de realizar investigaciones profundas sobre la situación de su cliente y, como consecuencia de ello, la defensa de su cliente se vea perjudicada.

Por otro lado, también podría suceder que en el marco de la investigación contra el cliente surjan sospechas sobre el origen de los honorarios y, con base en ellas, se inicie una investigación penal por receptación contra el abogado. En tal caso, existe el riesgo de que en el proceso seguido al abogado se realicen medidas investigativas que impacten directamente en la defensa del cliente o, al menos, que den al cliente fuertes razones para dudar de que el proceso en su contra se está conduciendo de manera leal. Por ejemplo, si en el marco del proceso penal contra el defensor se registra su oficina y se incautan documentos vinculados con la defensa de su cliente o bien si se interceptan sus comunicaciones y algunas de ellas se refieren a la situación del cliente o son conversaciones directas con éste. Si bien es cierto que el riesgo de un perjuicio para el cliente puede ser neutralizado a través de reglas probatorias que impidan el uso de esa información en el proceso en su contra, de todos modos, siempre existe el riesgo de filtraciones informales de la información o bien siempre el cliente puede temer que eso pueda ocurrir afectando su percepción del proceso en su contra como un proceso justo. Por otro lado, esas situaciones tendrían una entidad considerable como para poner en riesgo la confianza entre el imputado y su defensor que presupone también el derecho de defensa. Si el imputado sabe que su abogado puede verse envuelto en un proceso penal por recibir dinero de origen ilícito, nunca podrá establecer con él una plena relación de confianza, porque, a pesar de las reglas que puedan existir para proteger la confidencialidad de la relación abogado-cliente, siempre puede temer que eventualmente su abogado, por alguna razón,

pueda dar a conocer información relevante o bien que la autoridad de persecución pueda hacerse de ella.

Por lo tanto, podría argumentarse que aceptar la punibilidad del abogado que recibe dinero proveniente de un delito en concepto de honorarios profesionales presupone asumir estos riesgos para un derecho tan relevante como el de defensa. Y que, por el contrario, si no quieren asumirse esos riesgos debería rechazarse la punibilidad del abogado en estos casos con independencia de si el abogado conocía o no el origen ilícito de los fondos.

Sin embargo, esta argumentación valdría para el caso de defensas particulares, esto es, de profesionales que por su trabajo cobran honorarios directamente de su cliente. La situación sería distinta si el imputado fuera asistido por un defensor oficial. Como el trabajo de los defensores no es remunerado con fondos del cliente, sino del propio Estado, desaparece el riesgo de una persecución penal para el defensor por cobrar dinero proveniente del delito. Consecuentemente, también desaparece el riesgo de que por ello se vea perjudicada la defensa del imputado.

Por lo tanto, si en estos casos el imputado cuenta con la alternativa de ser asistido por un defensor oficial, la impunidad de los abogados no podría justificarse en el resguardo al derecho a una defensa efectiva. Quizás no sea el defensor que el imputado habría querido elegir (aunque ya vimos que no existe un derecho absoluto en este sentido), pero no podría alegar que no tuvo la posibilidad de contar con una defensa efectiva. Y esto vale, especialmente, en Estados como el argentino, en los que la defensa oficial es una institución sólida y eficiente, cuyo desempeño en el proceso penal es perfectamente asimilable al de la defensa particular.

6.4. Efectos colaterales negativos de la punibilidad del abogado

Una razón en contra de penalizar al abogado defensor en estos casos reside en algunos posibles efectos colaterales negativos que esa punibilidad puede tener para el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales del imputado a elegir un defensor de confianza y del abogado a ejercer libremente su profesión. Si existe una punibilidad del abogado en estos casos, entonces es probable que algunos abogados rechacen defensas penales incluso cuando los fondos con los cuales iban a ser pagados sean lícitos, porque siempre existe el riesgo, especialmente en caso de delitos con contenido patrimonial, de que su conducta sea confundida con conductas prohibidas. Por lo tanto, la punibilidad del defensor puede generar un efecto de desincentivación (*chilling effect*) de conductas lícitas abarcadas por el derecho al libre ejercicio de la profesión. Pero si esto ocurre, también esa

punibilidad tiene efectos colaterales negativos sobre el derecho del imputado a elegir un abogado de su confianza, porque si el imputado contaba efectivamente con fondos lícitos para pagar esa defensa, pero el defensor, de todos modos, la rechaza por temor a verse involucrado en un proceso penal, entonces el imputado además no podrá ver satisfecho su derecho a elegir el abogado que quería. Estos efectos colaterales negativos podrían hablar a favor de no penar a los abogados en estos casos.

7. Conclusiones

De lo visto anteriormente puede concluirse que existen buenos argumentos para considerar que la conducta de los defensores penales que reciben como honorarios profesionales por sus servicios dinero proveniente de un delito cumple con los elementos del tipo penal de lavado de dinero del CP argentino. Pero más allá de ello, no hay dudas de que, en todo caso, realizaría la figura de receptación (ya sea, dolosa o imprudente).

Sin embargo, a pesar del encuadre formal en esas figuras, se analizó la solidez de distintos argumentos a los que suele apelarse para no responsabilizar penalmente a los defensores en estos casos y se llegó a las siguientes conclusiones:

El fin de protección de estas disposiciones, interpretado como la finalidad de evitar los delitos precedentes, no justifica una excepción a la responsabilidad de los abogados en estos casos.

Tampoco puede fundarse su impunidad directamente en el derecho constitucional del abogado a ejercer libremente su profesión, porque tal derecho no incluye como parte de su contenido esencial el derecho a cobrar dinero proveniente de un delito. La misma conclusión puede obtenerse del derecho constitucional del imputado a elegir un abogado de su confianza. Como se ha visto, de este derecho no puede derivarse un derecho del imputado a disponer de los bienes de origen delictivo para pagar los honorarios profesionales capaz de fundamentar la impunidad del defensor que recibe esos honorarios.

Por el contrario, el derecho a una defensa efectiva y la construcción de una sólida relación de confianza entre abogado-cliente, crucial para ese derecho, podría proporcionar un punto de partida más auspicioso para rechazar la punibilidad de los abogados que reciben dinero sucio como contraprestación por su servicio profesional. Sin embargo, ese derecho se encontraría plenamente garantizado si en estos casos se pudiera contar con la posibilidad de designar un defensor oficial.

Finalmente, se vio que en contra de esa punibilidad hablarían los posibles efectos colaterales (indirectos) adversos que ella puede tener sobre el ejercicio legítimo del derecho del abogado al libre ejercicio de la profesión y sobre el derecho del imputado a elegir el abogado de su elección.

Estas últimas parecen ser las únicas razones que justificarían la impunidad de los abogados en estos casos. Sin embargo, el riesgo de esos efectos colaterales podría reducirse si los abogados contaran con la posibilidad de disipar las dudas acerca del origen de los fondos (por ej., si pudieran exigir a sus clientes que acrediten de dónde proviene el dinero con el que pretenden pagar los honorarios profesionales). Si ello fuera posible, este argumento tampoco parece aportar una razón de peso fundada para rechazar la responsabilidad penal de los abogados en estos casos.

8. Bibliografía

AMBOS, Kai, “La aceptación por el abogado defensor de honorarios ‘maculados’”, trad. CARO CORIA, Carlos y GUZMÁN DALBORA, José L., en DIAS, Jorge de Figueredo (ed.), *El penalista liberal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 55-94.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

BARTON, Stephan, “Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§261)”, *Strafverteidiger*, Vol. 3, 1993, pp. 156-163.

BÉGUELIN, José R., “Strafverteidigerhonorar, Geldwäsche und Helerei”, en LERMAN, Marcelo y CÓRDOBA, Fernando (ed.), *FS-Sancinetti*, Duncker & Humblot, Berlín, 2020, pp. 735-750.

BERMEJO, Mateo, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

“Aproximación al análisis económico del derecho penal”, publicado en *TR LALEY0003/014889*, Thomson Reuters, pp. 1-21.

BLANCO CORDERO, Isidro, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. L, 1997, pp. 263-292.

NÚÑEZ (2024), “Responsabilidad penal del abogado defensor por el cobro de honorarios”, pp. 110-155.

BLANCO CORDERO, Isidro, “Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos”, en FABIÁN CAPARROS, Eduardo, BLANCO CORDERO, Isidoro y ZARAGOSA AGUADO, Javier, *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 3º ed., Washington, OEA, 2009 [2003].

BLANCO, Hernán, “Aspectos problemáticos de la persecución del lavado de activos a diez años de la reforma del tipo penal mediante la ley 26683”, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, febrero de 2022, IUSDC3288777A.

“El nuevo artículo 301 del Código Penal y la represión de conductas neutrales”, *RDP 2012-12* (cita online: AP/DOC/4394/2012), Buenos Aires, Thomson Reuters, 2012, pp. 2045/2068.

BRICKEY, Kathleen, “Tainted assets and the right to counsel – The money laundering conundrum”, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 66, Núm. 1, 1988, pp. 47-61.

BROND, Leonardo G., “Aceptación de honorarios provenientes de un ilícito penal”, en PASTOR, Daniel R. y ALONSO, Juan Pablo (dirs.), *Lavado de dinero*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018, pp. 47-72.

Lavado de dinero, 2º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2024 [2016].

COCA VILA, Ivo, “El abogado frente al blanqueo de capitales. ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia”, *Indret*, 4, 2013.

CÓRDOBA, Fernando, *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

CÚNEO LIBARONA, Mariano (h.), “Régimen del lavado de dinero”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2013-B, pp. 638-654.

D’ALBORA, Francisco J. (h.), “La nueva ley de lavado de dinero”, *ElDial.com*, junio de 2011, cita: El Dial DC15F9.

DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica, *Responsabilidad penal y negocios estándar. Los casos del asesor fiscal y del abogado*, Madrid, AEBOE, 2023.

DURRIEU, Roberto, (h.), *El lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

“¿Debe el abogado ser incluido como sujeto obligado de informar operaciones sospechosas?”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2005 A, pp. 1043 ss.

EDWARDS, Carlos, “La percepción de honorarios maculados”, *DPI Cuántico*, 2014. Disponible en: www.dpicuatico.com/wp-content/uploads/2014/12/Penal-Doctrina-2014-12-05.pdf [Enlace verificado el 19/9/2024].

GAETKE, Eugene R./WELLING, Sarah N., “Money Laundering and Lawyers”, *Syracuse Law Review*, Vol. 43, Núm. 4, 1992, pp. 1165-1245.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales. Un apunte introductorio”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 207-224.

GRECO, Luís, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación* (traducción a cargo de Carlos LASCANO y Diego PERETTI ÁVILA), Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

HAMMAN, Abraham y KOEN, Raymond, “Pecunia Non Olet: Dirty Money as Legal Fees”, *Journal of Anti-Corruption Law*, Vol. 1, Núm. 1, 2017, pp. 107-131.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal* (traducción a cargo de Manuel CANCIO MELIÁ), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1994.

MALARINO, Ezequiel “The standard of proof and crime prevention: A theoretical and empirical analysis”, *The International Journal of Evidence & Proof*, 0(0), 2024, pp. 1-21. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/13657127241228309> [Enlace verificado el 4/9/2024].

MÜSSIG, Bernd, “Strafverteidiger als „Organ der Rechtspflege“ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche”, *Wistra*, 2005, pp. 201-206.

NÚÑEZ (2024), “Responsabilidad penal del abogado defensor por el cobro de honorarios”, pp. 110-155.

NASH, Claudio, “Corrupción como violación de los derechos humanos: Desafíos normativos para su protección internacional”, en: AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y FUCHS, Marie Christine (eds.), *Corrupción y Derecho Penal: Prevención, investigación y sanción*, Bogotá, KAS-Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 25-56.

NEUMANN, Laura, “Der reformierte Geldwäschetatbestand – Teil 2”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, Vol. 6, 2022, pp. 820-833.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Análisis económico y delito: Lo que hay y lo que puede haber”, *Economía Industrial*, Núm. 398, 2015, pp. 55-64.

RUBINOVICH, Daniel, “La normativización del lavado de dinero”, en PASTOR, Daniel R. y ALONSO, Juan Pablo (dirs.), *Lavado de Dinero*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, pp. 269-296.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina (eds.), *Política Criminal y blanqueo de capitales*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 169-206.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús maría, (ed.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 127-161.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (traducción a cargo de Diego LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus y GRECO, Luís, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I, 5º ed., Múnich, Beck, 2020 [1991].

SCHIAVO, Nicolás, “La prohibición de regreso frente al delito de”lavado de dinero”, *Revista Pensamiento Penal*, mayo 2005. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33192-prohibicion-regreso-frente-al-delito-lavado-dinero> [Enlace verificado el 4/9/2024].

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, 2º ed., Montevideo, BdeF, 2006 [1999].

STRUENSEE, Eberhard, “Lavado de dinero a través de la aceptación de los honorarios para la defensa penal”, *Revista del Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación*, Núm. 18, diciembre 2006, pp. 108-118.

TROVATO, Gustavo F., “En qué consiste el delito de lavado de dinero”, *EnLetra Derecho Penal*, núm. 5, noviembre 2017, pp. 15-20.

“Artículo 303”, en ZAFFARONI, Eugenio R. y BAIGÚN, David (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 12, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pp. 566-587

VERDE, Alejandra, “El lavado de activos según la Ley 27.739. Lo que cambia, lo que persiste, lo que aún debería cambiar”, *Enfoques Penales*, Nueva Serie, año 2, mayo 2024, N° 8, pp. 1-16.

La receptación como delito contra el mercado formal, Madrid, Marcial Pons, 2019.

“Proyecto de reforma de la ley de lavado de activos: los viejos nuevos problemas”, *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 2023, pp. 799-818.

WESSELS, Johannes y HILENKAMP, Thomas, *Strafrecht besonderer Teil 2*, 39° ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2016.

WIRTZ, Georg y BERMEJO, Mateo, “Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: ¿un mismo problema, una misma solución?”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Vol. 11, 2007, pp. 450-459.

EL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

Bernd HEINRICH*

I. Evolución histórica de la teoría del error

La teoría del error en el Derecho Penal no sólo tiene una larga tradición, sino que también experimenta una historia completamente cambiante. Al respecto, se trata, preponderantemente, de la cuestión de cuáles son los errores que excluyen el dolo y cuáles, no. Respecto de lo último, además, fue y sigue siendo cuestionable si, en relación con otros elementos de la punibilidad (p. ej., la consciencia del ilícito), ellos tienen cierta relevancia o si quedan completamente fuera de consideración. Incluso el autor a quien aquí se rinde homenaje se ha enfrentado ya varias veces con esta temática,¹ de modo que es de esperar que las explicaciones siguientes reciban su interés.

Es sabido que antiguamente se enfrentaban de manera irreconciliable la teoría del dolo² y la teoría de la culpabilidad³. Mientras que según la teoría del dolo no sólo debía considerarse parte integrante del dolo el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos individuales del tipo, sino también el conocimiento de la norma (y, en esa medida, la consciencia del ilícito) —con la consecuencia de que todo error relevante, es decir, también aquel que solamente se refiere a la consciencia del ilícito, excluye el dolo—, la teoría de la culpabilidad considera la consciencia del ilícito como elemento autónomo de la culpabilidad —con la consecuencia de que un error que

* Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derechos de Autor, de la Universidad de Tübingen. Título original: *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, en Manfred Heinrich et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80.º Geburtstag*, t. 1, Walter de Gruyter, Berlín, 2001, pp. 449/465. Traducción al español de Marcelo A. Sancinetti; revisión de la traducción de Guillermo Orce.

¹ Cf., entre otros, Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 95 ss. (sobre el error de tipo), § 21, n.º m. 20 ss. (sobre la consciencia del ilícito); *idem*, *Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960 und die strenge Schuldtheorie*, MschrKrim, 1961, p. 211; *idem*, *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, ZStW, t. 76 (1964), p. 582; *idem*, *Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum*, en: Hirsch (comp.), *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986*, 1987, p. 81; *idem*, *Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt*, JZ, 1996, p. 981; *idem*, *Über Tatbestands- und Verbotsirrtum*, FS Tiedemann, 2008, p. 37.

² Ésta fue defendida, entre otros, por Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II/2, 2.ª ed., 1916, §§ 125 ss.; Mezger, *Strafrecht: Ein Lehrbuch*, 3.ª ed., 1949, § 42, I, § 43, III (en su *Studienbuch Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1954, § 69, III, IV, si bien Mezger confronta, por entonces, con la sent. del BGHSt, t. 2, p. 194, pero sigue aferrándose a la teoría del dolo).

³ Ésta fue defendida, entre otros, por Warda, ZStW, t. 71 (1959), p. 252; Welzel, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, § 22, III; *idem*, JZ, 1952, p. 596 (598).

solamente se refiere a la consciencia del ilícito deja intacto el dolo del autor—. Después de que el BGH, en el año 1952, en su sentencia, que “rompió el molde”, se adhiriera a la teoría de la culpabilidad⁴ y de que también el legislador, en el año 1975,⁵ siguiera a esta teoría mediante su regulación expresa en el § 17, StGB,⁶ la discusión se reaviva hoy en día sólo en forma esporádica⁷ y desempeña cierto papel solamente en ámbitos marginales (así, p. ej., en el tratamiento jurídico del error sobre el tipo permisivo⁸ o en el derecho penal accesorio o bien en el derecho contravencional⁹).

Independientemente de la cuestión de si ahora se debe seguir a la teoría del dolo o a la de la culpabilidad, se tuvo siempre unidad de criterio, sin embargo, acerca de que no todo error debe conducir a excluir la punibilidad. Así, fue reconocido ya tempranamente que habría errores que ni eliminan el dolo ni la consciencia del ilícito, con la consecuencia de que ya no importaría en absoluto la discusión sobre la ubicación sistemática de la consciencia del ilícito en esos ámbitos.

Si uno toma en cuenta la historia del derecho (penal) alemán, está profundamente enraizada desde hace mucho tiempo, al respecto, la separación entre error de hecho, que siempre excluye la punibilidad (“*error facti non nocet*”), y el error de derecho, que deja intacto el dolo o la consciencia del ilícito y que conduce absolutamente a la punibilidad (“*error iuris nocet*”).¹⁰ Así, esta distinción era reconocida también ya en vigencia del § 59, StGB, ant. red., en la antigua jurisprudencia del

⁴ BGHSt, t. 2, p. 194 (204 ss.).

⁵ Mediante la Segunda Ley de Reforma del Derecho Penal (2.ª StrRG), del 4/7/1969; BGBl, I, p. 717, en vigencia desde el 1/7/1975.

⁶ Así, en todo caso, la opinión completamente dominante; cf. sólo Roxin, AT, I, § 21, n.º m. 7 ss.; en forma divergente, solamente, Langer, GA, 1976, pp. 206 ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht*, AT, 10/28; *idem*, *Studienbuch Strafrecht*, AT, 7/89 s.; *idem*, JZ, 1979, pp. 365 ss.; en favor de una “teoría del dolo modificada”, según la cual al menos la consciencia de la dañosidad social de la propia conducta sería parte integrante del dolo, Otto, AT, § 7, n.º m. 61 ss.; § 15, n.º m. 11; *idem*, JURA 1990, 647; *idem*, FS Roxin, 2001, pp. 483, 491 ss.; además, por algunos defensores de la teoría del dolo fue sostenido el punto de vista de que si bien el legislador ha regulado la teoría de la culpabilidad en el § 17, StGB, esta teoría violaría la Constitución, por lo cual las normas correspondientes serían nulas o bien tendrían que ser interpretadas conforme a la Constitución; al respecto, cf. Schmidhäuser, *Strafrecht*, AT, 10/64; en cambio, fue afirmada expresamente, en la sent. del BVerfGE, t. 41, p. 121, la constitucionalidad de la regulación.

⁷ Críticamente en relación con la teoría de la culpabilidad, p. ej., Fakhouri Gómez, GA, 2010, pp. 270 ss.; Freund AT, § 4, n.º m. 75 ss.; cf. además Koriath, JURA, 1996, p. 124 y Naucke, FS Roxin, 2001, pp. 503, 514, quienes se expresan, en este contexto, en forma especialmente crítica respecto de la regulación del § 17, StGB.

⁸ Cf. sobre esta problemática, detalladamente. B. Heinrich, AT, II, n.º m. 1128 ss.

⁹ Al respecto, cf. recientemente, Roxin, FS Tiedemann, 2008, p. 375; además, ya Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 282 ss.; asimismo, *idem*, ZStW, t. 81 (1969), p. 869; *idem*, FS Geerds, 1995, pp. 95, 106; al respecto, cf. también T. Walter, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, pp. 427 s.

¹⁰ LK-Vogel, § 16, n.º m. 2; sin embargo, cf. también Schlüchter, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983, pp. 65 ss., 80 ss.

Tribunal del *Reich*,¹¹ siendo que el § 59, StGB, ant. red., visto a partir del tenor literal, se asemejaba al actual § 16, StGB.¹² Sin embargo, el Tribunal del *Reich* realizó en años posteriores, en el ámbito del error de derecho (en contraposición al actual § 17, StGB, por entonces aún no regulado de modo autónomo) otras diferenciaciones. Así, si bien el error de derecho “jurídico-penal”¹³ (es decir, el desconocimiento de la norma penal o bien el error sobre su alcance) no exoneraba al autor, el error de derecho “extra-penal” debía tener, en cambio, el efecto de librar de pena –al igual que el error de hecho–.¹⁴ Esto se correspondía por completo a una concepción por entonces ampliamente difundida y que había hallado recepción, incluso, en algunos códigos penales de los Estados alemanes, como, p. ej., en el art. 95 del Código Penal de Sajonia. Tal error de derecho extrapenal concurriría siempre que una ley penal contuviera un elemento del tipo cuya comprensión pudiera derivarse sólo a partir de preceptos del derecho civil o del derecho administrativo (es decir, que, para la interpretación, uno tenía que recurrir a disposiciones que se hallaban fuera del Código Penal). Si, respecto de la norma jurídico penal, se trataba de una ley en blanco, esto conducía a que un error sobre una disposición anclada en otro ámbito jurídico, que “rellenaba el blanco”, fuera considerado, por regla general, como error de derecho extra-penal.¹⁵ Esta constelación de casos aparecía especialmente de modo bien frecuente, cuando el error se refería al derecho penal accesorio.¹⁶ Pero, según los principios de la jurisprudencia de aquel entonces, para la apreciación había, al fin de cuentas, solamente dos alternativas: todo error “relevante” conducía a la exclusión

¹¹ RGSt, t. 1, p. 368; RGSt, t. 2, p. 268; en ese sentido se parte también, parcialmente, de que ya el Tribunal del Reich se hallaba “sobre la base de la teoría de la culpabilidad”; cf. sólo Schroth, *Vorsatz und Irrtum*, 1998, p. 15, invocando RGSt, t. 55, p. 96: la consciencia de la antijuridicidad no sería un requisito del dolo; RGSt, t. 58, p. 247 (249): la consciencia de la antijuridicidad (sólo) sería relevante para el dolo, cuando la antijuridicidad fue incluida como elemento del tipo en la disposición; RGSt, t. 62, p. 289 (296): error sobre la “contrariedad al deber”.

¹² El § 59, StGB, ant. red., rezaba: “1) Si alguien, al cometer una acción punible, no conocía la existencia de circunstancias de hecho que integran el tipo legal o aumentan la punibilidad, no le serán imputables esas circunstancias. 2) Respecto de la punición de acciones cometidas por imprudencia esta disposición rige sólo en la medida en que el desconocimiento mismo no sea imputable a imprudencia.”

¹³ Ejemplos de errores de derecho puramente jurídico-penales se hallan en RGSt, t. 8, p. 172 (173); RGSt, t. 16, p. 83 (86 s.); RGSt, t. 19, p. 253 (254); RGSt, t. 40, p. 326; RGSt, t. 42, p. 26 (27 f); RGSt, t. 57, p. 235 (236); RGSt, t. 62, p. 155 (157); RGSt, t. 62, p. 163 (168); RGSt, t. 68, p. 240.

¹⁴ RGSt, t. 4, p. 233 (239); RGSt, t. 10, p. 233 (235); RGSt, t. 19, p. 87 (89 s.); RGSt, t. 19, p. 209 (211); RGSt, t. 23, p. 374 (375); RGSt, t. 42, p. 26 (27); RGSt, t. 54, p. 152 (162); RGSt, t. 60, p. 69 (75); RGSt, t. 61, p. 429 (431); RGSt, t. 62, p. 155 (157); RGSt, t. 72, p. 305 (309); detalladamente sobre la teoría del error del Tribunal del Reich, Schlüchter (nota 10), pp. 38 ss.; Schroth, *Vorsatz und Irrtum*, 1998, pp. 15 ss.; Tischler, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, 1984, pp. 40 ss.; desde el punto de vista de las consecuencias, Kühlen (*Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*, 1987, p. 359) también considera preferible, aún hoy, la jurisprudencia del Tribunal del Reich.

¹⁵ RGSt, t. 19, p. 209 (211); RGSt, t. 45, p. 382; RGSt, t. 52, p. 99 (100); RGSt, t. 57, p. 15 (17); RGSt, t. 60, p. 425; cf. también RGSt, t. 20, p. 236 (239); RGSt, t. 36, p. 359 (362); RGSt, t. 56, p. 337 (339); RGSt, t. 67, p. 115.

¹⁶ RGSt, t. 42, p. 26 (27); RGSt, t. 50, p. 332 (335); RGSt, t. 54, p. 4 (5); RGSt, t. 62, p. 35 (41).

de la punibilidad por dolo (era indiferente la cuestión de si tal error tenía por objeto el desconocimiento de hechos o el desconocimiento de normas de derecho “extra-penal” o del “derecho penal accesorio”) y todo error “irrelevante” (es decir, especialmente el error de derecho “jurídico-penal”) conducía, en cambio, a la punibilidad. Una “revisión de la evitabilidad”, tal como la prevé el actual § 17, StGB, no se llegaba a dar, como tampoco una atenuación facultativa de la pena.

II. Lineamientos de la situación jurídica actual

Ahora la ley determina —adhiriéndose a la mencionada jurisprudencia del BGH—, en el § 16, párr. 1, StGB, que actúa sin dolo aquel que, “al cometer al hecho, no conoce una circunstancia que integra el tipo legal”. En cambio, según el § 17, StGB, aquel a quien, “al cometer el hecho [le falta] la comprensión de realizar un ilícito”, actúa solamente sin culpabilidad —y ello si y sólo si él no pudo evitar el error—. Al respecto, existe unidad de criterio, en lo esencial, acerca de que, por “circunstancia” que integra el tipo legal, se debe entender sólo una circunstancia fáctica, que el autor tiene que haber desconocido. En cambio, el estar jurídicamente prohibida una acción no es (sobre la base de la teoría de la culpabilidad) una circunstancia de esa índole, que pueda hallar consideración en el marco del § 16, StGB. Por tanto, si el autor yerra sobre la existencia de una norma penal o su alcance, esto no es, precisamente, una tal “circunstancia [...] que integra el tipo legal”. Al autor le falta —si él comprende acertadamente todo lo demás de la situación de hecho— tan sólo “la comprensión de realizar un ilícito”, en el sentido del § 17, StGB. De tal modo, eso se puede resumir a partir del principio: si el autor yerra sobre la existencia de una circunstancia fáctica, concurre un error de tipo a evaluar según el § 16, StGB, que hace decaer el dolo. Si, en cambio, él yerra sobre la valoración jurídica de una situación de hecho reconocida acertadamente a partir del hecho real, entra en consideración solamente un error de prohibición, según el § 17, StGB, que deja subsistente el ilícito del hecho y sólo puede ser considerado en el nivel de la culpabilidad. En este caso, por tanto, el autor supone erróneamente que una conducta efectivamente punible no estaría conminada con pena, sino que sería conforme a derecho, porque él —a pesar de reconocer acertadamente la situación de hecho— yerra sobre la valoración jurídica de un acontecer determinado.

Sin embargo, de esta distinción —en sí inequívoca— entre un “error de hecho” y un “error sobre la valoración jurídica” (que se corresponde con la originaria distinción del Tribunal del *Reich* entre error de hecho y error de derecho), la opinión completamente preponderante en el Derecho Penal quiere hacer, sin embargo, una excepción, en caso de los llamados elementos “normativos” del

tipo”.¹⁷ A este respecto, se trataría de elementos del tipo que pueden ser averiguados sólo valiéndose de una valoración jurídica, así, p. ej., el elemento “ajena”, “documento”, “injuria”, “funcionario público”.¹⁸ La contraposición a ello la constituirían los llamados elementos “descriptivos” del tipo,¹⁹ por lo cual se entiende elementos que más bien son de carácter descriptivo, y que, como regla completamente general, emplean conceptos del lenguaje coloquial cotidiano, que precisamente no requieren un conocimiento jurídico y pueden ser percibidos por los sentidos, como, p. ej., los elementos “cosa”, “destruir” u “hombre”²⁰. En la *praxis* esto conduce a que, en caso de error constatado, tenga que ser analizado siempre si el elemento del tipo correspondiente puede ser captado por los sentidos (entonces, elemento descriptivo) o si sólo puede serlo espiritualmente (entonces, elemento normativo).²¹

Si concurre un “elemento normativo del tipo”, el autor podría sufrir entonces, aun en caso de un error sobre la valoración jurídica, excepcionalmente, un error de tipo (que excluye el dolo), según el § 16, StGB. Los enfoques en la fundamentación de por qué esto tendría que ser así, al igual que los criterios de diferenciación acerca de cuándo es este el caso, son, al respecto, sin embargo, muy heterogéneos. Así, se explica en particular que habría ámbitos en los cuales no se le podría exigir al autor captar siempre correctamente todos los contextos jurídicos. La consciencia acerca de si, p. ej., una cosa es “ajena” en el sentido del § 242, StGB, justamente no requiere sólo que el autor “perciba” el objeto “por los sentidos”, sino también y, precisamente, que tome conocimiento sobre la valoración jurídica previamente dada por el ordenamiento jurídico, de procesos que convierten a una cosa en “propia” o en “ajena”. Quien yerra sobre la situación de dominio, justamente no sabe que la cosa es “ajena”. Por ende, en el caso de los elementos normativos del tipo sería necesario un “conocimiento total de la significación”,²² en caso contrario el hecho no podría

¹⁷ Al respecto, cf. BGHSt, t. 2, p. 194 (197); BGHSt, t. 3, p. 110 (123); BGHSt, t. 3, p. 248 (255); BGHSt, t. 3, p. 400 (402 s.); BGHSt, t. 4, p. 80 (85 s.); BGHSt, t. 5, p. 284 (288); BGHSt, t. 7, p. 261 (263 s.); BGHSt, t. 8, p. 321 (323); BGHSt, t. 15, p. 382 (338); BGHSt, t. 48, p. 322 (328 s.); Baumann / Weber / Mitsch, AT, § 21, n.º m. 4; Herzberg / Hardtung, JuS, 1999, p. 1074; Kühl, AT, § 13, n.º m. 11; Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 10 ss., 100 ss.; en general, se considera a Max Ernst Mayer como quien “descubrió” estos elementos normativos del tipo; cf. *idem*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1915, pp. 182 ss.; sobre la evolución de este concepto, Engisch, *FS Mezger*, 1954, pp. 127 ss.; Schlüchter (nota 10), pp. 7 ss.

¹⁸ Según Roxin, AT, I, § 10, n.º m. 57, 100, estos elementos requieren una “comprensión espiritual”, mientras que los elementos descriptivos exigen solamente una “percepción sensorial”; así también Schlüchter (nota 10) p. 19.

¹⁹ Sobre la cuestionabilidad e irrealizabilidad de una distinción de esta clase entre elementos descriptivos y normativos del tipo, cf. B. Heinrich, AT, I, n.º m. 125 ss., 271; además, *idem*, AT, II, n.º m. 1087, así como *infra*, punto III.

²⁰ * En el sentido *genérico*, de “ser animado racional” (*Mensch*). (N. de Tr.)

²¹ Cf. también Schlüchter (nota 10), p. 16: si ya el legislador ha “valorado” y el juez sólo tiene que llevar a cabo aún esta valoración, existiría un elemento descriptivo. En cambio, estaría dado un elemento normativo cuando el legislador dejara la valoración en manos del juez.

²² Cf. sólo Jescheck / Weigend, AT, § 29, II, 3a; Roxin, *FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 384.

ser considerado como cometido dolosamente. Pues se llegaría en última instancia a consecuencias inequitativas, si uno tratase a un error del autor sobre la valoración (jurídica) de un elemento normativo del tipo, recién en el nivel de la culpabilidad, como error de prohibición, para lo cual, además, la jurisprudencia pone altas exigencias al considerar su evitabilidad.²³ Además, se dice que el legislador, mediante el empleo de elementos normativos del tipo expresa precisamente que el autor tiene que tener una representación del bien jurídico protegido.²⁴ Roxin lo formula de modo plástico: “El reproche de ser un criminal doloso lo merece sólo aquel cuya actitud interior valorativa se aparta de la del legislador, y en el que podemos constatar una formación de conciencia ético-jurídica reprochablemente insuficiente, no ya aquel que, teniendo una clase de personalidad fiel al derecho, yerra sólo en el ámbito de la percepción externa o en el conocimiento intelectual”.²⁵

En lo que concierne a la cuestión de cuándo habrá de estar dado, entonces, en caso de elementos normativos del tipo, aun en caso de un mero error sobre la valoración jurídica, un error de tipo según el § 16, StGB, la respuesta es basada por muchos en “una valoración paralela en la esfera del lego”:²⁶ Sólo si el autor —según la naturaleza del lego— ha reconocido el contenido de significación jurídico-social del respectivo elemento del tipo (y de su acción correspondiente), estaría satisfecho el elemento cognitivo del dolo. Si, en cambio, él ha percibido, por cierto, sensorialmente un objeto y, en esa medida, tenido pleno conocimiento de la situación de hecho, pero en el caso respectivo no comprendió una subsunción jurídica dificultosa y, por ello, desconoció el contenido de significación de su actuar, entonces, un error de derecho de esa índole tendría que conducir, excepcionalmente, a la exclusión del dolo, si, según la “naturaleza del lego”, era comprensible. Pues en este caso el autor no podría captar, posiblemente, que él realizaría un tipo. Es que uno, por esa razón, no podría exigirle a un “lego” en derecho —así se argumenta— que comprendiese

²³ Cf. BGHSt, t. 4, p. 1 (5).

²⁴ Müller-Magdeburg, *Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen*, 1999, p. 198.

²⁵ Roxin, *FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 376.

²⁶ Sobre este concepto, BGHSt, t. 3, p. 248 (255); BGHSt, t. 4, p. 347 (352); Baumann / Weber / Mitsch, *AT*, § 21, n.º m. 5; Jakobs, *AT*, 8/49; Jescheck / Weigend, *AT*, § 29, II, 3, a; Arthur Kaufmann, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, 1982, pp. 1 ss.; Kühl, *AT*, § 5, n.º m. 93; MüKo-Joecks, § 16, n.º m. 41; Otto, *AT*, § 7, n.º m. 14; Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 101; Schönke / Schröder-Sternberg-Lieben, § 15, n.º m. 43a; Warda, *JURA*, 1979, p. 80; Wessels / Beulke, *AT*, n.º m. 243; críticamente al respecto, Herzberg / Hardtung, *JuS*, 1999, p. 1075; Kindhäuser, *AT*, § 27, n.º m. 28; *idem*, *Lehr- und Praxiskommentar*, § 16, n.º m. 9 s.; *idem*, *GA*, 1990, pp. 417 ss.; Kühlen (nota 14), p. 204 ss.; LK-Vogel, § 16, n.º m. 30; NK-Puppe, § 16, n.º m. 45 ss.; Puppe, *AT*, I, § 15, n.º m. 11 ss., 32; Roxin, *FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 380, 384; Schlüchter (nota 10), pp. 67 ss.; Schulz, *FS Bemmman*, 1997, p. 246; Stratenwerth / Kühlen, *AT*, § 8, n.º m. 72; el concepto se reconduce a Mezger, *JW*, 1927, pp. 2007 s.; *idem*, *JZ*, 1951, p. 180; *idem*, *Studienbuch Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1954, § 68, I, 1a, § 69, II, 2; también en Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. III, 1918, § 165, III, se halla el giro “subsunción [...] al modo del lego”; en cambio, Welzel, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, § 13, I, 4; *idem*, *JZ*, 1954, p. 279, habla de “valoración paralela en la consciencia del autor”.

acertadamente una cuestión jurídica (al menos ligada a un tal elemento normativo del tipo) extremadamente compleja. En esa medida, por tanto, el dolo concurriría sólo cuando él comprendiese correctamente el núcleo esencial de significación del elemento del tipo que entra en consideración. Entonces, en tales casos no sería necesaria una subsunción acertada bajo un elemento del tipo determinado (por tanto, en ese sentido un mero error de subsunción con pleno conocimiento de la significación sería irrelevante). Por tanto, si el autor sabe, p. ej., que el trazo de una línea en el apoya-vasos de cerveza posee un cierto valor probatorio, y borra por ello uno de tales trazos, actúa dolosamente, aun cuando él no subsuma el apoya-vasos mismo bajo el elemento del tipo “documento”. Pues justamente alcanzaría con que él supiese, “según la naturaleza del lego”, que él destruye prueba relevante en el ámbito del tráfico jurídico.²⁷ Pero, por otro lado, se argumenta que en aquellos casos en los cuales el autor ha comprendido el núcleo conceptual de un elemento determinado (por tanto, que él, p. ej., a partir del principio de qué entiende el ordenamiento jurídico bajo el concepto “propiedad”), pero sufre, en ámbitos marginales, un error normativo que es comprensible según la naturaleza del lego (es decir, el autor, p. ej., parte de la base, tras la propagación del instituto jurídico del “*leasing*”, de que él, como tomador de un *leasing*, devendría en propietario del vehículo) a él no se le podría imputar esto. Por ello, también en este caso tendría que decaer el dolo en el nivel del tipo (y no recién la consciencia del ilícito en el nivel de la culpabilidad). Roxin²⁸ enriqueció esta doctrina en torno al elemento del conocimiento necesario del “sentido social”: sólo si el autor entiende, además del conocimiento de los hechos, también el “sentido social de su obrar”, se podría partir de que él infringió dolosamente una norma penal. O dicho a la inversa: si una errónea valoración jurídica le encubre al autor el sentido social de su obrar, se excluye el dolo relativo a la circunstancia de hecho normativa en cuestión, aun cuando comprenda completamente los hechos que subyacen en la base.²⁹ Respecto de los elementos del tipo que mezclan lo normativo con lo descriptivo el autor tendría que percibir sensorialmente los elementos descriptivos y haber comprendido espiritualmente el contenido normativo, en caso contrario, también en este caso se excluiría una conducta dolosa.³⁰

²⁷ Al respecto, cf. también Traub, JuS, 1967, p. 116.

²⁸ Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 100 ss.

²⁹ Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 104.

³⁰ Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 100.

III. Crítica de esta teoría

En lo que sigue, esta “doctrina” de los elementos normativos del tipo habrá de ser sometida a una valoración crítica. Pues si uno —sobre la base de la jurisprudencia originaria del Tribunal del *Reich*— parte de que la distinción entre un error sobre la concurrencia de una circunstancia fáctica y uno tal sobre la valoración jurídica en sí se puede llevar a cabo de manera bien simple³¹ y que también conduce a consecuencias justas, hacen falta buenas razones para desligarse de esta diferenciación en sí clara. Tal como se demostrará, los pocos casos en los cuales, en la *praxis*, es aceptado, excepcionalmente, un error de tipo según el § 16, StGB, en un caso de error sobre un elemento normativo del tipo, aun si consiste en una errónea valoración jurídica, no hacen que “valga la pena” “diluir” toda la teoría del error en su conjunto, especialmente porque estos casos pueden ser recogidos de mejor modo por vía de una aplicación generosa de la evitabilidad (o inevitabilidad) en el marco del error de prohibición según el § 17, StGB, en el nivel de la culpabilidad. Esto vale, en particular, también en razón de que, tal como aún también habrá que demostrar, hasta ahora no se ha logrado hallar criterios de delimitación asibles respecto de cuáles son los casos de error de derecho que deben conducir, “excepcionalmente”, a excluir el dolo. Antes bien, la *praxis* actual conduce, en ese sentido, a una creciente inseguridad jurídica, que puede ser evitada mediante criterios de delimitación más inequívocos.

Como primera manifestación, resalta el hecho de que la diferenciación llevada a cabo por el criterio preponderante entre elementos descriptivos y normativos del tipo apenas es realizable ya considerada en sí misma. Trazar un límite inequívoco en este ámbito no es posible.³² Pues todo elemento descriptivo del tipo contiene, en ámbitos límites, también una valoración jurídica.³³ La cuestión de si una pista de esquí de fondo³⁴ o la de si un animal³⁵ son cosas en el sentido de los §§ 242, 303, StGB, es asimismo, en última instancia, una cuestión jurídica, como lo es la clasificación

³¹ La ventaja de una “clara delimitación” es acentuada también por Schlüchter (nota 10), p. 58, pero censura a esta solución, sin embargo, al final; cf. también Traub, JuS, 1967, pp. 116 s.

³² Así también Baumann / Weber / Mitsch, AT, § 8, n.º m. 17 s.; Dopsch, GA, 1984, p. 1; B. Heinrich, AT, I, n.º m. 127; Kindhäuser, JURA, 1984, p. 465; MüKo-Freund, previo a §§ 13 ss., n.º m. 15 s.; NK-Puppe, § 16, n.º m. 41; Schmitz, JURA, 2003, p. 594; Stratenwerth / Kühlen, § 8, n.º m. 69 ss.; Wessels / Beulke, AT, n.º m. 132.

³³ Así claramente Gössel, GA, 2006, p. 281: “elementos puramente descriptivos no hay”; T. Walter, (nota 9), p. 221: “No hay [...] elementos ‘puramente descriptivos’”; además, Ambos, JA, 2007, pp. 2 s.; Puppe, AT, I, § 15, n.º m. 31; Roxin, AT, I, § 10, n.º m. 11, 59; así ya Eric Wolf, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, 1931, pp. 56 ss.

³⁴ La cualidad de cosa fue rechazada en este caso por la sent. de BayObLG, NJW, 1980, p. 132.

³⁵ Esto, especialmente después de la introducción del § 90a, BGB, por la “Ley para el Mejoramiento de la Posición Jurídica del Animal en el Derecho Civil”, del 20/8/1990, BGBl, I, p. 1762, requiere al menos una fundamentación más detallada; cf. sobre esta cuestión, en particular, Küper, JZ, 1993, p. 435.

de a partir de en qué momento del nacimiento comienza a existir un “hombre”. Sin embargo, los elementos del tipo “cosa” y “hombre” son considerados ejemplos clásicos de elementos descriptivos.³⁶ Por otra parte, también los llamados elementos normativos del tipo contienen múltiples factores que describen. Así, p. ej., un “documento” —usualmente un “clásico” elemento normativo— tiene que ser comprensible, en todo caso, de modo óptico-visual, lo que presupone que es perceptible por los sentidos.³⁷ También el elemento “ajena” requiere que el autor —antes de que pueda ponerse a hacer una valoración jurídica— sepa cuáles son los sucesos fácticos que tienen la consecuencia de que una cosa llegue a estar en la posesión de una persona determinada. Por cierto, en el caso particular seguramente se pueda hablar de un elemento teñido “más normativamente” o “más descriptivamente”; pero esta distinción no promete una ganancia real que vaya más allá. En ese sentido, se puede dudar también de si la propuesta de Roxin³⁸ de denominar como normativos solamente a aquellos elementos “que pueden ser presentados y pensados en absoluto sólo bajo la presuposición lógica de una norma” pueda ser apropiada para justificar la existencia de esta categoría conceptual. Pues, ¿por qué debería presuponer, p. ej., precisamente el elemento del tipo “documento” un “sistema normativo jurídico o social”³⁹, mientras que, en cambio, el concepto de cosa, no? Esto rige tanto más si se piensa en que de ningún modo existen normas, que, p. ej., para el caso de una definición del concepto de “documento” puedan ser de especial ayuda (lo mismo vale, p. ej., también para el concepto, reconocido como normativo, de “injuria”, en el sentido del § 185, StGB).⁴⁰ En cambio, el concepto de cosa del § 242, StGB —tal como ya se mencionó: en sí un “clásico” elemento descriptivo—, suele ser definido recurriendo al § 90, BGB, es decir, a una norma de otro ámbito jurídico.

Pero incluso si uno reconoce —como Roxin— la distinción con la pauta de que hay elementos del tipo en cierto modo mezclados con lo descriptivo y normativo (lo cual podría ser que fuese el caso, probablemente, en la mayoría de los elementos del tipo) y si uno, para actuar dolosamente, tiene que percibir sensorialmente los elementos descriptivos, mientras que comprender espiritualmente, empero, los contenidos normativos,⁴¹ es totalmente poco claro cuándo podrá admitirse que concurre la comprensión espiritual exigida (según una valoración paralela en la esfera

³⁶ B. Heinrich, *AT*, I, n.º m. 127; Roxin, *AT*, I, § 10, n.º m. 11; Eric Wolf (nota 32), pp. 56 ss.

³⁷ Roxin, *AT*, I, § 10, n.º m. 59.

³⁸ Roxin, *AT*, I, § 10, n.º m. 60, invocando a Engisch, *FS Mezger*, 1954, pp. 127, 147; así también Schlüchter (nota 10), p. 21.

³⁹ Así, Roxin mismo (en *FS Tiedemann*, 2008, 375, 384) parte de que el concepto de “documento”, como concepto jurídico de un tipo penal, sólo requiere el “conocimiento de la significación social”.

⁴⁰ Al respecto, cf. T. Walter (nota 9), pp. 220 s.

⁴¹ Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 100.

del lego) o el conocimiento del “sentido social”. ¿Por qué, p. ej., aquel que hace salir el aire de un neumático de automóvil y, al hacer eso, cree que sólo una lesión en la sustancia caería bajo el elemento de “dañar” del § 303, StGB, sufriría un error de subsunción irrelevante,⁴² mientras que aquel que, “sobre la base de reflexiones jurídicas igual de equivocadas, se considera a sí mismo propietario de la cosa (en verdad ajena)” no podrá ser penado por daño en una cosa (o por hurto), si él destruye (o sustrae) dolosamente la cosa?⁴³ ¿No tendría que regir esto también cuando el autor –según la naturaleza del lego probablemente apenas más comprensible– tiene la idea de que una cosa que le fue prestada está, “hasta su devolución”, en su propiedad, y, por ello, para él no es ajena o bien cree que él deviene en propietario de una cosa mediante la conclusión de un contrato de compra-venta (aun sin acuerdo ni tradición, § 929, BGB)? ¿O bien cómo se debe hacer la clasificación del conocimiento (o desconocimiento) de la ajenidad, si el autor, al cartero que quiere entregarle una encomienda al vecino de aquél, lo induce a que le entregue el paquete, engañándolo con decir que él mismo sería el vecino?⁴⁴ ¿Ha comprendido el autor el “sentido social” de su obrar, cuando parte de que si bien le ha “vendido gato por liebre”⁴⁵ al cartero (y, en esa medida, actúa totalmente “de mala fe”), cree empero que éste le ha transferido el paquete de manera válida desde el punto de vista del derecho civil (si bien sujeto a impugnación)?⁴⁶ Si luego él tira el paquete, porque tiene un contenido inútil para él, pero cree que no destruye por eso una cosa ajena, dado que ésta sí le fue transmitida válidamente, la opinión preponderante tendría que llegar aquí (probablemente) a excluir el dolo, aunque el autor sabía exactamente que se comportaba de modo miserable.

Pero, más allá de ello, la doctrina de los elementos normativos del tipo conduce en caso de tipos con aspectos en blanco también a inconsistencias claras. En tales tipos, que regulan por ellos mismos una punibilidad de forma no completa, sino que se remiten a otras normas (sea a normas de otra parte de la misma ley, sea a normas de otras leyes), resulta que es oscuro a qué elementos tiene que referirse el dolo del autor. La opinión probablemente aún dominante parte de que sufre un error que excluye el dolo sólo aquel que yerra, en caso de tipos con aspectos en blanco, sobre

⁴² Ejemplo según Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 101.

⁴³ Ejemplo, asimismo, según Roxin, *AT*, I, § 12, n.º m. 103; cf. también *idem*, *FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 380.

⁴⁴ Al respecto, cf. la solución del caso en B. Heinrich, *JURA*, 1999, p. 585.

⁴⁵ * En el original alemán: “*übers Ohrs gehauen*”, literalmente: “asestar un golpe por encima de la oreja”. El dicho proviene de la disciplina de la *esgrima*; originariamente indicaba que un contendiente tocaba al otro en la cabeza (por encima de la oreja); con el tiempo devino en un dicho para aludir a una acción de “embaucar”. De allí el giro usado en el texto. (N. de Tr.)

⁴⁶ Lo que no es el caso, pues, para una transmisión son necesarios, según el § 929, BGB, un acuerdo y una tradición. En el presente caso falta, sin embargo tal acuerdo, pues el cartero no actuó como representante, sino sólo como cartero para el remitente del paquete. Pero este remitente querría hacer sólo una oferta de acuerdo frente al vecino y no frente al autor. Por ello, no hay un acuerdo válido; al respecto, cf. B. Heinrich, *JURA*, 1999, p. 589.

los requisitos típicos de la norma complementante (mientras que solamente debe ser considerado como error de prohibición un error sobre la existencia de la norma complementante).⁴⁷ En cambio, la opinión contraria, a la que entretanto se ha adherido también Roxin⁴⁸, opina que también es relevante un error sobre la mera existencia de la norma que complementa el blanco como tal, de modo que un desconocimiento correspondiente de esta norma conduce a un error de tipo.⁴⁹ El último punto de vista es problemático al respecto, en particular, si uno concuerda seriamente con la teoría de la culpabilidad, en ese sentido dominante.⁵⁰ Sin embargo, es llamativo que aquellos que defienden este punto de vista, en parte observan expresamente que, en el derecho penal accesorio, así como en el derecho penal contravencional, precisamente no tendría que ser aplicada la teoría de la culpabilidad, sino la teoría del dolo⁵¹ o bien, al menos, llegar a las consecuencias que corresponderían, en ese ámbito, a aquellas de la teoría del dolo.⁵² Pero de ese modo se cerraría también aquí el círculo y se llegaría (probablemente), desde el punto de vista de las consecuencias, nuevamente a la jurisprudencia del Tribunal del *Reich*, que, como regla general, consideraba como relevante un error sobre normas extrapenales⁵³ o del derecho penal accesorio.⁵⁴ Sin embargo, esta consecuencia parece problemática –al menos en lo que concierne a las disposiciones en blanco– en razón de que la punibilidad, en el ámbito del desconocimiento de la prohibición, dependería con frecuencia de casualidades de redacción legislativa. Así, p. ej., el legislador, en el marco del tipo penal del § 108b, párr. 1, UrhG (Ley de Derechos de Autor), renunció a hacer una remisión, en sí posible, a las normas prohibitivas que subyacen en los §§ 95a, 95c, UrhG, y adoptó la prohibición

⁴⁷ Así, la opinión dominante; cf. sólo BGHSt, t. 3, p. 400 (403; el elemento del “servir de modo contrario a deber” en el § 356, StGB, se remite a los ordenamientos de la abogacía de los derechos estaduales; un error sobre un elemento del tipo allí contenido conduciría a un error de tipo; un error sobre el elemento de la “contrariedad al deber” como tal, en cambio, a un error de prohibición); Jescheck / Weigend, AT, § 29, V, 3; Kindhäuser, AT, § 27, n.º m. 33; Maurach / Zipf, AT, I, § 23, n.º m. 9, § 37, n.º m. 12; MüKo-Joeks § 16, n.º m. 44; Schönke / Schröder-Sternberg-Lieben, § 15, n.º m. 100 s.; Warda, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955, pp. 36 ss.; de modo aprobatorio, sólo en relación con una ley en blanco “impropia”, LK-Vogel, § 16, n.º m. 40.

⁴⁸ Roxin, FS Tiedemann, 2008, pp. 275, 381; de otro modo, todavía, en Roxin, AT, I, § 12, n.º m. 111.

⁴⁹ Fakhouri Gómez, GA, 2010, p. 264; Herzberg, GA, 1993, p. 457; Lange, JZ, 1956, p. 73; *idem*, JZ, 1957, p. 234; Müller-Magdeburg (nota 23), p. 125 s., 128; NK-Puppe, § 16, n.º m. 64; Puppe, GA, 1990, pp. 166, 168 ss.; Schröder, MDR, 1951, p. 389; Schroth (nota 11), pp. 36 s., 60 s.; Tiedemann (nota 9), pp. 387 s.; *idem*, ZStW, t. 81 (1969), p. 876; *idem*, Geerds-FS, 1995, pp. 95, 108; T. Walter (nota 9), pp. 361 ss.; al respecto, cf. también Dietmeier, *Blankettstrafrecht – Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, 2002, p. 239; Kuhlen (nota 14), pp. 385 ss., 421 ss., 429 s., 543 (en todo caso respecto de las llamadas “remisiones dinámicas”).

⁵⁰ Así también MüKo-Joeks, § 16, n.º m. 44.

⁵¹ Tiedemann, FS Geerds, 1995, pp. 95, 106.

⁵² Roxin, FS Tiedemann, 2008, pp. 375, 382.

⁵³ En torno a lo cual Roxin (FS Tiedemann, 2008, pp. 375, 380) propone hablar no de errores de derecho extrapenal, sino de errores extratípicos.

⁵⁴ Cf. *supra*, I.

material, en forma expresa, en el texto del § 108b, párr. 1, UrhG, para hacer a éste más “inteligible”.⁵⁵ En el caso del § 108b, párr. 2, UrhG, al legislador no le pareció necesario proceder así y se satisfizo con una remisión al tipo prohibitivo del § 95a, párr. 3, UrhG. Este diferente modo de proceder estuvo motivado, como se mencionó, exclusivamente en lograr una mejor inteligibilidad del texto. Pero esto no puede conducir —o no debería— a considerar como error de tipo el desconocimiento de la prohibición del § 95a, párr. 3, UrhG, como consecuencia del carácter de aspectos en blanco del § 108b, párr. 1, UrhG, y, en cambio, como error de prohibición, a aquellos de los §§ 95a, 95c, I, UrhG.

Sólo para complementar se debe hacer referencia, en este ámbito, a otras cuestiones abiertas: si se les reconoce a las leyes en blanco, junto a los tipos que (solamente) emplean “elementos normativos del tipo”, una función autónoma, es problemática la cuestión de cómo deben ser distinguidas ambas figuras jurídicas una de otra⁵⁶ y si —y, en su caso, en qué medida— ambos grupos quedan sujetos a una “valoración paralela en la esfera del lego”. Así, p. ej., es discutible ya la cuestión de si, respecto de la “ajenidad” de la cosa en el § 242, StGB, se trata “solamente” de un elemento normativo del tipo o si el § 242, StGB, ya constituye una ley en blanco, que recién tendrá que ser rellenada mediante normas jurídicas extrapenales (a saber, aquellas del Código Civil).

Si, en cambio, uno sigue a la opinión (aún) dominante, habría que preguntarse si todos los elementos de las normas que complementan un blanco deben ser considerados “elementos normativos”, tan sólo en razón de que, para la comprensión del tipo penal, justamente haga falta esta otra norma⁵⁷ o bien si la respectiva otra norma debe ser siempre primero “puesta” dentro del texto de la prescripción penal para, acto seguido, analizar en el caso particular si el elemento “puesto” aparece como descriptivo o normativo.⁵⁸ Si, p. ej., según el § 106, UrhG, es punible aquel que reproduce, “en otros casos que los legalmente permitidos”, una obra protegida por derechos de autor, sin el consentimiento del autor, entonces uno tendrá que considerar estos casos legalmente permitidos (en primer lugar, regulados en los §§ 44a ss., UrhG) al interpretar el tipo del § 106, UrhG. Pero, ahora bien: ¿se convierten todos los elementos recogidos en los §§ 44a ss., UrhG, en

⁵⁵ BT-Drucks., 15/837, p. 35; al respecto, cf. *MüKo-Heinrich*, § 108b, UrhG, n.º m. 2.

⁵⁶ Sobre esta problemática, cf. sólo *LK-Vogel*, § 16, n.º m. 38; *Schönke / Schröder-Sternberg-Lieben*, § 15, n.º m. 103.

⁵⁷ Así, *Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts*, 2001, p. 270; *Lauer, Der Irrtum über Blankettrafgesetze am Beispiel des § 106 UrhG*, 1997, p. 86; *Wandtke / Bullinger-Hildebrandt*, § 106, UrhG, n.º m. 35; cf. también *Roxin, FS Tiedemann*, 2008, pp. 375, 381.

⁵⁸ Así, *Reinbacher, Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zum privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz*, 2007, p. 266.

elementos normativos tan sólo por esa remisión⁵⁹ o tiene que ser analizado en el caso particular – según lo “que está puesto” en el § 106, UrhG–, si el elemento “puesto” debe ser considerado descriptivo o normativo?⁶⁰ Ya estas oscuridades muestran cuán insegura resulta una delimitación en el ámbito del error, tan pronto uno admite la posibilidad de dejar que errores de derecho –así sea que fuese aun en casos de excepción– lleguen a tener la cualidad de un error de tipo que excluya el dolo del autor, aunque éste conozca todos los hechos que subyacen a su conducta. Esto no es útil para la seguridad jurídica y tendrían que concurrir razones especiales que se contrapongan forzosamente a admitir un hecho dolosamente cometido y, en última instancia, “sólo” exculpado, en los casos mencionados.

Pero apenas es posible hallar estas razones forzosas. Al contrario, contra la doctrina de los elementos normativos del tipo (y contra el reconocimiento, en parte producido por medio de eso, de un error de derecho como error de tipo) pueden ser expresadas precisamente objeciones también materiales. Pues un tal reconocimiento tendría la consecuencia de que el ordenamiento jurídico, en estos casos, aun habiendo un error sobre la valoración jurídica (o bien un mero desconocimiento de una norma el derecho penal accesorio o extrapenal) clasificaría la conducta en su conjunto del actuante, materialmente, precisamente no como “ilícito” (cometido dolosamente). En este ámbito, como, p. ej., en los delitos contra el patrimonio o en muchos casos, precisamente, del derecho penal accesorio, no existe una punibilidad por imprudencia, por lo cual ya no concurriría en absoluto un ilícito jurídico-penalmente relevante, aunque el actuante violara reglas, que el legislador, justamente, considera un ilícito como tal.

Tomar en cuenta el error que excluye el dolo ya en el nivel del tipo (subjetivo) tiene otras consecuencias –ligadas a ello– que, en el caso de un mero error de derecho, pueden ser muy problemáticas: así, p. ej., los demás partícipes del hecho (posiblemente actuantes de mala fe) no podrán ser penados por una participación en tal hecho, dado que falta un hecho principal antijurídico cometido dolosamente. Sólo entraría en consideración una autoría mediata, la cual, sin embargo, precisamente en el caso de delitos especiales, en los cuales pueden hallarse con frecuencia los “elementos normativos del tipo”, no es posible (el mismo problema se presenta, sin embargo,

⁵⁹ Así, Hildebrandt (nota 55), p. 270; Lauer (nota 55), p. 86; Wandtke / Bullinger-Hildebrandt, § 106, UrhG, n.º m. 35.

⁶⁰ Así, Reinbacher (nota 56), p. 266; cf. también Weber, *Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts*, 1976, p. 291, quien, si bien pretende que los elementos particulares están en el § 106, UrhG, no procede a hacer ninguna distinción entre elementos normativos y descriptivos.

también cuando el hombre de atrás, actuante de mala fe, lleve al agente a un error sobre circunstancias fácticas).

Además, como otro punto crítico se debe explicar que se le sustraería al damnificado por el hecho, dadas ciertas circunstancias, la posibilidad de defenderse de la conducta del autor por medio de legítima defensa. Esto en todo caso queda excluido, si uno, tal como esto, en parte, es defendido,⁶¹ reconoce como agresión ilegítima en el sentido del § 32, StGB, sólo una conducta final-dolosa. Pero, más allá de eso, también hace una diferencia respecto de la legítima defensa, la cuestión de si el agresor se comporta de modo contrario al derecho penal (entonces, con dolo, aun cuando posiblemente actuando sin culpabilidad) o no.

Finalmente, tiene que hacerse reparar en otra incongruencia que se deriva de la doctrina dominante. Pues si los defensores de la doctrina de los elementos normativos del tipo le reconocen al autor un error de tipo, en caso de un error sobre la valoración jurídica o si esto ha de ser el caso, en principio, siempre que el autor, en tipos con aspectos en blanco o en el derecho penal accesorio, no conozca la norma prohibitiva subyacente, entonces se plantea la cuestión de si esta “corrección” en favor del autor en los casos de inversión (en sí, delito putativo impune) repercute en su perjuicio y, en tal caso, posiblemente podría conducir a que, excepcionalmente, exista en sí una tentativa inidónea punible.⁶² Por tanto, dicho a modo de ejemplo, si el autor supone que comete un daño en las cosas, porque él tira una cosa que le ha sido entregada y transferida, creyendo al hacerlo que ésta sigue siendo “ajena” para él hasta que haya pagado completamente el precio de venta, lo cual no es el caso, entonces, consecuentemente, se tendría que admitir no un mero delito putativo, sino una tentativa inidónea. Pues el autor yerra aquí sobre un “elemento normativo del tipo” (ajenidad), lo cual, en el caso inverso, debe conducir a excluir el dolo. También se tendría que penar por tentativa inidónea de falsificación de documento, §§ 267, 22, StGB, a aquel que realiza alteraciones en una copia, reconocible como tal, partiendo él, al hacerlo, de que el ordenamiento jurídico le otorga también a copias, en todo su alcance, el carácter de documento.⁶³ Finalmente, se tendría que admitir también siempre una tentativa inidónea, en lugar de un delito putativo, en los casos en que el autor

⁶¹ Al respecto, cf. Schmidhäuser, *Studienbuch, Strafrecht, AT*, 6/65; cf. también Frister, GA, 1988, p. 305; Freund, AT, § 3, n.º m. 98; Otto, AT, § 8, n.º m. 20, que, sin embargo, además del dolo, dejan que sea suficiente también la imprudencia consciente.

⁶² Al respecto, cf. NK-Puppe, § 16, n.º m. 144 ss.

⁶³ Lo cual no es el caso; cf. sólo BGHSt 24, 140; al respecto, también Heinrich, CR, 1997, pp. 624 s.; en esa medida, consecuentemente, fue admitida una tentativa inidónea por el OLG Düsseldorf, en la sent. publicada en NStZ, 2001, p. 482; en contra de esto, NK-Puppe § 16, n.º m. 158, con otras referencias.

creyera erróneamente, respecto de normas en blanco o en el ámbito del derecho penal accesorio, que existiría determinada norma prohibitiva.⁶⁴ Por cierto, esta consecuencia fue extraída en ocasiones por la jurisprudencia,⁶⁵ pero la bibliografía, preponderantemente, la rechaza, con el argumento de que la doctrina de los elementos normativos del tipo serviría precisamente al fin de exonerar al autor en el marco de valoraciones jurídicamente complicadas, y se revertiría en su contracara si ella, ahora, fuera empleada para fundamentar una punibilidad del autor por una tentativa inidónea.⁶⁶ Sin embargo, esto no es dogmáticamente consecuente. En ese sentido, también la ecuación de que todo error de prohibición invertido conduce a un delito putativo y todo error de tipo invertido, a una tentativa inidónea, tendría que anularse sin necesidad.

Por lo demás, para el autor, la consecuencia aquí propuesta de separar estrictamente entre error sobre hechos y error de derecho, prácticamente no podría tener efectos perjudiciales. Si uno no puede hacerle el reproche personal por un hecho, en razón de que él no conoce la norma prohibitiva correspondiente y tampoco pudo conocerla, entonces esto debe ser considerado en el nivel en el cual también en otros casos “la reprochabilidad personal” conduce a una impunidad del autor, a saber, en el nivel de la culpabilidad. Aquí el legislador tiene preparado, entretanto (al contrario de la situación jurídica anterior a 1975), con el elemento de la “evitabilidad”, un parámetro flexible, con el cual se puede reaccionar contra el desconocimiento del autor de la norma jurídica.

IV. Consecuencias

Como resultado de lo anterior se puede establecer que una clara delimitación entre un error de tipo y un error de prohibición más bien es diluida, si uno, por vía de la figura jurídica de los “elementos normativos del tipo” —que, sin embargo, no los hay en su forma pura— considerara, en los ámbitos límites, aun a una falsa valoración jurídica o bien al desconocimiento de la significación

⁶⁴ Al respecto, cf. NK-Puppe, § 16, n.º m. 148 s.

⁶⁵ Cf. BGHSt, t. 3, p. 249 (255): aquí el autor supuso erróneamente la competencia de un juez para tomar juramento; asimismo, BGHSt, t. 5, p. 111 (117); BGHSt, t. 10, p. 272 (275 s.); BGHSt, t. 12, p. 56 (58); además, BGHSt, t. 15, p. 210 (213): aquí el autor supuso que cometía una frustración de pena (encubrimiento), puesto que partió erróneamente de que una conducta meramente contravencional constituía una delito; cf. también BGHSt, t. 7, p. 53 (58): aquí el autor yerra sobre la cualidad de documento de los cupones de racionamiento de víveres (en contra, empero, expresamente, BGHSt, t. 13, p. 235 [240 s.]); además, OLG Stuttgart, NJW, 1962, p. 65 (66).

⁶⁶ Bindokat, NJW, 1963, p. 747; Hildebrandt (nota 55), p. 291; Reinbacher (nota 56), p. 276 s.; Schönke / Schröder-Eser, § 22, n.º m. 89; diferenciando, Schlüchter (nota 10), p. 145 ss.; Roxin, AT, II, § 29, n.º m. 409 ss.; *idem*, JZ, 1996, pp. 986 s.

de un elemento del tipo, como excluyentes del dolo. Una clara demarcación, en cambio, es posible, si uno, a la distinción en sí clara y bien acertada entre un error sobre hechos (error sobre una circunstancia fáctica) y un error sobre la clasificación jurídica la refiere a todos los elementos del tipo, independientemente de si éstos están acuñados de modo más bien descriptivo o más bien normativo. El homenajeador de hoy ha denominado esto mismo, alguna vez, de modo plástico, dándole una prioridad al rendimiento erróneo “intelectual” frente al rendimiento erróneo “ético-moral”.⁶⁷ Quien cae víctima de un error de tipo, estaría totalmente integrado socialmente, según sus intenciones, y en unidad con el legislador respecto de lo lícito e ilícito. En cambio, quien actúa en error de prohibición tendría sobre lo lícito e ilícito representaciones diferentes a las de la comunidad jurídica.⁶⁸ A ello no hay nada que añadirle y se derivan al respecto soluciones pulcras, independientemente de si un elemento del tipo está acuñado de modo más bien descriptivo o más bien normativo. Ahora bien, si la “doctrina de los elementos normativos del tipo” realiza, en casos excepcionales, otra delimitación y clasifica un error sobre la cuestión jurídica como error de tipo, al mismo tiempo dominará, empero, una completa oscuridad acerca de cuál es el elemento del tipo que debe ser considerado descriptivo y cuál, normativo; esto ni fomenta la seguridad ni esta distinción le da al juez criterios claros en mano, respecto de cómo debe ser clasificado un error correspondiente del autor. En ese sentido, la discusión acerca de si el autor ha errado sobre una cuestión fáctica o una valoración jurídica se traslada a la de cuál es el “núcleo conceptual” que el autor ha conocido correctamente según la naturaleza de lego o bien en qué medida ha desconocido el “sentido social” o en qué ámbitos marginales se puede rendir una subsunción desacertada, sin que esto excluya un error de tipo. Sin embargo, aquí no hay mucha ganancia. Antes bien, hay que temer que la “valoración paralela en la esfera del lego”, así como el “conocimiento del núcleo conceptual” o del “sentido social” le abran puertas y portones a una manipulación arbitraria. Además, se puede dudar de si los pocos casos en los cuales tal error sobre una valoración jurídica conduce en la *praxis* judicial a un error de tipo justifican una ruptura del principio general de que sólo errores en el ámbito del conocimiento fáctico (y no en el ámbito de la valoración jurídica) pueden conducir a un error de tipo.

Pero tal ruptura es también materialmente inconveniente. Quien sufre un error de derecho o no conoce la norma prohibitiva yerra acerca de que el legislador considera antijurídica y punible determinada conducta. En este caso, empero, tiene que existir un ilícito material que será excluido solamente si el autor desconoce circunstancias ya en el plano fáctico, que conducen a una

⁶⁷ Roxin, ZStW, t. 76 (1964), p. 604.

⁶⁸ Roxin, ZStW, t. 76 (1964), p. 604.

punibilidad. Si él yerra sobre la valoración jurídica de una conducta determinada, le faltará solamente la consciencia del ilícito. Por tanto, si el autor no comprende una subsunción extremadamente complicada o bien una subsunción jurídica discutida de una situación de hecho de la vida bajo un elemento determinado del tipo legal, porque le falta el conocimiento de la significación de este elemento, también tendrá que ser suficiente con concederle, en el nivel de la culpabilidad un error de prohibición (entonces, como regla general, inevitable).

En ese sentido debe ser rechazada la doctrina de los elementos normativos del tipo. Desde el punto de vista de las consecuencias, esto tampoco es desfavorable, de ningún modo, para el autor, en tanto uno pueda decidirse, al analizar la evitabilidad en el marco del § 17, StGB, por no poner exigencias exageradas al “esfuerzo de conciencia”. Si el autor, “según la naturaleza del lego” pudo haber partido, comprensiblemente, de que su conducta no caía bajo la norma prohibitiva, o bien no entendió el “sentido social” de su obrar, entonces ello debería conducir a reconocerle esta circunstancia como error de prohibición inevitable. Aquí pueden ser aplicados por completo aquellos criterios que fueron desarrollados en el marco de la “relevancia” de un error sobre elementos normativos del tipo. Pero, en estos casos, concurre una conducta dolosa, dado que el autor sabe exactamente, en definitiva, qué es lo que hace. A esta consecuencia tampoco parece oponerse nuestro homenajeado, cuando él aboga, al menos para aquellos casos en los cuales una exclusión del dolo no sería compatible con la ley, sobre la base de una “teoría de la culpabilidad flexible”, por una mayor aplicación del error de prohibición inevitable.⁶⁹

⁶⁹ Roxin, AT, I, § 21, n.º m. 38 ss.; cf. también *idem*, FS Tiedemann, 2008, pp. 375, 388 ss.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y COMPROMISO ÉTICO

La Revista EN LETRA: DERECHO PENAL mantiene una convocatoria abierta con carácter permanente para estudiantes, graduados, docentes, profesores, investigadores e interesados en general, para el envío de artículos inéditos con miras a su publicación en ediciones subsiguientes de la Revista. Tales artículos deberán ajustarse a las pautas sustanciales y formales aquí indicadas.

Es también abierta, permanente y con idénticos destinatarios la convocatoria a remitir réplicas a artículos ya publicados en la edición inmediata anterior de la Revista. La publicación de una o más réplicas a un artículo habilitará a su autor a remitir, a su vez, una réplica propia (dúplica) para la edición inmediata siguiente. Con la publicación de esta última se agotará el debate. Tales réplicas y dúplicas deberán ajustarse a las pautas sustanciales y formales aquí indicadas.

Sin perjuicio del idéntico procedimiento para su evaluación, la remisión de trabajos para la sección Columnas EN LETRA: DERECHO PENAL, y para cualquier otra distinta a la de artículos, réplicas y comentarios bibliográficos en que no se especifique lo contrario, se admite exclusivamente por invitación de la Revista. Tales trabajos deberán ajustarse a las pautas sustanciales y formales que la Revista indicará en su oportunidad a los autores invitados.

PAUTAS SUSTANCIALES PARA LA REMISIÓN DE ARTÍCULOS

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.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

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.

PAUTAS FORMALES PARA LA REMISIÓN DE ARTÍCULOS

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 y/o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del/de los autor/es. Es necesario consignar, en nota al pie, la afiliación institucional, un correo electrónico de contacto y una breve reseña curricular (máximo 10 líneas) de cada uno de los autores (estudios de grado/posgrado, antecedentes profesionales, de docencia e investigación, instituciones en las que se desempeña, etcétera).

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y Abstract del trabajo en inglés (de ser posible).

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

f. Key words 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 colocan 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 la letra “y”, 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 van en cursiva. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van “entre comillas dobles”. En todos los casos, se deberá colocar entre paréntesis 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, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, “El desistimiento de la tentativa. La ‘voluntariedad’ como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal”, en ZIFFER (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 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

En las citas se consignarán el Tribunal (en mayúsculas abreviadas o versalitas), 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:

CSJN, “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 versalitas), 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:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Juicio 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:

AMBOS, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en *Política criminal*, n.º 5, p. 25. Disponible en: [enlace verificado el día 5 de abril de 2015].

Casos especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas siempre deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS 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 homenaje (Festschrift) como en comentarios a leyes (p. ej., StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, “‘Umräumen von Möbeln’ auf offener Bühne”, en *FS-Frisch*, Berlín, Duncker & Humblot, 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 al 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 a 30 páginas (aprox.).

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

9. El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con fines a su publicación en la Revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del o de los autor/es, 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 previo a su publicación, se requerirá del o de los autor/es 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 tres 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, previo a la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción remueve 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 decide 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 X, N.º 19, Nov de 2024

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 Velea
Thomas Wostry

