

E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año III, N.º 5
Noviembre de 2017
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 Alberto DIAS

La Pampa 1175

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

enletrapenal@enletra.com

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.

COMITÉ EDITORIAL

DIRECTOR

Leandro A. DIAS (UBA/UTDT)

SUBDIRECTORA

Carla SALVATORI (UBA/UTDT)

SECRETARIO DE EDICIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA)

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Pablo LARSEN (UTDT)

EDITORES

Antonella DONNES (UBA)

Noelia NUÑEZ (UBA/CEPDAL)

Ezequiel JIMÉNEZ (GÖTEBORGS UNIVERSITET)

M^a. Belén RODRÍGUEZ MANCEÑO (UBA)

Santiago MOLLIS (UIDESA)

Alejandra VERDE (UNC/UTDT)

Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN)

Máximo LANGER (UCLA)

María Laura BÖHM (UBA/DAAD)

Marcelo D. LERMAN (UBA)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/CONICET)

Ezequiel MALARINO (UIDESA/CONICET)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Héctor OLÁSOLO ALONSO (UIROSARIO)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

Daniel PASTOR (UBA)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Luis GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Hernán GULLCO (UTDT)

Eugenio SARRABAYROUSE (UCES)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Patricia ZIFFER (UBA)



EN LETRA
DERECHO PENAL

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

Cuatro 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.
4. Por decisión mayoritaria del Comité Editorial “EN LETRA: DERECHO PENAL” no utiliza lenguaje género-sensitivo en sus editoriales. No obstante, los autores que deseen incluir esa clase de expresiones, por las razones que consideren apropiadas, están invitados a hacerlo y serán publicadas sus opiniones de modo intacto.

ÍNDICE

EDITORIAL, 1

COLUMNAS DE OPINIÓN

Reflexiones sobre el caso Prlić et al., *Prof. Dra. Lostal Becerril y LL. M. Matthew Gillett*, 3

En qué consiste el delito de lavado de dinero, *Gustavo Trovato*, 15

La magia negra y los límites del Derecho (y de otras cosas también), *Prof. Dr. Malamud Goti*, 21

ARTÍCULOS

El daño patrimonial de la estafa (§ 263, CP alemán) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Alemán, *Dr. Thomas Wostry*, 32

“Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora”: acerca del punitivismo de Lesa Humanidad, *Prof. Dr. Andrés Rosler*, 62

Necesidad de un “tipo penal de riesgos laborales” en el Código Penal Argentino, *Dra. Patricia Gallo*, 103

Acerca de la relación entre el aumento de la población carcelaria y el aumento de la población obrera sobrante, *Rubén Puca Vilte*, 126

La responsabilidad penal de autoridades penitenciarias analizada desde el punto de vista de la omisión impropia y de las incumbencias (“*Obliegenheiten*”), *Nicolás Ayestarán*, 155

TRADUCCIONES

El consentimiento hipotético y el derecho de autodeterminación del paciente, *Prof. Dra. Ingeborg Puppe*, 172

La complicidad por omisión, *Prof. Dr. Dr. h.c. Harro Otto*, 188

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

“Curso fundamental de Derecho Procesal Penal” de Klaus Volk, *Antonella Donnes*, 206

“Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal” de Gustavo Beade, *Camila Petrone y María de los Ángeles Ramallo*, 229

Inculpación y castigo: extender los debates. Réplica a Camila Petrone y María de los Ángeles Ramallo, *Dr. Gustavo Beade*, 246

PAUTAS DE PUBLICACIÓN, 259

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN, 263

INDEX

EDITORIAL, 1

COLUMNS

Reflections on the Pilić et al. Case, *Prof. Dr. Lostal Becerril y LL. M. Matthew Gillett*, 3

The Wrongfulness of Money Laundering, *Gustavo Trovato*, 15

Black Magic and the Limits of the Law (and of Other Things), *Prof. Dr. Malamud Goti*, 21

ARTICLES

Property Loss Related to Fraud (§ 263 German Criminal Code) in the Case-law of the German Federal Supreme Court and the Federal Constitutional Court, *Dr. Thomas Wostry*, 62

'If you Want a Guarantee, Buy a Toaster.' On Punitivism and Crimes Against Humanity, *Prof. Dr. Andrés Rosler*, 62

The Need for a 'Criminal Offense of Endangerment of Workers' in the Argentinian Criminal Code, *Dra. Patricia Gallo*, 103

About the relationship between the prison population increase and the surplus laboring population increase, *Rubén Puca Vilte*, 126

Criminal Responsibility of Penitentiary Authorities through the Lens of the Legal Institutes of 'Commission by Omission' and Incumbencies (*Obliegenheiten*), *Nicolás Ayestarán*, 155

TRANSLATIONS

Hypothetical Consent and the Right the Patient's Right to Autonomy, *Prof. Dr. Ingeborg Puppe*, 172

Complicity by Omission, *Prof. Dr. h.c. Harro Otto*, 188

BOOK REVIEWS

'Curso fundamental de Derecho Procesal Penal', Klaus Volk, *Antonella Donnes*, 206

'Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal', Dr. Gustavo Beade, *Camila Petrone y María de los Ángeles Ramallo*, 228

'Blame and Punishment: Extending the Debate. A Response to Camila Petrone and María de los Ángeles Ramallo', *Dr. Gustavo Beade*, 246

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES, 259

EVALUATION PROCESS, 263

Editorial

Con el número 5 de En Letra: Derecho Penal cerramos un año en el que, como ya anticipábamos en el editorial pasado, se produjeron grandes cambios en la revista. Al mismo tiempo que consolidábamos nuestra visión editorial, debimos afrontar la partida de varios integrantes del Comité Editorial, lo que nos obligó a reorganizarnos. En este marco, decidimos incorporar a dos juristas argentinas, quienes contribuirán de modo sustancial a mejorar la calidad de la revista: la LL. M. Noelia NÚÑEZ (Universidad de Buenos Aires/CEDPAL) y Alejandra VERDE (Universidad Nacional de Córdoba/Universidad Torcuato Di Tella). Por su parte, Carla SALVATORI (antigua secretaria de redacción) ha pasado a ejercer funciones de vicedirectora de la revista, mientras que José R. BÉGUELIN (Universidad de Buenos Aires) y Pablo D. LARSEN (Universidad Torcuato Di Tella) han asumido los roles de secretario de edición y secretario de redacción, respectivamente.

En cuanto al contenido de este número de la revista, la Prof. Dra. Marina LOSTAL BECERRIL (Universidad de La Haya de Ciencias Aplicadas) y el LL. M. Matthew GILLET (Universidad de Michigan) abren la sección de columnas de opinión con un panorama acerca de las últimas sentencias del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. En esa misma sección, Gustavo TROVATO (Universidad de Buenos Aires) nos brinda su perspectiva sobre el ilícito del delito de lavado de activos y el Prof. Dr. Jaime MALAMUD GOTI (Universidad de San Andrés) presenta su original punto de vista sobre la magia negra y los límites del derecho penal.

Con respecto a los artículos recibidos por convocatoria abierta (y, por tanto, sometidos a referato doble ciego), el Dr. Thomas WOSTRY (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf) expone un complejo trabajo sobre la discusión reciente en torno a la cuantificación del daño patrimonial en el delito de estafa. A continuación, el Prof. Dr. Andrés ROSLER (Universidad de Buenos Aires/CONICET) desarrolla una crítica contundente al estado actual de la discusión en torno a la aplicación de las garantías penales a los acusados y condenados por crímenes de lesa humanidad en Argentina. A su vez, la Dra. Patricia GALLO (Universidad de Buenos Aires) esboza los lineamientos de un tipo penal tendente a criminalizar la creación de riesgos de trabajo, cuya creación legislativa cubriría una importante laguna de punibilidad en el derecho penal argentino. Por último, cierran la sección las interesantes contribuciones de Rubén PUCA VILTE (Universidad de Buenos Aires), sobre la relación entre el aumento de la población carcelaria y el de la población obrera sobrante, y de Nicolás AYESTARÁN (Universidad Nacional de San Juan), sobre los límites al deber positivo del funcionario del servicio penitenciario respecto de los daños que puedan generar y sufrir los internos.

A su vez, tenemos el honor de presentar dos artículos publicados recientemente en Alemania, escritos por dos de los profesores de derecho penal más prestigiosos de los últimos cincuenta años: “El consentimiento hipotético y el derecho de autodeterminación del paciente”, de la Prof. Dra. Ingeborg PUPPE (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn), y “Complicidad por omisión”, del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Harro OTTO (Universität Bayreuth), traducidos por Leandro A. DIAS y José R. BÉGUELIN, respectivamente. La publicación de estos dos trabajos se enmarca en una tendencia reciente que ha contribuido a la difusión de las ideas de estos autores. En particular, en los últimos años se ha editado una compilación de artículos de la Prof. PUPPE (*El derecho penal como ciencia*, Buenos Aires, B de F, 2014) y la traducción al español (también a cargo de José R. BÉGUELIN) de la última edición alemana del manual del Prof. OTTO (*Manual de derecho penal*, 7.^a ed., Barcelona, Atelier, 2017).

La última sección de la revista contiene una exhaustiva recensión de Antonella DONNES (Universidad de Buenos Aires) al manual de derecho procesal penal del Prof. Dr. Klaus VOLK (recientemente traducido al español por Alberto NANZER, Noelia NÚÑEZ [LL. M.], el Prof. Dr. Daniel PASTOR y el Prof. Dr. Eugenio SARRABAYROUSE) y un enriquecedor intercambio entre María de los Ángeles RAMALLO (Universidad de Buenos Aires), Camila PETRONE (Universidad de Buenos Aires) y el Dr. Gustavo BEADE (Universidad de Buenos Aires), a partir de las ideas planteadas por el último en su libro “Inculpación y castigo”.

A modo de cierre, queremos anticipar que en el próximo número publicaremos una sección especial dedicada a la discusión de la tesis doctoral del Dr. Ivó COCA VILA (Universitat Pompeu Fabra), titulada “La colisión de deberes en derecho penal” (Barcelona, Atelier, 2016). Y, como siempre, no queremos dejar de agradecer a los árbitros externos que han participado del proceso de *peer review* de los cinco artículos originales publicados en este número de la revista.

REFLEXIONES SOBRE EL CASO PRLIĆ *ET AL.*

Prof. Dra. Marina LOSTAL BECERRIL* y Matthew GILLETT, LL. M.**

Fecha de recepción: 5 de diciembre de 2017

Fecha de aprobación: 6 de diciembre de 2017

El 29 de noviembre de 2017 el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) llevó a cabo su última audiencia, en la que pronunció el fallo de apelación en el caso Prlić *et al.* Hasta el día de hoy, el tribunal ha concluido procesos contra 161 acusados, 90 de los cuales fueron hallados culpables, 19 absueltos, y el resto fueron o referidos a tribunales nacionales, o se les retiraron los cargos, o murieron antes de que fueran procesados y sentenciados.¹

El caso Prlić *et al.* palidecía en popularidad frente a la causa contra el General Mladić, quien, la semana anterior, había sido condenado a cadena perpetua por, entre otras cosas, su participación en el genocidio de Srebrenica que ocasionó la muerte a entre 6.000 y 8.000 hombres bosnios musulmanes en julio de 1995. En principio, el caso Prlić *et al.* era, sobre todo, interesante desde el punto de vista técnico ya que estaba llamado a tocar cuestiones legales de gran relevancia, como la protección de los miembros de un grupo armado frente a miembros del mismo grupo, la regla aplicable a la protección de bienes de carácter cultural o histórico, o cuestiones relativas a la relación entre el conflicto armado y la ocupación. Sin embargo, el caso Prlić *et al.* se ha convertido en uno de los casos más sonados en la esfera internacional desde que Slobodan Praljak, uno de los

* Doctora en Derecho (IUE, Florencia) y Master of Laws (Universidad de Cambridge). Trabaja como profesora y coordinadora del departamento de derecho internacional de la Universidad de La Haya de Ciencias Aplicadas, y como profesora *ad hoc* en el programa de posgrado de derecho penal de la Universidad Torcuato di Tella. Contacto: mlostalb@cantab.net.

** LL.M Michigan. Trabajó como abogado de primera instancia y de apelación en la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, incluido el caso Prlić *et al.* Los puntos de vista presentados en este documento son personales y no representan necesariamente aquellos del Tribunal o de cualquier otra organización. Contacto: mngillett@hotmail.com.

¹ TPIY, *Key figures of the cases*, disponible en <http://www.icty.org/en/cases/key-figures-cases> [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

seis condenados, ingiriera veneno mortal tras oír que su sentencia a veinte años de cárcel se confirmaba.

En esta contribución nos detendremos sobre cuatro puntos: el auto-envenenamiento de Slobodan Praljak, el derecho aplicable a la protección de sitios históricos de acuerdo con la sala de apelaciones, el tratamiento debido a los miembros de un mismo grupo armado y el estado de ocupación.

I. Slobodan Praljak: Vida y muerte

Slobodan Praljak, también conocido como “Brada”, nació en 1945 en Bosnia Herzegovina. Estudió tres carreras, la de ingeniería electrónica, filosofía y sociología, y la de arte dramático. Durante los años setenta y ochenta ejerció como director teatral y de series televisivas, profesión que abandonó por la vocación política y militar tras la muerte de Tito.²

Durante la guerra de los Balcanes, ocupó un cargo en el ministerio de defensa croata y luego pasó a ser comandante del Estado Mayor del Consejo Croata de Defensa (HVO). En abril de 2004, cuando apareció por primera vez frente al TPIY en La Haya, se declaró inocente de todos los cargos que los responsabilizaban en calidad de comandante de, entre otros, asesinatos y destrucción de bienes en el este de Mostar, y de ataques contra miembros de organizaciones internacionales cometidos por el HVO. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia del TPIY lo condenó a veinte años de prisión cuando dictó su sentencia en 2013.

Tras varios años de apelación, la mañana del miércoles 29 de noviembre, Slobodan Praljak se puso de pie para oír el veredicto final: aunque la Sala de Apelación concordaba con que algunos hechos no daban lugar a violaciones del DIH (por ejemplo, la destrucción del puente de Mostar que trataremos más adelante), concluyó que Praljak debía cumplir una pena de veinte años de prisión por el resto de crímenes, que sí habían sido confirmados. Praljak, de pie y en un tono contundente, exclamó en croata y refiriéndose a sí mismo en tercera persona: “Slobodan Praljak no es un criminal de guerra y rechaza vuestro veredicto con desprecio”.³ Acto seguido, bebió de un pequeño vaso de cristal como si se tratase de un chupito de alcohol.

² ANON, “Chi era Slobodan Praljak”, en *Il Post* (30 de noviembre de 2017).

³ MILANOVIC, “An eventful day in The Hague: Channelling Socrates and Goering”, en *EJIL Talk!* (30 de noviembre de 2017).

Al principio, el juez Agias, presidente del tribunal, no pudo entender o reaccionar a la gravedad de lo que acababa de suceder. Viendo las imágenes en directo, pero de una manera más distante, uno no podía evitar pensar en aquellos altos cargos nazis que mordían cápsulas de veneno escondidas en una muela para evitar la extracción de información y la tortura. El juez Agias continuó la sesión llamando al siguiente acusado (Milivoj Petković) para recibir su sentencia y fue mientras este estaba en pie que se oyó a la abogada de Praljak decir que su cliente decía haber ingerido veneno. Entre titubeos y no saber a qué esquina de la sala ir primero, se suspendió la sesión. Horas después, se conocería que Slobodan Praljak había muerto en un hospital de La Haya. Las autoridades holandesas han iniciado una investigación para esclarecer lo ocurrido.

II. La muerte de Slobodan Praljak en contexto histórico

La muerte de Slobodan Praljak sostiene similitudes con otras del pasado. Cabe pensar en primer lugar en Herman Goering quien, tras haber sido condenado en 1945 a muerte por ahorcamiento por el tribunal de Nuremberg —una muerte ignominiosa para un líder nazi— decidió acabar con su vida horas antes de la ejecución ingiriendo cianuro. La pregunta que se planteó entonces también se repite ahora, ¿quién les dio el veneno y cómo se consiguieron sortear los controles de seguridad?

En sede del TPIY, ha habido otras cuatro muertes que fueron especialmente controvertidas y que ocurrieron durante el proceso penal o próximas a su finalización. En primer lugar, fue el serbio-croata Slavko Dokmanović, quien estuvo a cargo de la municipalidad de Vukovar en el este de Croacia. Se le acusaba de actos inhumanos, asesinato y tratamiento cruel, entre otros. El 29 de junio de 1998, pocos meses después del comienzo de su juicio y con cuarenta y ocho años, Dokmanović se ahorcó con su propia corbata en el centro de detención de La Haya.⁴

Tras varios años sin grandes percances, se suicidó el ex líder serbio-croata Milan Babić el 5 de marzo de 2006. Babić había sido primer ministro del gobierno de la autoproclamada Región Autónoma Serbia de Krajina, en Croacia. Tras declararse culpable, fue sentenciado a trece años de cárcel por persecución como crimen de lesa humanidad. También accedió a testificar en otros

⁴ TPIY, *Slavko Dokmanović Case Information Sheet*, disponible en http://www.icty.org/x/cases/dokmanovic/cis/en/cis_dokmanovic.pdf [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017]. Ver también, ANON, “A history of suicides at ex-Yugoslavia war crimes court”, en *Daily Nation* (30 de noviembre de 2017) disponible en <http://www.nation.co.ke/news/world/A-history-of-suicides-at-ex-Yugoslavia-war-crimes-court/1068-4208588-9k93cl/index.html> [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

casos relacionados, como el de Martić o el de Milošević.⁵ Tenía cincuenta años cuando se ahorcó con su cinturón de cuero en el centro de detención de La Haya. Se dice que dejó una nota de suicidio para su mujer en la que escribió “no me llores, necesito paz”.⁶

El 11 de marzo de 2006, solo seis días después del suicidio de Babić, Slobodan Milošević fue hallado muerto en su celda de La Haya. Pocos saben que quien fuera presidente de Serbia entre 1989 y 1997 era hijo de padres suicidas: su padre se disparó en 1962 y su madre se ahorcaría once años después.⁷ A pesar de los rumores de que podía haber sido envenenado, lo cierto es que Milošević padecía de problemas de corazón e hipertensión. Su muerte, que ocurrió en la etapa final del juicio, conllevó su cese. Esto supuso un gran revés para la acusación ya que sesgó la posibilidad de que la sentencia estableciera si había habido algún vínculo entre la comisión de varios delitos y el Estado de Serbia, incluyendo el del genocidio de Srebrenica, vínculo que, a día de hoy, no ha quedado probado.⁸

Finalmente, Rasim Delić, quien fuera comandante del Estado Mayor del ejército de Bosnia-Herzegovina (ABIH), murió el 16 de abril 2010 en su casa de Sarajevo mientras se encontraba en libertad provisional. Aunque todo apunta a que su muerte fue provocada por su frágil estado de salud, la muerte de Rasim Delić —que ocurrió a escasas semanas de que se dictara la sentencia de apelación— dio lugar a una decisión que ha sentado jurisprudencia en lo que a muertes cercanas al veredicto se refiere. La Sala de Apelación sostuvo que “la jurisdicción personal del Tribunal se limita a ‘personas naturales’ lo que [...] debería ser entendido en su sentido normal, es decir, los

⁵ TPIY, *Milan Babić Case Information Sheet*, accesible http://www.icty.org/x/cases/babic/cis/en/cis_babic_en.pdf [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

⁶ ANON, *supra* nota 4.

⁷ SIMONS/SMALÉ, “Slobodan Milošević, 64, Former Yugoslav Leader Accused of War Crimes, Dies”, en *New York Times* (12 de marzo de 2006).

⁸ La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Bosnia v. Serbia* responsabilizó a Serbia por no haber intentado prevenir el genocidio en Bosnia de acuerdo con la obligación establecida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948. No obstante, no atribuyó a Serbia responsabilidad directa por la comisión de genocidio, ver Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Sentencia, I.C.J. Reports 2007, p. 47.

vivos”.⁹ Por lo tanto, la Sala de Apelación concluyó que “los procedimientos de apelación en el Tribunal deben ser terminados tras la muerte del apelante por falta de jurisdicción”.¹⁰

El mediático suicidio de Praljak ha llevado a algunos a calificarlo de “mártir del nacionalismo croata”.¹¹ Por ejemplo, el presidente croata, Andrej Plenkovic, afirmó que Praljak se había convertido en un testimonio de la profunda injusticia moral que el tribunal de La Haya había cometido con respecto al pueblo croata.¹² Por otra parte, es importante recalcar que hay otro tipo de consideraciones a tener en cuenta en su caso. Los abogados de la defensa de Praljak estaban siendo pagados por los fondos del TPIY dado que, como es común, la mayor parte de los acusados se consideran indigentes *iuris tantum*. Recientemente se había descubierto que el hijo de Praljak era el dueño de la compañía *Oktavijan*, que comprende dos edificios, un hotel, dos garajes y un restaurante en el complejo comercial conocido como “Center 2000” en Zagreb.¹³ A principios de este año, y según informa la prensa, la familia Praljak había sabido que el TPIY barajaba la hipótesis de que el complejo comercial fuese, en realidad, propiedad de Praljak padre. Esto supondría la posibilidad de que el tribunal pudiese reclamar 3.3 millones de euros a la empresa para cubrir las costas de la representación legal de Praljak.¹⁴

La pregunta que se podría plantear ahora es, ya que Praljak está muerto, ¿puede el Mecanismo para los Tribunales Penales Internacionales (el organismo llamado a completar el trabajo pendiente del TPIY tras su cierre) continuar la indagación? De acuerdo con la jurisprudencia del caso Delić, la jurisdicción sobre un asunto se pierde cuando el acusado muere, dado que los procesos se basan en el principio de responsabilidad penal individual. No obstante, podría argumentarse que el pago de la representación legal es un asunto de ejecución de costas, no de atribución de responsabilidad penal.

III. La decisión sobre el puente de Mostar

Precisamente Slobodan Praljak estaba acusado como responsable de la destrucción del Puente Viejo de Mostar, que conectaba la parte este y oeste de la ciudad y que permitía el paso sobre el

⁹ TPIY, *Rasim Delić - Decision on the Outcome of the Proceedings* (29 de junio de 2010), párr. 6.

¹⁰ Ver *supra* nota 9, párr. 8.

¹¹ ANON, “Chi era Slobodan Praljak”, en *Il Post* (30 de noviembre de 2017).

¹² Ver *supra* nota 11.

¹³ ANON, “Slobodan Praljak imovinu prebacio na sina”, en *AlJazeera Balkans* (31 August 2012).

¹⁴ IVKOVIC NOVOKMET, “Tko je bio Slobodan Praljak? Osuđeni ratni zločinci koji je zaradio milijune nakon rata”, *Index* (29 de noviembre de 2017).

río Neretva. El Puente Viejo de Mostar, ahora nuevo tras haber sido reconstruido con fondos de la UNESCO, ocupa un lugar en la lista de patrimonio mundial de la UNESCO ya que posee un valor universal excepcional —criterio sin el cual no se puede ingresar en la lista—. En su origen, fue construido en 1566 por Mimar Hajruddin, discípulo de Sinan, quien fue considerado padre de la arquitectura clásica otomana.¹⁵ Dada su función en el desarrollo y bonanza económica de la ciudad, se decía que el Puente Viejo era la razón de ser de Mostar.¹⁶

La Sala de Primera Instancia estableció que un tanque perteneciente al HVO disparó al Puente Viejo repetidamente a partir del 8 de noviembre de 1993 hasta provocar su colapso al día siguiente.¹⁷ La sala esclareció que el puente tenía un papel esencial en las actividades de combate y que era un objetivo militar en el momento en que fue atacado ya que su derrumbe permitió frustrar las comunicaciones y operaciones de aprovisionamiento de las fuerzas del ejército de Bosnia-Herzegovina.¹⁸ Sin embargo, la Sala de Primera Instancia calificó el acto de destrucción del Puente Viejo como una violación del Derecho Internacional Humanitario (DIH) ya que, según los jueces, excepto Antonetti, las fuerzas del HVO destruyeron el Puente Viejo con el fin de minar la moral de la población musulmana. Por tanto, la Sala concluyó que “el impacto sobre la población civil musulmana de Mostar fue desproporcionado con respecto a la ventaja militar concreta y directa anticipada”.¹⁹

Es cierto que el impacto social de la destrucción de un sitio histórico tan emblemático envió un mensaje de desesperación a la población musulmana de la ciudad. Por ejemplo, Jadranka Petrović nos relata en su libro sobre la destrucción del puente que “una mujer dijo que lloró cuando su marido murió y también lloró cuando sus hijos fueron asesinados en el conflicto. Pero el día en que más lloró ‘fue el día en que el Puente Viejo se vino abajo’”.²⁰ Más aún, la zona oriental de Mostar ha declarado desde entonces el 9 de noviembre como día de luto oficial.²¹ No obstante, desde el punto de vista legal, el daño social nunca había formado parte de los elementos

¹⁵ Comité del Patrimonio Mundial, “El Puente Viejo de Mostar, Stari Most”, disponible en <http://whc.unesco.org/es/actividades/349/> [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

¹⁶ Ver *supra*, nota 15.

¹⁷ El momento del derrumbe del Puente Viejo se puede ver en <https://www.youtube.com/watch?v=CM3B-6CFo9k> [enlace verificado el 5 de diciembre de 2017].

¹⁸ TPIY, *Judgment Summary Prlic et al.*, Appeals Chamber (29 de noviembre de 2017), p. 5.

¹⁹ TPIY, *Prlic et al.*, Trial Chamber judgment (vol. 3) (29 de mayo de 2013), párr. 1584.

²⁰ PETROVIC, *The Old Bridge of Mostar and Increasing Respect for Cultural Property in Armed Conflict*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 226.

²¹ *Supra* nota 20, p. 227.

a tener en cuenta para dilucidar si un acto de destrucción de bienes culturales constituía una violación del derecho humanitario.

El TPIY decidió usar la prohibición del Artículo 3(b) de su Estatuto relativa a la “destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares” para capturar la destrucción del Puente Viejo. Sin embargo, la base legal *lex specialis* del delito contra bienes culturales se encuentra en el Artículo 3(d) de acuerdo con el cual se considera violación de las leyes o prácticas de guerra “la toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico”. Durante más de veinte años de actividad, la TPIY estableció que estos eran los elementos del delito contra bienes culturales de acuerdo con su Estatuto: “(i) [el acto] ha causado daño o destrucción a la propiedad que constituye el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos; (ii) la propiedad dañada o destruida no se usó para fines militares en el momento en que los actos de hostilidad dirigidos contra estos objetos tomaron lugar; y (iii) el acto se llevó a cabo con la intención de dañar o destruir la propiedad en cuestión o en despreocupación imprudente de la probabilidad de la destrucción o daño a la institución en cuestión”.²²

La decisión de la Sala de Primera Instancia en el caso Prlic *et al.* se alejaba, con mucho, de esta línea jurisprudencial. De hecho, si se hubieran aplicado los elementos mencionados del Artículo 3(d) a la destrucción del Puente Viejo, este no habría sido considerado una conculcación del derecho porque, como la misma Sala admitió, el puente había sido convertido en un objetivo militar a través de las actividades para las que era usado.

El razonamiento de la Sala de Primera Instancia de Prlić *et al.* tampoco se atenía a los principios generales del DIH. La afirmación de que “el impacto de la destrucción había sido desproporcional a la directa y concreta ventaja militar anticipada”²³ hace una clara referencia al conocido principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual “queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños

²² Ver, por ejemplo, TPIY, *Pavle Strugar*, Trial Chamber judgment (31 de enero de 2005) párrs. 296 y 312; TPIY, *Mladen Naletilić and Vinko Martinović*, Trial Chamber judgment (31 de marzo de 2003) párr. 605; TPIY, *Vladimir Dordević*, Trial Chamber judgment (23 de febrero de 2011) párr. 1773.

²³ Ver *supra*, nota 22.

a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.²⁴

Salta a la vista que la proporcionalidad se calcula entre “ventaja militar concreta y directa prevista” y “muertos y heridos entre la población civil y daños a bienes materiales”. La Sala de Primera Instancia no explicó la razón por la que el impacto social o psicológico era un factor a tener en cuenta. Ya que las guerras tienen un probado carácter traumatizante, de acuerdo con la interpretación de la Sala de Primera Instancia, casi todas las acciones bélicas estarían fuera de la legalidad.

Como era de esperar, la Sala de Apelación corrigió a los jueces de primera instancia (con la opinión disidente del juez Pocar) y concluyó que “dado que el Puente Viejo era un objetivo militar en el momento del ataque, y su destrucción ofrecía una ventaja militar definitiva, [su destrucción] no puede ser considerada [...] como gratuita y no justificada por las exigencias militares”.²⁵ La corrección hecha por la Sala de Apelación evita que haya dobles interpretaciones de los crímenes contra los bienes culturales, un tipo delictivo destinado a cobrar relevancia después de que la Corte Penal Internacional basara el proceso contra Al Mahdi únicamente en la destrucción de varios mausoleos y mezquitas en la ciudad de Tombuctú (Mali).

IV. La protección de los miembros de un grupo armado frente a los miembros del mismo grupo

Uno de los asuntos más complejos en el caso de Prlic *et al.* se refería a los crímenes cometidos por el HVO contra musulmanes que también eran miembros del HVO (los "MHVO"). La Sala de Primera Instancia condenó a todos los acusados por delitos cometidos contra los MHVO, incluidas infracciones graves de los Convenios de Ginebra en virtud del Artículo 2 del Estatuto del TPIY. La Sala de Primera Instancia sostuvo que los MHVO no podían clasificarse como prisioneros de guerra en virtud del Tercer Convenio de Ginebra porque no pertenecían a las fuerzas armadas de una parte contraria al conflicto. Sin embargo, sí podían acogerse a la Cuarta Convención de Ginebra (relativa a la protección de civiles) porque habían venido a encontrarse en manos de una parte contraria (la croata) sobre la base de que ellos, por razones étnicas, supuestamente eran leales a la facción bosnia. La decisión de la Sala de Primera Instancia significaba que, como

²⁴ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario: vol. I. Normas* (trad. Margarita SERRANO GARCÍA), Buenos Aires, CIRC, 2007, p. 53.

²⁵ TPIY, *Judgment Summary Prlic et al.*, Appeals Chamber (29 de noviembre de 2017), p. 5.

personas protegidas en virtud del Cuarto Convenio de Ginebra, los MHVO podrían haber padecido graves violaciones junto con los civiles que fueron victimizados por el HVO debido a su origen étnico.

En apelación, Stojić, Praljak, Petković y Corić cuestionaron la base jurídica de estas condenas. Si bien plantearon varios argumentos, uno prominente propuesto por la defensa fue que el DIH no se aplica a los actos de una fuerza armada contra sus propios miembros.²⁶ El alcance de esta cuestión podía tener un gran impacto jurídico ya que determinaría la aplicabilidad del DIH a una categoría importante de personas.

En este caso en concreto, el hecho de que la Sala de Primera Instancia no especificara cuántos miembros MHVO habían sido afectados,²⁷ podría haber tenido grandes repercusiones para la acusación. Esto es así porque si la Sala hubiera concluido que los miembros del MHVO no quedaban protegidos, en aquellos delitos donde la composición de las víctimas era mixta, es decir, comprendía tanto miembros del MHVO como categorías de personas claramente protegidas por el DIH —como los civiles—, la defensa podría haber usado esta imprecisión para argumentar que, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, las condenas habían de ser revocadas.

Esta posibilidad no se materializó porque la Sala de Apelaciones rechazó los argumentos de la Defensa relativos a los MHVO. En relación con la cuestión del poder regulatorio del DIH entre una fuerza armada y sus propios miembros, la Sala de Apelaciones consideró que los precedentes citados por la defensa eran inaplicables porque no hacían uso de la prueba de lealtad (*allegiance test*) establecida en el caso Tadić.²⁸

²⁶ Un argumento más matizado propuesto por la defensa fue que la Sala de Primera Instancia cometió un error al aplicar el Cuarto Convenio de Ginebra al MHVO, ya que el Cuarto Convenio de Ginebra supuestamente se aplica solo a civiles, mientras que el MHVO fue reconocido por la Cámara de Primera Instancia como miembro de las fuerzas armadas. Además, la defensa cuestionó la confianza de la Cámara de Primera Instancia en los puntos de vista subjetivos del MHVO por su lealtad al lado bosnio, y argumentó que los factores objetivos deben ser invocados en lugar de una prueba puramente subjetiva.

²⁷ Es poco probable que la cuestión tenga algún efecto en las condenas por crímenes de lesa humanidad relativas al MHVO, ya que está bien establecido según la jurisprudencia del TPIY que los combatientes individuales pueden ser víctimas de crímenes de lesa humanidad.

²⁸ De acuerdo con esta prueba, los vínculos sustantivos, como el de la afiliación étnica, pueden ser suficientes para establecer lealtad a un grupo distinto de aquel al que uno pertenece formalmente, por ejemplo, por razón de nacionalidad. TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párr. 358.

La Sala de Apelación aplicó la prueba de lealtad Tadić y concluyó que los vínculos sustantivos, como por ejemplo en este caso, la etnia musulmana, anulan o priman sobre los criterios formales, como el de nacionalidad o la afiliación formal a unas fuerzas armadas. La implicación de esta interpretación es que los miembros del MHVO quedaban protegidos bajo el DIH.

En junio de 2017, la Corte Penal Internacional llegó a un resultado similar. En el caso Ntaganda, la Corte dictaminó que el DIH podía aplicarse para regular las relaciones entre una fuerza armada y los niños soldados dentro de la misma.²⁹ Por tanto, la jurisprudencia más reciente sostiene la tendencia expansiva en lo que se refiere al alcance de la protección ofrecida por esta rama del derecho que empezaría con el famoso caso Tadić al comienzo de la vida del TPIY.

Cabe preguntarse si se debería extender la prueba de lealtad a otros criterios más allá de la pertenencia étnica, en particular, si el DIH protegería a miembros de unas mismas fuerzas armadas con distinta identidad religiosa o racial. La interpretación amplia otorgada por la Sala de Apelación lo es aun más si tenemos en cuenta que, para probar el test de lealtad, basta con la opinión subjetiva de los perpetradores acerca de la afiliación o pertenencia étnica de la víctima. En otras palabras, no son decisivas las consideraciones objetivas para la prueba de lealtad, sino que lo que importa es la percepción de los perpetradores.

La Sala de Apelación se apoyó en el Comentario de DIH del Comité Internacional de la Cruz Roja.³⁰ El Comentario entiende que el Cuarto Convenio de Ginebra tiene un carácter residual que abarca a todas las personas que, cuando caen en manos del enemigo, no entran en el ámbito de protección de los otros tres convenios. Esta interpretación englobaría a los miembros de las fuerzas armadas propias.³¹ El caso Prlić *et al.* coincide con este punto de vista y afirma que el Cuarto Convenio de Ginebra no se ocupa exclusivamente de civiles, a pesar de su título (“Convenio (IV) relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra”) y refuerza el importante principio subyacente del DIH establecido en el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja por el que una “persona en manos enemigas debe tener algún estatus bajo el

²⁹ ICC, *Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9* (15 de junio 2017).

³⁰ TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párrs. 1062, 1082 y 1104.

³¹ Véase el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR): HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *supra* nota 24, p. 51, resumido por el Juicio de apelación, párr. 1062, en el que se explica que la definición de personas protegidas en virtud del IV Convenio de Ginebra es muy amplia e incluye a miembros de las fuerzas armadas que caen en posiciones enemigas y que, por alguna razón, les fue denegado el estado de prisionero de guerra.

derecho internacional [...]. No hay estado intermedio; nadie en manos del enemigo puede estar fuera de la ley".³²

La Sala de Apelación no explicó el estatus del Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja desde el punto de vista de las fuentes del derecho internacional: ¿se aplicaba directamente como derecho internacional consuetudinario, se consideraba un principio general de derecho, o se aplicaba como interpretación de un destacado publicista y, por lo tanto, como fuente subsidiaria de interpretación del Cuarto Convenio de Ginebra? Desafortunadamente, el lector no puede sino especular sobre cuál es la fuente del derecho en la que se basa el fallo de la apelación.³³

V. La ocupación

Otra cuestión del DIH abordada en el procedimiento Prlić *et al.* fue la de la ocupación. Pocos juicios en el campo del derecho penal internacional habían dedicado atención a la figura de la ocupación de manera detallada.³⁴ Habiendo considerado que existía un estado de conflicto armado internacional, la Sala de Apelación aclaró que las infracciones graves se aplicaban no solo a los delitos cometidos en zonas de combate activo, como la Sala de Primera Instancia había sostenido de manera errónea, sino a "todos los crímenes cometidos en cualquier parte de la totalidad del territorio de Bosnia-Herzegovina y en cualquier momento hasta el final del conflicto armado y en estrecha relación con ese conflicto".³⁵

Una vez establecido este punto, la Sala de Apelación consideró que también era necesario examinar la cuestión de la ocupación debido a que el delito de deportación requiere el cruce de fronteras estatales, de derecho o de hecho. Esta última puede estar constituida por el límite de un territorio ocupado.³⁶ La cuestión de la ocupación también era crucial con respecto al delito de

³² TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párr. 359, que cita el Comentario del CICR sobre el Convenio IV de Ginebra, p. 51.

³³ Esto contrasta con la referencia explícita de la Sala de Apelaciones al Reglamento de La Haya como derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, aplicable por el Tribunal; TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párr. 317.

³⁴ Los primeros casos del TPIY, como *Naletilić y Blaskić*, habían discutido la ley de la ocupación, pero en los casos más recientes se habían presentado crímenes de guerra en virtud del artículo 3 del Estatuto del TPIY, que aplica si el conflicto es de naturaleza internacional o no internacional.

³⁵ TPIY, *Prlić et al.*, Appeals Chamber judgment (29 de noviembre de 2017), párr. 232.

³⁶ *Supra* nota 35, párr. 301.

destrucción y apropiación de bienes a gran escala (hubo denuncias en este sentido y sólo han sido atendidas en caso de estar situados en territorio ocupado).³⁷

La Sala de Apelación aclaró varios asuntos contenciosos relacionados con la ocupación. Sostuvo que la invasión no es un requisito previo para la determinación de un estado de ocupación.³⁸ También sostuvo que el ejercicio real de la autoridad no es estrictamente necesario mientras la potencia ocupante (o su poder representante) esté en condiciones de ejercer su autoridad.³⁹ Y sostuvo que la ocupación puede llevarse a cabo por poder a través de “grupos organizados de facto y estructurados jerárquicamente”.⁴⁰ Al aplicar su enfoque jurídico a los hechos, la Sala de Apelación consideró que la Sala de Primera Instancia había sostenido que Croacia estaba ocupando partes de Bosnia y Herzegovina a través de su fuerza representativa, el HVO, que estaba bajo el “control general” de Croacia.⁴¹ Al abordar el argumento de la defensa de que el principio de autodeterminación significaba que los croatas bosnios no estaban ocupando el territorio, sino que eran habitantes de larga duración, la Sala de Apelación sostuvo que la prueba legal de la ocupación se refería a la autoridad real sobre el territorio y no a las motivaciones que había tras la ocupación.⁴² En este respecto, el fallo tiene una relevancia potencial para otras disputas sobre el control del territorio y las poblaciones. Por ejemplo, en lo que se refiere a las acusaciones de que Rusia está ocupando Crimea a través de fuerzas militares y, por otra parte, los argumentos en contra de Rusia que se basan en el derecho de autodeterminación de los habitantes de Crimea, ya que parte de su población es rusa.

³⁷ *Supra* nota 35, párr. 303.

³⁸ *Supra* nota 35, párr. 318.

³⁹ *Supra* nota 35, párr. 322.

⁴⁰ *Supra* nota 35, párr. 322.

⁴¹ *Supra* nota 35, párrs. 325-326 y 329.

⁴² *Supra* nota 35, párr. 341.

EN QUÉ CONSISTE EL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Gustavo Fabián TROVATO*

Fecha de recepción: 14 de noviembre de 2017

Fecha de aprobación: 26 de noviembre de 2017

Pretendo compartir con ustedes algunas reflexiones que nos permitan una interpretación racional del delito de lavado de dinero.

Aquello en lo que consiste el delito de lavado de dinero, el núcleo de la conducta prohibida, lo constituye *el hecho de darle a bienes procedentes de un hecho ilícito la apariencia de haber sido obtenidos lícitamente*.

La utilización del término “*lavado de activos de origen delictivo*” (por sobre el de “legitimación de activos”, también utilizado con frecuencia) es una expresión, tal vez, poco elegante pero es altamente ilustrativa y certera en tanto resulta central para la interpretación de la conducta prohibida. Con el acto de *lavado* los bienes no quedan “legitimados”: estrictamente, siguen siendo tan ilegítimos como antes de la operación; solo salen “limpios” en el sentido de que *los demás pueden no advertir el origen “maculado” de los bienes*. Se trata de una limpieza externa, solo aparente. Los bienes no se legitiman nunca —a excepción de los casos de leyes de blanqueo, en donde es el propio Estado quien permite, mediante un acto de legitimación, que aquello que era ilegítimo deje de serlo—, puesto que con el lavado aquello obtenido sigue siendo tan ilícito como en un primer momento, solo que adquiere frente a terceros *apariencia* de legalidad. Así pues, el lavado de dinero constituye un proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de una apariencia final de legitimidad.

El actual art. 303, CP argentino mantuvo en líneas generales la descripción de la conducta típica tal como estaba prevista en el derogado art. 278, CP. Esta descripción combina el empleo de algunos verbos característicos (convertir, transferir, administrar, vender, gravar, etc.), con una

* Abogado y profesor adjunto (UBA). Estas ideas fueron expuestas, en lo esencial, en el Congreso de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, el día jueves 19 de octubre de 2017.

fórmula residual que intenta dar un *concepto general* de lo que constituye el “lavado de dinero o bienes”. Se trata, pues, de un procedimiento similar al de la descripción legal del delito de estafa, ya que el art. 172, CP contiene también una serie de modalidades de la acción de defraudar (“con nombre supuesto”, “calidad simulada”, “falsos títulos”, etc.), para cerrar la descripción con una definición genérica: “... o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”. Esto tiene una función múltiple: tanto abarcar con claridad algunos casos frecuentes, como dar un concepto que sirva para alcanzar a otros supuestos.

Los verbos típicos mencionados son, en su gran mayoría, los que eran mencionados por el art. 278, CP, que a su vez habían sido “importados” del derogado art. 25 de la Ley de Estupefacientes, disposición que preveía la conducta de lavado de dinero proveniente de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, en la que quedaban alcanzadas especialmente las acciones de “convertir”, “transferir”, “administrar”, “vender”, “gravar” (...) ciertos objetos. Estos objetos son los que hacen que tales acciones sean adecuadas al tipo penal y son “*bienes provenientes de un delito*”.

Pero esta enumeración solo se torna clara como vehículo para la incriminación, cuando se llega a la *definición genérica* de lo que el tipo penal previsto por el art. 303, CP entiende por “lavado de dinero o bienes”. Aquello que constituye el núcleo de lo prohibido es la realización de una operación en la que se apliquen dinero o bienes provenientes de un delito. Es una opinión corriente la que dice que la doctrina no ha hallado aún una definición cerrada y convincente de la conducta que realmente se quiere perseguir con esta incriminación.

El art. 303, CP requiere (se trata de un elemento típico que ya existía al momento de ser incorporado en la legislación argentina en el año 2000) “*la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito*”.

Gran parte de la (excesiva) discusión dogmática con respecto a este tipo penal se ha dado sin que la doctrina haya considerado aquello que, según mi opinión, resulta ser el rasgo central y distintivo del delito de lavado. Lo que resulta esencial es que el autor pretenda con su conducta introducir activos en el mercado lícito de bienes, dándoles apariencia de licitud a aquellos bienes obtenidos por medio de un delito, apariencia de licitud que debe ser *tal para el autor del delito “precedente”*. Es este el núcleo (*que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito*) de la conducta prohibida y por medio de la cual se resuelven gran parte de los casos más discutidos: el panadero que recibe como contraprestación por su producto dinero de un conocido narcotraficante no pretende que el autor del hecho previo introduzca en el

mercado dinero mal habido sino que, y esto es bien simple, obtiene una contraprestación por la mercadería que entrega; el profesional que recibe, por su labor, dinero proveniente de una defraudación no lava, para el autor del hecho precedente, absolutamente nada.

De lo que se trata es de punir maniobras “cosméticas”¹ que les permiten a grandes organizaciones criminales poder disfrutar de dinero habido de manera ilícita. En palabras de BACIGALUPO: “*conversión o transferencia de bienes procedentes de una actividad delictiva realizada con el propósito de encubrir su origen ilícito así como la adquisición, tenencia o utilización de tales bienes*”.²

Pero el ocultamiento del origen se da una vez que el dinero (re)ingresa al mercado bajo la apariencia de tener un origen lícito (en el que se pretende borrar la huella de origen delictivo del bien). Siempre debe tratarse de que el objeto proveniente del delito pase a tener un viso de legalidad. 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. Que el tipo penal diga que la maniobra debe conseguir apariencia “posible” da al intérprete la idea, en el nivel del tipo objetivo, de que si la maniobra de lavado es descubierta, de todos modos el fracaso objetivo del maquillaje no impide sancionar, siempre que la maniobra haya tenido una dosis de idoneidad.

En aquello que entiendo central, lo disvalioso del tipo penal previsto por el art. 303, CP es que debe tratarse de una maniobra de maquillaje que permita, como consecuencia posible, que el autor del hecho precedente pueda mostrar a la sociedad que obtuvo su dinero ejerciendo una actividad lícita, cuando en verdad esto no fue así. Es esa apariencia de “legalidad” para cualquier partícipe del hecho precedente (autor o cómplices) aquello que el tipo penal pretende evitar.

Para poder centrar la discusión, quiero partir de algunas premisas. En primer lugar, la idea de la criminalización del lavado de dinero es punir conductas de grandes organizaciones internacionales, transnacionales por lo general, que obtienen como resultado de su empresa criminal millonarias sumas de dinero, dinero que, acciones de cosmética mediante, puede ser utilizado por los criminales como si hubiera sido obtenido legítimamente.

¹ BACIGALUPO, “Estudio comparativo del derecho penal de los estados miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”, en BACIGALUPO (dir.), *Curso de derecho penal económico*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 457.

² BACIGALUPO, *supra* nota 1, p. 456.

El delito principal es económicamente atractivo solo si su “producido” se puede legalizar. Una interpretación que respetara el principio de *ultima ratio* del derecho penal debería afirmar que lo que se intenta proteger con este tipo penal es la penalización de una participación que no se produce antes del comienzo de ejecución del hecho ilícito, sino posteriormente. El autor del hecho principal habrá de solicitar *ex post*, una vez obtenida la ganancia ilícita, que alguien (y por lo general ese alguien debería ser alguien con una sólida formación en economía y mercado) le permita “mostrar al mundo” que su dinero ha sido lícitamente obtenido y lo habilite —y esto es lo más importante para el autor del hecho— a utilizar libremente y en su beneficio ese dinero mal habido.

Si esta interpretación fuera correcta, entonces de lo que se trata es de desalentar al autor principal de cometer el hecho que produce los bienes ilegítimos, ya que estos deberán seguir siéndolo por siempre. Si uno pudiera pensar que los bienes adquiridos por medio de un ilícito tienen una mancha indeleble, entonces no caben dudas de que los delitos patrimoniales disminuirían. Pero si alguien se dedica a producir tecnología para borrar esa “marca indeleble”, entonces esa es la conducta que debe ser reprimida.

Ofrezco a partir de este momento un caso teórico, que iré variando posteriormente, para intentar aclarar mi posición respecto de la importancia neurálgica de este elemento del tipo, cuya interpretación permite diferenciar aquellas conductas prohibidas de las que no lo son.³

Un conocido integrante de una poderosa organización narcotraficante paga la entrada a un costoso cine para ver una película (los ejemplos pueden ser de lo más variados: paga el colegio privado al que concurren sus hijos, o los honorarios profesionales del abogado que le tramitó su divorcio). El dueño del cine, que conoce perfectamente la actividad de este cliente, no participa de ninguna maniobra de blanqueo de capitales. El establecimiento recibe su pago en virtud del servicio que presta, sin importarle (a los fines de su participación en una maniobra de lavado) el origen del dinero con el que cada asistente cancela el monto de la entrada. Ello, claro está, sin perjuicio de la obligación administrativa que el Estado le pueda imponer respecto de informar la identidad de sus “clientes”. Respecto del narcotraficante, el dinero utilizado deja de ser de su

³ La existencia de este requisito en nuestro tipo penal de lavado prácticamente cierra la discusión respecto de la punición de las conductas neutrales o *standard*, ya que en la mayoría de estos casos los bienes no aparentan, para el autor del hecho precedente, ninguna licitud. Pero además, la persona co-contratante no tiene el tipo subjetivo de lograr la apariencia de legitimidad del dinero que obtiene como contraprestación de su conducta objetivamente neutral.

propiedad. El hecho de haberlo utilizado no le otorga, por su uso, *apariencia de licitud*. El autor de la comercialización de estupefacientes se encuentra en la misma posición que estaba antes de pagar la entrada. O tal vez en una peor: al haber sido identificado en la adquisición del ticket, el Estado (por medio de su agencia de recaudación) puede empezar a preguntarse cómo obtiene esta persona ese dinero si, por ejemplo, no se le conoce ninguna actividad.

La misma conclusión cabe para la concesionaria de autos, la inmobiliaria o la agencia de turismo que le vende un bien o un servicio a una persona, públicamente conocida, integrante de cualquiera de los tres poderes del Estado, que se ha vuelto millonaria ejerciendo de modo ilícito su tarea republicana. Ninguna persona que vende algo a otra (o le presta un servicio lícito) podría ser imputada en una causa por blanqueo de capitales pertenecientes a su co-contratante, por el solo hecho de venderle, si ha seguido el procedimiento *standard* para el tipo de operación que efectúa (por ejemplo, identificación del comprador, transferencia bancaria del dinero, información de la operación a la autoridad de control, etc.).

Modifiquemos el ejemplo anterior. Ahora el narcotraficante, que acaba de cobrar una herencia —dinero lícito— decide adquirir la sociedad comercial dueña del complejo donde se exhiben las películas. Una vez que el narcotraficante es propietario de la sociedad anónima que explota el complejo, el gerente general —que sabe de la actividad principal del nuevo accionista— le propone blanquear dinero utilizando la empresa. Así comienza a asentar en los registros de la sociedad que la sala está, todos los días, completa de asistentes, cuando en verdad solo alcanza el 30% de su capacidad. La empresa abona todos los impuestos correspondientes al 100% de los ingresos obtenidos (que se compone con un 30% de asistentes reales y un 70% de no asistentes, asentados como si lo fueran) y, al finalizar el período anual, obtiene una ganancia de cien pesos.

Esta es la conducta prohibida por el blanqueo de capitales. Esos setenta pesos, por medio de maquillaje jurídico, han sido introducidos al mercado económico como si hubieran sido obtenidos legalmente. Esos setenta pesos adquieren la apariencia posible de licitud.

Modifiquemos una vez más el caso original. Ahora, el narcotraficante adquiere, con el dinero obtenido por la venta de estupefacientes, la sociedad que explota el complejo que proyecta las películas. Luego, efectúa la maniobra de blanqueo explicada en la variante anterior. Quien resulte vendedor de la sociedad no puede participar en ninguna conducta de blanqueo de capitales, del mismo modo que, según mi opinión, el narcotraficante no comete en esta parte de la maniobra

ninguna conducta disvaliosa distinta de aquella ya contenida en el delito precedente. La operación queda registrada y el Estado obtiene una prueba con relación a la tenencia por parte del narcotraficante de una importante suma de dinero. Pero una operación de este tipo no es constitutiva del delito de lavado.

Si continuamos con el ejemplo, una vez adquirida la sociedad, la empresa (quienes tienen el control ejecutivo y quienes tienen la posibilidad de evitar que la conducta se lleve adelante omiten la conducta debida) sí comete el delito de blanqueo de capitales.

Cuando el producido de un ilícito es utilizado para el pago de un bien o de un servicio que se encuentra en el mercado lícitamente (el colegio privado de sus hijos, la cuota de su club de fútbol favorito, el pan para el desayuno familiar o los honorarios de su defensor de confianza) esa conducta no puede constituir blanqueo. El destino que el autor del delito dé al dinero mal habido, no es un acto que le dé a esos bienes apariencia de licitud. Nuevamente: el hecho de que el delincuente pague por un servicio o por un producto no significa, de ningún modo según mi criterio, que le dé apariencia de licitud a lo mal habido. Si el autor del hecho compra un departamento, y esto va a sonar extraño, tampoco legitima nada. Cualquier investigación judicial podrá advertir la existencia de esa compra y tendrá a su disposición las declaraciones impositivas de la persona para determinar si estaba o no en condiciones de adquirir ese bien. Si no lo estaba (quiero decir: el dinero con el que fue pagada esa compraventa no fue obtenido por medio de una actividad legítima) entonces podrá ser decomisado el inmueble, como provecho indirecto obtenido por el delito. Pero no podrá ser perseguido por un hecho de blanqueo de capitales.

LA MAGIA NEGRA Y LOS LÍMITES DEL DERECHO (Y DE OTRAS COSAS TAMBIÉN)

Prof. Dr. Jaime MALAMUD GOTI*

Fecha de recepción: 5 de diciembre de 2017

Fecha de aprobación: 6 de diciembre de 2017

I. El momento en que la realidad se basa en creencias

No hace mucho, Martín FARRELL recordó una charla que mantuvo con el *provost*¹ de Oxford. El acreditado académico le confió que muy pocos estudiantes del Departamento de Filosofía se gradúan con un cúmulo de conocimientos. Lo que también es verdad —agregó el *provost*— es que nadie puede incurrir en falacias y salir indemne. La preparación de los estudiantes les permitiría advertirlas aun cuando estuviesen ingeniosamente disfrazadas. No soy un amante de la erudición, al menos de su exhibición. Esta me resulta por lo general tediosa, digna de desconfianza o ambas cosas. Es por eso que la anécdota me resultó grata; también me recordó a Genaro CARRIÓ, un hombre por quien profesé una combinación de profundo afecto y admiración. CARRIÓ pasó un tiempo como *fellow*² en Oxford en los sesenta, pensé que debió contribuir a la inflexibilidad lógica a la que se refirió FARRELL.

CARRIÓ fue un hombre dotado de un peculiar talento; razonaba con precisión, era imaginativo y escribía con una sobria elegancia. Gozaba de un agudo sentido del humor que lograba armonizar con su incesante y sólido pesimismo. Por sobre todo, a CARRIÓ muy raramente, y cualquiera fuese su origen, se le escapaban falacias. Escribo estas líneas en recuerdo de CARRIÓ; más que nada, en homenaje a su agudo humor. Estoy seguro de que hubiese

* Doctor en Derecho (UBA). Miembro del Consejo Académico de la Universidad de San Andrés. Contacto: jemalamud@gmail.com.

¹ En las universidades británicas, el *provost* es la máxima autoridad académica.

² Genaro CARRIÓ pasó un año académico en Oxford patrocinado por la Fundación Guggenheim con sede en Nueva York.

encontrado más de una falacia en lo que sigue en este artículo y no me refiero a las creencias y prácticas de los cultores del vudú sino a lo que yo escribo sobre ellos.

Por lo general, pensamos que hay una "realidad," un estado de cosas que precede a otro en el sentido de que, dada la existencia del primero, acontecimientos complementarios provocan el advenimiento del segundo. En síntesis, la causalidad "guía" de alguna manera nuestra noción de la realidad y lo hace de "atrás hacia adelante." A esta observación se suma la idea más común de que la "realidad" material es independiente de la mental y más "real" que la última. Esta observación se origina en que nuestros sentidos nos ofrecen una mayor y más precisa información que la que brindan los procesos mentales. Podemos observar lo que ocurre en el mundo externo en contraste con lo que sucede con relación a nuestras propias mentes. Estamos, por consiguiente, en condiciones de percibirlos, medirlos y evaluarlos y, por eso, de regirnos por ellos para desarrollar nuestras convicciones como un punto de partida más confiable para adoptar una creencia o elegir determinado curso de acción. Puedo formarme una idea mucho más clara del mundo por observar la caída de un árbol que por escuchar lo que alguien de mi entera confianza me explica sobre sus temores y su rabia. El mundo físico es así más apto que el mental para permitirnos decidir y controlar nuestros actos. Pero en ambos casos, es la causalidad, tal y como la entendemos con algo de ingenuidad, la que rige nuestra "realidad" física y mental.

Sabemos también que, por lo general, entendemos los procesos mentales de la misma manera que el comportamiento de las cosas que están fuera de nuestra mente. En ambos ámbitos, hechos y cosas surgen, se desplazan y transforman de acuerdo con nuestras nociones de causalidad. Se trata así de procesos que, en el tiempo, se producen de "atrás para adelante."³ Cuando un chico se detiene frente a mí con la nariz ensangrentada, resultaría llamativo que hurgase en el futuro y le preguntase por las intenciones y finalidades propias y las de quien lo golpeó. Lo habitual es que, antes que nada, lo interroge sobre lo que le ocurrió a su nariz. Vale decir que intentaré averiguar qué hechos condujeron al visible daño nasal que observo. La misma idea se aplica a la rajadura del florero que veo sobre la mesa del comedor y a la fisura en el piso de la bañera. Pero esta percepción de un mundo físico, "real" e "independiente" del mental conduce a dar por sentado que los hechos causales, como los percibimos familiarmente, rigen el proceso de conocer los hechos del pasado para entender su evolución, obviamente "hacia adelante," y establecer, de esta manera, lo que ahora ocurre.

³ Ver RIEDL, *The Consequences of Causal Thinking* (trad. Ursula BERG LUNK), en WATZLAWICK (ed.), *The Invented Reality*, New York, Norton, 1984, pp. 69-94.

Pero los límites entre los procesos físicos y los mentales son tan porosos que a veces resulta poco menos que imposible distinguir entre ambos. Tomemos el ejemplo de la construcción de la llamada “realidad social”,⁴ la cual, del mismo modo que las profecías auto-cumplidas, funciona de tal manera que el universo externo a la mente se confunde con el interno. Me refiero a la manera en que lo que consideramos nuestra realidad física se apoya en nuestras creencias. La existencia de una frontera entre Francia y España depende de la creencia colectiva de que, en efecto, esa frontera existe y se extiende a lo largo de una franja cercana a las cumbres de los Pirineos. De la misma manera, la realidad de tu investidura de juez depende de ciertos rituales. Pero la condición propia de tu título es contingente, también, de que la gente crea que existe semejante cosa como jueces y que esa calidad los habilita para resolver conflictos o imponer castigos. Ni tú ni yo ni nadie podría ser juez ni la frontera entre Francia y España recorrería los Pirineos si cesaran las creencias en que estos hechos se sustentan.

Estas relaciones entre lo material y lo mental se extienden a la “fabricación” de billetes como los que utilizo para pagar cuentas y a una infinidad de objetos más. De otra manera, los primeros serían nada más que pedazos de papel si no coincidiésemos en creer en su valor. A modo de viñeta, recuerdo que en los años sesenta en la sede de la Reserva Federal, en Nueva York, se exhibía un billete de cien mil dólares. No puedo imaginar qué uso podría dársele que tentase a un potencial ladrón pero estaba custodiado a toda hora por guardias armados. Hay muchos hechos “externos” respecto de los cuales las cosas ocurren de esta manera: que haya ganadores y perdedores en un deporte depende de que creamos que una determinada acción altera el puntaje que adjudicamos a cada equipo. Lo mismo se aplica a que mi tío sea médico y que el uso que le damos a esta hoja filosa haga de ella un cuchillo en lugar de un cortapapeles. Pero aquí me interesan especialmente las *profecías auto-cumplidas* dentro de las que incluyo a la magia negra entre creyentes del vudú y el problema con su castigo. Conozco la práctica del vudú en Haití y Luisiana solo superficialmente y sé bastante menos aun acerca de los ritos que varían en diferentes lugares del Caribe. Sin embargo, pienso que, a los fines que persigo, no cambiarían demasiado si conociese mejor el tema. A todos nos resulta familiar que haya brujos que practican ritos incomprensibles con muñecas, retratos y gallos cubiertos de sangre. No nos sorprende, por otra parte, que haya quienes danzan al ritmo de tambores en torno de estos objetos ni que atraviesen el papel de las fotos con agujas y que este hecho frecuentemente transforme a la persona retratada en una víctima fatal. Si esta última “sabe” que es candidata a enfermarse y morir es habitual que un

⁴ Ver SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995, pp. 64 ss., entre otros.

*hougan*⁵ ejercite sus poderes para que se cumpla el presagio. Las profecías suelen ser exitosas si la víctima así lo anticipa.

Hoy no hay combustible en toda la ciudad. Atribuyo este hecho a que ayer un locutor de radio anunció que, al día siguiente, el suministro de nafta menguaría sensiblemente. Tanto el pronóstico como la provisión de gasolina, antes y después, son hechos propios de la "realidad" del mundo físico, pero no lo es, en cambio, el acontecimiento que la modificó para el infortunio de los automovilistas. En lo que se refiere al mundo mental, es frecuente que entendamos los procesos de un modo diferente y este puede hacer más inteligible su aprehensión "desde adelante hacia atrás". El temor a que un evento ocurra como que la nafta escasee convirtió la predicción en una profecía acertada, aunque fuera consecuencia de que el anuncio se originase en confundir a Buenos Aires con Budapest. Este proceso es fácilmente explicable de "adelante hacia atrás" en lugar de "de atrás hacia adelante" como nos tienen acostumbrados las explicaciones causales. Lo que dio origen a la situación fastidiosa fueron las creencias pesimistas de los habitantes y la comprensible ansiedad que las acompañó. Las suposiciones o creencias colectivas anticiparon la escasez para terminar por provocarla. El modo en que funcionan muchas cosas resulta explicable a través de las hoy familiares *profecías auto-cumplidas*. Basta con que sospeche que no les resulto agradable a mis colegas del Departamento de Filosofía para que actúe con poca espontaneidad, con extremada cautela y distancia. De esta manera, mi conducta llevará probablemente a que mis pares me juzguen una compañía indeseable.⁶ Hay mucho más que decir sobre las realidades provocadas por conductas acordes con hechos mentales anticipatorios, individuales y colectivos. La magia negra se nutre de estos procesos.

El vudú es reconocido de un modo menos que rudimentario en el mundo occidental. Las referencias a él están, por lo general, relacionadas con prácticas macabras realizadas para destruir o dañar. Abundan referencias a imágenes y leyendas de aves ensangrentadas, agujas, muñecos desarticulados y tumbas negras. Allí, brujos practican también ritos que provocan la muerte de un individuo para satisfacer el deseo de revancha de quien acude a ellos. Aquí me limito a ensayar una miscelánea introducción al vudú que ilustra el propósito de este ensayo que consiste en mostrar,

⁵ También "los *houngan*". Ver HURSTON, *Tell My Horse: Voodoo and Life in Haiti and Jamaica*, New York, Harper, 1990, especialmente cap. 3, pp. 139 ss. Ver también, HURBON, *Los Misterios del Vudú*, Barcelona, Buenos Aires, Biblioteca de Bolsillo Claves, 1998, en especial, p. 118 ss.

⁶ Existen culturas, como la Trobriand, cuyos integrantes piensan que ciertas creencias provocan actitudes que conducen al estado de cosas deseado. Ver BATESON, *Steps in the Ecology of Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 1972, pp. 72 ss. BATESON llama a esta conducta "semi-pavloviana".

como lo adelantara, la paradoja que surge de cualquier intento de castigar a quienes matan o provocan enfermedades a través de recursos que ofrece el medio en el que el vudú y su magia negra han cobrado vigencia.

Describir esta religión requiere de un considerable esfuerzo, especialmente por las variaciones que revelan sus cultores en diferentes lugares. Hay algunas modalidades ignoradas aún hoy porque su práctica quedó confinada a parajes remotos, pero se sabe bastante sobre la religión en general. Lamentablemente, de lo que se sabe, mucho no es sabido por mí.⁷ Pródigo en ritos y supersticiones, el vudú, en sus diferentes versiones, apareció en el siglo XVIII a consecuencia de la importación masiva de esclavos a América Central y al Caribe proveniente de Benín, Ghana y otros lugares de la costa atlántica subsahariana. La religión fue inicialmente el refugio al que acudió un gran número de estos esclavos con el propósito de preservar su identidad africana frente al esfuerzo por evangelizarlos. Perseguido de diferentes maneras por el gobierno, grupos de vigilantes y colonos, el vudú sobrevive hoy en resquicios de ciudades y poblados y en la espesa selva bajo la forma de sectas secretas. A ellos solo acceden los aspirantes después de jurar solemnemente resistirse a informar a sus perseguidores sobre las actividades de su comunidad religiosa; más aun, cuando se trata de un intento de obtener información acerca de sus compañeros, aunque sea bajo tortura.⁸ El vudú, según antropólogos dedicados a sus prácticas, es un conjunto de creencias y ritos consagrados, principalmente, al “culto a la creación y a la vida”. La ceremonia iniciática de sus miembros consiste en una danza contorcida de una *mambo*, una sacerdotisa que en esa oportunidad luce vestimentas suntuosas y una surtida y pomposa variedad de alhajas. Culmina cuando la *mambo* levanta el velo que la cubre y, con ambas manos, lo arroja atrás de su cabeza. Acto seguido, la mujer se ofrece a responder ritualmente a preguntas — también ritualistas— acerca del objeto y sentido de la misma religión vudú. En el acto, la *mambo* se desnuda y exhibe sus genitales. El significado de esta ceremonia, explican los cultores, yace en poner de relieve que el culto del vudú encarna la “última e infinita verdad”.⁹ Si la idea de una “última verdad” resulta extraña, no puedo siquiera imaginar qué significado puede tener una “verdad infinita”.

Para lograr una noción más clara de las características del vudú es conveniente enfatizar que sus prácticas son secretas. Son ejecutadas a escondidas en el seno de comunidades que sufren un

⁷ HURSTON, *supra* nota 5.

⁸ HURBON, *supra* nota 5.

⁹ Ver HURSTON, *supra* nota 5, p. 113 ss.

clima de intenso y permanente miedo. La religión vudú es pródiga en imágenes de demonios maléficos que amedrentan a la población a través de una variedad de objetos como calaveras, animales muertos iluminados con velas. El susto suele ser tan constante para los creyentes que los familiares de un muerto suelen organizarse para vigilar la tumba noche y día para aventar la amenaza de que el cadáver sea escamoteado por manos maléficas anónimas. El mayor temor radica en estos casos en que el muerto sea transformado en un zombi. En este caso, una deidad maligna se apodera de su espíritu mientras que el cuerpo abandona la tumba y actúa como un cuerpo vivo pero despojado de un alma. Según relatos corrientes el zombi es con frecuencia transformado en esclavo. Se trata, en otras palabras, de personas que carecen de toda voluntad y son utilizadas, entre otros, por miembros de grupos que rinden culto al demonio. En Haití, la Secta Roja (*Secte Rouge*) es una de estas sectas demoníacas y anuncia su presencia con tambores cuyo batir rítmico es audible a millas de distancia. Aterrorizados, los nativos de Haití disuaden a los inexpertos de dejarse arrastrar por su curiosidad para acudir al lugar donde se propala el batir acompasado.¹⁰

Es importante enfatizar que un insistente susto rodea los lugares en los que impera el culto vudú. Yo infiero que este miedo multiplica la variedad de creencias sobre los aspectos malignos de su religión. El terror aísla porque fragmenta las creencias de los miembros de una comunidad sobre las actividades ocultas. Estas prácticas inescrutables incluyen el recurso a la magia negra. El macabro sacrificio de animales y la sangre que fluye alrededor del cuerpo induce a los individuos a interpretar la escena de un modo similar. Esta diversidad de interpretaciones disloca la posibilidad de compartir sus creencias sobre lo que está oculto detrás de estos hechos.¹¹ Esto explica que europeos que residen en Haití y Jamaica se vean predispuestos a adoptar sus propias versiones de las prácticas y credos del vudú de los locales. De esta manera, conocí a quienes identifican sus sueños con profecías que se ven cumplidas habitualmente. Un enfermero escandinavo, conocido como el “doctor Roser”, sostuvo con convicción que un péndulo fabricado con un anillo de oro le permite predecir el sexo de los no natos.¹² El carácter de otro residente de origen europeo experimentó alteraciones radicales. En una visión —comentó— Dios le envió dos ángeles que le obsequiaron hilo y agujas para fabricar muñecas cuando se encontraba en un estado “de posesión”. Este último es aquel en que las supersticiones se acumulan en su mente. Las muñecas predicen su

¹⁰ Ver HURSTON, *supra* nota 5, pp. 199-201.

¹¹ Ver MALAMUD GOTI, *Game without End: State terror and Politics of Justice*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1996. En este libro intento llamar la atención sobre la fragmentación de las creencias de residentes aterrorizados porque los intentos de organizar una sociedad tiranizada pueden verse devastados por este hecho (ver cap. 3).

¹² HURSTON, *supra* nota 5, p. 256.

futuro, que se cumple regularmente, al menos como este individuo imagina este futuro. La transformación de estos europeos por la cultura del vudú llega mucho más allá que meras creencias aisladas.

Como lo he señalado, la cultura del vudú nació y creció en escondites por el temor a las persecuciones del gobierno, grupos paramilitares y un número de terratenientes que, con frecuencia, eran también adeptos al culto vudú. Pero las relaciones entre el gobierno y la religión vudú fueron cambiantes. Por lo general, el culto fue objeto de persecuciones. Este proceso condujo a que el secreto de sus prácticas y la identidad africana de sus *hougan* o *ougan*, sacerdotes o brujos, fueran arraigándose aun más. La clandestinidad y las actividades ocultas fueron arraigándose junto con la consiguiente expansión del miedo entre la población y los encargados de perseguir a los practicantes del vudú. En Haití, el credo y su práctica fueron desmembrándose entre sectas cuyos credos los distanciaban cada vez más. Faustin Soulouque, un presidente haitiano electo en 1937, adoptó el vudú ardientemente. En 1939 Soulouque se hizo ungir emperador para imponer un régimen de terror durante el cual el emperador liquidó a cuanto mulato pudo para rodearse solo de individuos considerados negros. Soulouque saqueó al Estado, cesó en el pago de las deudas de país y fue considerado en sus tiempos el peor gobierno del Caribe del siglo XX. Después de su caída, diez años después, Soulouque huyó a la República Dominicana. Al poco tiempo, el gobierno de Haití firmó un acuerdo con el Vaticano mediante el cual Haití adoptaba oficialmente el culto católico. Este compromiso religioso no obtuvo ningún cambio en las prácticas y supersticiones de Haití.

Durante algunos intervalos, el muy débil Estado haitiano buscó acercarse a los *hougan*, los sacerdotes del vudú, que incrementaban el poder intimidatorio de quien estuviera a la cabeza del país. Entre los cultores del vudú hubo quienes delataban a sus camaradas a los *Tonton Macoutes* para contribuir con su brujería a sostener el régimen tiránico de Papa Doc Duvalier. Esto contribuyó al terror del que se valió el dictador.¹³

Por un lado, el vudú ofrece la salvación de sus adherentes y, en la vida cotidiana, brinda curas para una variedad de enfermedades. Por el otro, provee de instrumentos para causar el mal y matar. Existe una variedad de maneras en que los sacerdotes vudú pueden terminar con la vida de alguien. Una es el veneno y la otra la magia negra. Una de ellas consiste en valerse de tierra extraída del fondo de las tumbas para ser vertida en la comida de la víctima que a menudo moría al

¹³ HURBON, *supra* nota 5, p. 119.

poco tiempo. Como otras similares, esta práctica es explicable a través de revelaciones mundanas. Experimentos han enseñado que estas partículas de tierra absorben sustancias altamente tóxicas que emanan de los cadáveres enterrados un tiempo atrás.¹⁴ Algo parecido ocurre con los bigotes de los leopardos con los que se fabricaban agujas cuyas heridas con frecuencia resultan mortales.¹⁵

Existen también los *loup-garous*, una suerte de brujos habitados por espíritus malignos.¹⁶ Alguien puede llegar a ser un *loup-garou* por herencia familiar o a través de su incorporación de un espíritu malvado hasta por descuido. Los actos de brujería de estos personajes son dirigidos contra personas determinadas. Estas últimas llegan a morir en el instante en que se encuentran con el mensaje de que la magia lo persigue o comienzan con un rápido deterioro que culmina en pocos días con la muerte.¹⁷ Cuando visité Haití en un par de oportunidades con motivo del juzgamiento de los *attachés*,¹⁸ secuaces de Jean Claude Duvalier, mantuve varias conversaciones con una variedad de vendedores que encontré en las calles y empleados del Estado y con algunos vendedores de Port-au-Prince. La conversación nos llevó al vudú, pero prefirieron mencionar solo los aspectos espirituales, curativos y benéficos del vudú. En esas oportunidades, la curiosidad me tentó a indagar si las víctimas de los *loup-garous* se enteraban siempre de que habían sido blanco de actos de magia negra. Mi francés no es particularmente fluido y el dialecto haitiano puede resultarle difícil aun a los franceses. A pesar de esta dificultad, me convencí de que, en realidad, la persona sentenciada se enteraba siempre de que un *loup-garou* celebró un ritual dirigido a provocar su muerte. Por tratarse de comunidades relativamente pequeñas, la realización de rituales, especialmente aquellos realizados por miembros de la *Secte Rouge*, los *louns-garou* y los *houngan*, circula rápido de puerta en puerta cuando así lo quieren los propios brujos. De esta manera, la persona a quien el mal es dirigido se entera inevitablemente de que lo espera la muerte. La noticia de que morirá es necesaria para que la muerte se produzca.

¹⁴ HURBON, *supra* nota 5, p. 238.

¹⁵ Parece que los bigotes de leopardo pueden resultar portadores de un veneno mortal para los humanos. Ver HURSTON, *supra* nota 5, p. 239.

¹⁶ Ver HURBON, *supra* nota 5, p. 61.

¹⁷ HURBON, *supra* nota 5.

¹⁸ Los *attachés* de Jean Claude Duvalier son considerados los herederos del *Tonton Macoute* de Papa Doc Duvalier, padre del primero.

II. El castigo de la magia negra

El vudú fue incorporado a un código penal promulgado en Haití en 1935. El castigo previsto era de unos pocos años de prisión porque no estaba dirigido a la provocación de muertes o enfermedades, al uso de venenos ni al robo de cadáveres. Exigencias de la Iglesia Católica obligaron a que el castigo recayese sobre cualquier práctica considerada “supersticiosa.” En ese mismo período, el gobierno acudió a la colaboración de los militares, algunos de los cuales emprendieron, real o supuestamente, la persecución junto a sacerdotes católicos. De un modo análogo al de Papa Doc Duvalier, los *hougan* o *oungan* se acercaron a funcionarios con poder y estos aceptaron el apoyo por el poder mágico que encarnaba, en el que una cantidad de funcionarios creía con fervor. Pero la persecución del vudú, infiero, fue religiosa y política y terminó en un fracaso. Es precisamente el aspecto religioso de la campaña persecutoria el que impidió discernir las prácticas generales del vudú y los actos que provocan la muerte de la víctima.

La “*muerte vudú*” (*voodoo death*) generalmente ocurre cuando la víctima se encuentra con señales de que está siendo perseguida. Típicamente, esto ocurre cuando la víctima se encuentra con una escena terrorífica con el agregado de que, quienes la montaron, le hacen saber que está destinada a ella.¹⁹ Esta puede consistir en calaveras, animales muertos y velas encendidas. Para un no creyente la escena inspira una dosis de horror. Para el creyente, el miedo que experimenta resulta sobrecogedor al punto que muchos mueren en el acto a causa de un infarto cardíaco o cerebral. El resto padece un agudo debilitamiento y termina por morir casi inevitablemente. Basta saber que alguien con poderes, un *hougan*, ha realizado el ritual para adivinar que alguien desea su muerte hasta ese punto en que el creyente advierta que fuerzas demoníacas se han ensañado con él. Es natural que el mismo mensaje les llegue a quienes rodean al sentenciado. Estos se alejan de su lado de modo que la soledad acrecienta su terror.

De esta manera, la muerte por vudú guarda las características que he caracterizado como profecías auto-cumplidas a consecuencia de las cuales la creencia domina la realidad interna y externa al individuo contra quien se ha dirigido el ritual. Pero lo cierto resulta ser que el rito destinado a dar muerte a alguien asusta; si está acompañado por las creencias de la víctima, el vudú mata; o no. Walter CANNON demuestra esta última posibilidad cuando describe el caso de un hombre que cree que su compañero le ha apuntado con un hueso. Por creerse objeto de una

¹⁹ Descripciones de este hecho aparecen publicadas en Wikipedia bajo el título de “Death by Voodoo” (“Muerte por Vudú”). Ver Walter CANNON en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1447278/er>.

peculiar agresión contrae el llamado *Bone Pointing Syndrome*.²⁰ De acuerdo con las creencias reinantes en Haití y Jamaica, el hecho de que alguien nos apunte con un hueso trae consigo la muerte. La salud del hombre empezó a deteriorarse con rapidez hasta que el supuesto agresor, que era su amigo, le explica que realmente nunca le apuntó con el hueso y que solo lo manipulaba en diferentes posiciones para su examen. De esta manera, solo pudo parecerle a la supuesta víctima que le apuntaban. El enfermo comenzó a mejorar y volvió a la normalidad en poco más de una hora. A la inversa, una mujer Maori disfrutó de unas frutas que encontró bajo los árboles cerca del camino que transitaba. Cuando descubrió que el claro en el que había comido era un *tapu* —o lugar sagrado—, la mujer murió en menos de veinticuatro horas.²¹

A pesar de haber reparado especialmente en el vudú en Haití, creo estar ahora en condiciones de concluir que determinadas prácticas derivadas de esta religión, matan. Que la muerte de las víctimas depende esencialmente de sus creencias y especialmente de que ha sido condenado a muerte. Que resulta difícil pensar en eliminar estas convicciones a través de sistemas educativos o sustitutos como lo son la hipnosis y el uso de placebos. Esto implica que lo único que podría funcionar para evitar la proliferación de las muertes por vudú sería castigar severamente al vudú o solo su magia negra. Después de todo, se trata de una manera particular de matar a una persona, una actividad prohibida en todo el mundo. Es razonable, parece, acudir a una ley que castigue la provocación de la muerte o la enfermedad de otro a través de las prácticas propias del vudú. Pero he aquí la cuestión: que el gobierno se ocupe específicamente de estos casos significa que existe la preocupación —y el reconocimiento oficial— de que el vudú mata, mata de veras. ¿Qué más que esto puede convencernos de que nuestras creencias son verdaderas? La prohibición penal del vudú a secas o de la “magia negra que se vale de medios que el vudú le brinda” confirma que teníamos razón. De esta manera, la acción legislativa entorpece cualquier proceso educativo destinado a disipar las convicciones que conducen a la muerte de cientos de personas por año. Esta es la paradoja; ciertas formas de lucha contra la magia negra fortalecen la magia negra. Es por esta razón que los *houngan* y los fieles del vudú deberían rendirle homenaje a la Iglesia Católica. Sus métodos de expandir su credo —que incluyen diferentes modos de coerción y la manipulación a través del temor al infierno y la culpa— revista entre los principales aliados de la magia vudú —y de tantas otras—.

²⁰ El “síndrome proveniente de que alguien nos apunte con un hueso”. No puedo imaginar una traducción más breve.

²¹ Ver CANNON, *supra* nota 19.

Admito que mi intención original fue escribir algo más breve para convencer a mis colegas acerca del acierto de la idea que defiendo y según la cual no deben prohibirse las prácticas mortales de brujería. Esto, si el propósito es que haya menos practicas criminales sin hacer más sólidas las bases en que se asientan. Encontré que muchos autores se han ocupado del vudú y mis citas son fieles a la literatura que logré encontrar. Bueno; en realidad, son bastante fieles. Hubiese deseado escuchar una improbable opinión elogiosa de Genaro CARRIÓ. Sí pude, en cambio, esperar una lista de las falacias e inconsistencias en que incurrí seguramente. Debí haberle prestado una mayor atención a Martín FARRELL.

EL DAÑO PATRIMONIAL DE LA ESTAFA (§ 263, CP ALEMÁN) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN

Dr. Thomas WOSTRY*

Fecha de recepción: 19 de septiembre de 2017

Fecha de aprobación: 9 de noviembre de 2017

Resumen

En este artículo se abordará el problema del daño patrimonial de la estafa en el derecho alemán. En particular, se analizará la tendencia de la jurisprudencia contemporánea alemana de interpretar los delitos patrimoniales de modo amplio y de aplicarlos a varias manifestaciones de la criminalidad económica. Para ello, se estudiarán dos fallos del *Tribunal Constitucional Federal alemán* de los años 2010 y 2011 que aplican el principio *nulla poena sine lege certa* al elemento típico del daño patrimonial. Se describirá, además, la discusión jurídico-penal alemana acerca de las consecuencias de la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional Federal alemán*. Por último, se presentará brevemente un método de cuantificación del daño patrimonial derivado de la teoría del balance, que recurre, asimismo, a los estándares internacionales de balances (IAS/IFRS).

Palabras clave: Daño patrimonial – Principio de certeza – Cuantificación – Estándares de balance

* Una versión abreviada de este texto fue presentada en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 29 de septiembre 2017. Agradezco cordialmente al Dr. Dr. h.c. Marcelo A. SANCINETTI y a José R. BÉGUELIN por haber revisado los manuscritos. Por supuesto, los eventuales errores o imprecisiones corren solo por cuenta del autor.

Title: Property Loss Related to Fraud (§ 263 German Criminal Code) in the Case-law of the German Federal Supreme Court and the Federal Constitutional Court

Abstract

This paper analyzes the contemporary jurisprudential trend adopted in Germany of making an extensive interpretation of certain offenses involving property loss, and applying these offenses to several manifestations of so-called “white-collar-crime”. The author analyzes two decisions of the Federal Constitutional Court of 2010 and 2011 that apply the *nulla poena sine lege* certain – principle to the justification of property related loss, which is a constituent element of the offense of fraud. Furthermore, the paper describes the scientific debate in Germany on the implications of these recent decisions. Finally, the author presents a quick overview of a method for calculating property related loss derived from financial accounting theory that relies on IAS/IFRS accounting standards

Keywords: Property loss – Principle of legal certainty – Calculation of property loss – Financial accounting standards

Sumario

I. Introducción; II. Concepto penal del patrimonio y potencial de participación (*Partizipationspotenzial*); III. Los delitos patrimoniales entre daños efectivos y “amenazas patrimoniales”; 1. La equiparación de peligros económicos y daños patrimoniales efectivos; 2. La amenaza patrimonial en la jurisprudencia contemporánea; IV. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfG); 1. BVerfG, auto del 23 de junio 2010 – 2 BvR 2559/08, en BVerfGE 126, p. 170 ss.; 2. BVerfG auto del 7 de diciembre 2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10, BVerfGE 130, p. 1 ss.; V. La discusión acerca de la cuantificación del daño patrimonial; 1. La cuantificación como elemento del tipo penal o de la graduación de la pena; 2. ¿La cuantificación es solo una restricción de la “amenaza patrimonial”?; VI. Estándares de balance y daños patrimoniales; 1. Los estándares de balance del Código de comercio alemán (HGB); 2. Cuentas de orden y los estándares internacionales de balance (IAS/IFRS); VII. Conclusión; VIII. Bibliografía y jurisprudencia

I. Introducción

El principio de certeza de la ley penal, que está previsto en Alemania en el art. 103, párr. 2.º, de la Constitución alemana (*Grundgesetz* [GG]), requiere, por un lado, que el legislador defina de

manera abstracta y general qué conductas son punibles. En última instancia, este aspecto se refiere a la reserva de ley.¹ Por otro lado, este principio tiene una función jurídico-estatal central, destinada a garantizar el ejercicio de la libertad, y por eso requiere que cada uno pueda prever qué comportamiento está prohibido y penado. El segundo aspecto, por tanto, describe el principio de certeza en sentido estricto.² Sin embargo, se observa un fenómeno que consiste en lo siguiente: el legislador penal intenta satisfacer las (*supuestas*) necesidades del Derecho penal “moderno” a través de la intensificación gradual de la imprecisión de los tipos penales.³ Winfried HASSEMER resumió críticamente ese diagnóstico en el año 1992 con las siguientes reflexiones: “[e]l mandato de certeza es el enemigo de un derecho flexible, abierto al futuro y a situaciones problemáticas cambiantes. Para ello, no es necesario que el legislador introduzca deliberadamente conceptos jurídicos indeterminados; alcanza ya (y así lo hace el legislador) con que elija conceptos que puedan ser aplicados de forma tan flexible y amplia como sea posible”.⁴

La crítica citada interpela, en primer lugar, al legislador. Empero, encontramos la misma tendencia en la *jurisprudencia* actual respecto de la interpretación de los delitos patrimoniales: la parte especial del Código Penal (CP) alemán contiene tres delitos de resultado —a saber, la estafa, el chantaje y la administración desleal— que comparten la característica común de que la consumación del hecho requiere que el autor dañe el patrimonio de otro.⁵ La discusión acerca del

¹ BVerfG, fallo del 23.06.2010 - 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (194): “Por un lado, se debe asegurar que el propio legislador decida sobre la punibilidad de manera abstracta y general. En esa medida, el art. 103, párr. 2.º, GG contiene una reserva de ley estricta, que les prohíbe a los poderes ejecutivo y judicial establecer los presupuestos normativos de la punibilidad”.

² BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (194 y s.): “Por otro lado, se trata de la protección que brinda un Estado de Derecho al destinatario de la norma: toda persona tiene que poder prever qué conducta está prohibida y conminada con pena. En esa medida, el art. 103, párr. 2.º, GG, tiene una función de garantía de la libertad”.

³ Cfr. HASSEMER, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1992, pp. 378 (383); véase, además, respecto del Derecho penal médico, WOSTRY, “Update im Medizinstrafrecht - Entscheidungen und Tendenzen”, en Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 11 (18 y ss.).

⁴ HASSEMER, *supra* nota 3, 1992, pp. 378 (382); véase, acerca de la estafa y las “modificaciones continuas de la vida social”, BOCKELMANN, “Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug”, en *JZ*, 1952, pp. 461.

⁵ Véase RENGIER, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 19.ª ed., Múnich, Beck, 19.ª ed. 2017, § 1, n.º m. 2; WOSTRY, *Schadensbeziehung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB)*, Berlín, Duncker&Humblot, 2016, p. 17, con otras referencias. La importancia práctica de los delitos patrimoniales, en particular de la estafa y de la administración desleal, se deriva del hecho de que son aplicados frecuentemente en ámbitos económicos regulados por una normativa específica del Derecho civil y

concepto del daño patrimonial ya se había llevado a cabo durante más de un siglo,⁶ antes de culminar, por un tiempo, en los años 2010 y 2011 con dos fallos del *Tribunal Constitucional Federal alemán* (*BVerfG*). En estas decisiones, que analizaré a continuación en una comparación con la jurisprudencia del *Tribunal Supremo Federal alemán* (*BGH*), el *Tribunal Constitucional* formula criterios de gran importancia para la interpretación del daño patrimonial, a partir del principio de certeza. Sobre todo, el *Tribunal Constitucional* intenta asegurar que la interpretación del daño patrimonial se realice de conformidad con el principio de certeza, puesto que la realización de este elemento *típico* marca, precisamente, el *momento* de la consumación del hecho.⁷ Sin embargo, en lo sucesivo, encontraremos indicios de que los criterios formulados por el *Tribunal Constitucional* no tienen todos los efectos que serían de desear en la discusión contemporánea.

Para abordar el tema con mayor profundidad, después de unas breves explicaciones sobre el concepto penal del patrimonio (II.) y sobre un fenómeno llamado “peligro patrimonial”, que representa un problema “clásico” del daño patrimonial (III.), expondré en la parte siguiente (IV.) tanto el contenido como las observaciones dogmáticas centrales de los fallos mencionados del

público, la que se dirige a la evitación de daños patrimoniales (por ejemplo, en el sector bancario de créditos, en el sistema de salud y, en general, en el ámbito de la gestión de empresas). De ahí que se presenta la necesidad de diferenciar entre daños patrimoniales con relevancia penal y meras infracciones de las normas del Derecho civil y público. Por este motivo, el concepto penal del daño patrimonial también tiene que cumplir con esta tarea de diferenciación.

⁶ Cfr. BUSCHMANN, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Betrugsbegriffs im 19. Jahrhundert*, Würzburg, 1939, pp. 5 ss.; TIEDEMANN, “Vor §§ 263 ff.”, en Laufhütte/Rissing - van Saan/Tiedemann (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, de Gruyter, 2012, n.º m. 12 ss; CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Bad Homburg v.d.H. u.a., Gehlen, 1968, pp. 23 y ss. (CRAMER [ibid., p. 21] también subraya que la “hora del nacimiento” de una sistemática moderna de los delitos patrimoniales, que llega hasta la actualidad, se da en el año 1851 con la entrada en vigor del Código Penal para los Estados Prusianos); también cfr. las observaciones históricas de SATZGER, “§ 263”, en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Strafgesetzbuch*, Colonia, Carl Heymanns, 2016, n.º m. 1, y de PERRON, “Vorbemerkungen zu den §§ 263 ff.”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch*, Múnich, C.H. Beck, 2014, n.º m. 2 y ss.; además, véanse las observaciones críticas concernientes a una interpretación histórica de la estafa según los estándares del Código penal prusiano de 1851 de TIEDEMANN, *ibid.*, 2012, n.º m. 19.

⁷ Según el § 23, párr. 1.º, CP alemán, la punibilidad de la tentativa de los mencionados “delitos patrimoniales” requiere una disposición expresa de la ley, puesto que se trata de delitos menos graves (*Vergehen*). El CP alemán dispone la punibilidad de la tentativa de los tipos del chantaje (§ 253, párr. 3.º, CP alemán) y de la estafa (§ 263, párr. 2.º, CP alemán), mientras que falta tal disposición sobre la punibilidad de la tentativa de la administración desleal (§ 266, CP alemán). Dado que la tentativa de administración desleal no es punible, la determinación del daño patrimonial es fundamental para la punibilidad concreta de ese delito (§ 266, CP alemán).

Tribunal Constitucional. Luego, analizaré los conceptos adoptados por ese tribunal (V.). Finalmente, quisiera presentar en pocas palabras algunas medidas para llevar a la práctica las conclusiones del análisis en la interpretación de los delitos patrimoniales (VI.).

II. Concepto penal del patrimonio y potencial de participación (*Partizipationspotenzial*)

Según la definición aceptada tanto por la mayoría en la dogmática jurídico-penal⁸ como por la jurisprudencia⁹, el daño patrimonial consiste en una diferencia negativa que resulta de la comparación de la totalidad del patrimonio que la víctima tenía *antes* del comportamiento típico¹⁰ con la totalidad del patrimonio que tiene *después*. El daño patrimonial, por consiguiente, se calcula según el “principio del saldo total” (*Gesamtsaldierung*).¹¹ Esta fórmula, obviamente, se refiere a un estándar de comparación que presupone un determinado concepto jurídico-penal del patrimonio. Es generalmente aceptado que el patrimonio es la suma de los bienes de valor, en un sentido *económico*, de la persona natural o jurídica.¹² Si bien es aceptado mayoritariamente que el

⁸ TIEDEMANN, “§ 263”, en LAUFHÜTTE/RISSING - VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, de Gruyter, 2012, n.º m. 158 ss.; KINDHÄUSER, “§263” *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*, 6.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2015, n.º m. 172; SATZGER, *supra* nota 6, 2016, n.º m. 205.

⁹ Cfr. por todos BGH, fallo del 07/12/2010 - 3 StR 433/10, en StV 2011, pp. 726 (727); BGH, fallo del 15/03/2017 - 4 StR 472/16, en NStZ 2017, pp. 469 (470).

¹⁰ En ocasiones el delito patrimonial prevé una modalidad específica de consumación (es decir, se está en presencia de un “delito de resultado unido a un comportamiento” [*verhaltensgebundenes Erfolgsdelikt*], cfr. TIEDEMANN, *supra* nota 8, 2012, n.º m. 3): Por ejemplo, el tipo de estafa (§ 263, CP alemán) requiere, además del daño patrimonial, una disposición sobre bienes patrimoniales de la víctima (o de otra persona con el poder de actuar para la víctima) que resulta de un error sobre los hechos provocado por el autor mediante un comportamiento engañoso. Una parte de la literatura jurídico-penal, por lo tanto, considera a la estafa un fenómeno de “autoría mediata tipificada”, cfr. KINDHÄUSER, “§ 263”, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 45 ss.; KINDHÄUSER, *supra* nota 8, 2015, n.º m. 33 s.; las consecuencias de interpretar el tipo como una “autoría mediata tipificada” son señaladas por HEFENDEHL, “§ 263”, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, München, C.H. Beck, 2014, n.º m. 715 ss.; véase también, GAEDE, “§ 263”, en Leipold/Tsambikakis/Zöller (eds.), *Anwaltkommentar StGB*, Heidelberg, C.F. Müller, 2015, n.º m. 65.

¹¹ Se debe tener en cuenta que la opinión mayoritaria, en realidad, no requiere la valoración de la *totalidad* del patrimonio, sino la consideración de efectos específicos del negocio respectivo para la totalidad del patrimonio; cfr. TIEDEMANN, *supra* nota 8, 2012, n.º m. 159; HEFENDEHL, *supra* nota 10, 2014, n.º m. 493; OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970, p. 61, todos con referencias bibliográficas. Respecto de la perspectiva histórica, CRAMER, *supra* nota 6, 1968, pp. 113 y ss.

¹² BGH, fallo del 10/11/2016 - 4 ARs 17/16, en NStZ-RR 2017, pp. 44 s.; KÜHL, “§ 263”, en Lackner/Kühl (eds.), *Strafgesetzbuch*, München, C.H. Beck, 2014, n.º m. 33, con otras referencias.

patrimonio sea valorado, en principio, mediante estándares económicos,¹³ la definición mencionada esconde la razón por la cual esto es así; sobre todo, esconde el concepto básico que subyace a la protección penal del patrimonio. Hay que mencionar que existe una amplia controversia en lo concerniente a ese concepto básico.¹⁴

Según mi opinión, la referencia a los estándares económicos se deriva de un modelo explicativo que recurre a la función del patrimonio en la sociedad civil como garante de la libre participación en la sociedad.¹⁵ Este concepto ya ha sido defendido, en este aspecto, por HEFENDEHL¹⁶, KINDHÄUSER¹⁷, OTTO¹⁸, PAWLIK¹⁹ y otros autores, pero cada uno con *inferencias concretas* notablemente *distintas*. A mi parecer, este concepto presupone que el ordenamiento jurídico reconoce la capacidad general del ciudadano de tener *patrimonio* para que él tenga el potencial *no solo* de sustentarse, sino también de participar en la vida social, sin la necesidad de intentar *enajenar* lo inenajenable, por ejemplo, la personalidad o, para ser más precisos, la dignidad humana.²⁰ El concepto jurídico-penal del patrimonio, por tanto, intenta asegurar el reconocimiento del patrimonio como un medio de *participación social*.

Más allá de ese fundamento general, reconocido hasta cierto punto, es de importancia aclarar, en todo caso, que las conclusiones acerca de la *raison d'être* de la estafa, en particular, son divergentes. Así, se suele concluir que el *concepto de patrimonio* en el ámbito de la estafa abarca la *libertad de disposición*, de modo que la disposición libre sobre los bienes patrimoniales también determina la interpretación del daño penal.²¹ Por tanto, según la premisa de la protección de la libertad de disposición el daño patrimonial de la estafa es considerado una “disminución de un

¹³ Véase, por ejemplo, SATZGER, *supra* nota 6, 2016, n.º m. 205; TIEDEMANN, *supra* nota 6, 2012, n.º m. 20a.

¹⁴ Cfr. más detalladamente HEFENDEHL, *supra* nota 10, 2014, n.º m. 1 y ss.

¹⁵ Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 32 ss.; véase, además CEFFINATO, *Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017, p. 68.

¹⁶ HEFENDEHL, *supra* nota 10, 2014, § 263, n.º m. 2 y ss.

¹⁷ KINDHÄUSER, *supra* nota 10, 2017, n.º m. 13 ss.

¹⁸ OTTO, *supra* nota 11, 1970, pp. 42 y ss.

¹⁹ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Colonia et. al., Carl Heymanns, 1999, pp. 263 y ss.

²⁰ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 33 y ss.

²¹ Cfr. KINDHÄUSER, *supra* nota 10, 2017, n.º m. 14 y s.; para una consideración crítica de las tendencias a proteger la libertad de disposición en el ámbito de aplicación de la administración desleal, cfr. SALIGER, “Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes - Eine kritische Analyse der neueren Rechtsprechung zum Begriff des Vermo \square gensnachteils in § 266 StGB”, en *ZStW*, t. 112 (2000), pp. 563 (589 ss.); cfr. la consideración, también, de la libre voluntad en WITTIG, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2005, pp. 191 y ss.

potencial de libertad”²². Esta perspectiva, sin embargo, le da demasiada importancia al elemento típico del ardid o engaño, que solo identifica la dirección de la lesión del bien jurídico, que se produce mediante un *error* en la persona que dispone sobre el patrimonio dañado.²³ Además, el tipo del chantaje (§ 253, CP alemán), por ejemplo, ya sanciona los daños patrimoniales causados por coacción y, por eso, no es convincente la opinión según la cual la estafa es un tipo que castiga, sobre todo, perjuicios de la libertad de acción menos graves (en comparación con el chantaje).²⁴ Por tanto, el hecho de que la ley mencione formas específicas de agresión al bien jurídico protegido por los delitos patrimoniales es, más bien, una manifestación del carácter fragmentario de la protección penal del patrimonio.

Por consiguiente, no es necesario hacer ingresar, en la discusión acerca del fundamento jurídico-penal del patrimonio, el modo de infracción de la norma: dado que el concepto del patrimonio es *conditio sine qua non* de la participación en la sociedad civil, la disminución solo se refiere al *potencial de participación del ciudadano*.²⁵ Por eso, el daño patrimonial es más bien una disminución del “potencial de participación”.²⁶

Estas observaciones permiten enfocar, finalmente, la cuestión de por qué se valora la disminución del potencial de participación según estándares *económicos*.²⁷ Dado que el ordenamiento jurídico presupone la igualdad de todos los ciudadanos, el concepto de potencial de participación requiere un estándar objetivo que permita valorar el potencial de cada ciudadano según este principio de igualdad (que está previsto, por ejemplo, en el art. 3 de la Constitución alemana). Tal estándar tiene que ser derivado de los mecanismos básicos para la realización de potenciales de participación y con esto se hace referencia a los estándares del mercado. Por tanto, la realización del potencial en el sentido de participación en la vida social significa intercambiar bienes en mercados o en negocios individuales, de tal manera que se establecen precios objetivos que señalan el valor del bien patrimonial del potencial de participación.²⁸ Por consiguiente, la

²² KINDHÄUSER, *supra* nota 10, 2017, n.º m. 15: “*Verkürzung eines Freiheitspotenzials*”.

²³ Además, cfr. PAWLIK, *supra* nota 19, 1999, pp 67 y ss., cuyo concepto pone el foco en el engaño.

²⁴ Cfr. el argumento contrario en WITTIG, *supra* nota 21, 2005, p. 193.

²⁵ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 36 y ss.

²⁶ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 33 y s.

²⁷ Véanse, además, las observaciones similares acerca del potencial económico en PAWLIK, *supra* nota 19, 1999, pp. 290 y ss.

²⁸ Véase también la descripción de mercados como “instituciones de enajenación” en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 37.

disminución del potencial de participación no se tasa según una disminución de libertad, sino según una disminución del valor mercantil.

III. Los delitos patrimoniales: entre daños efectivos y “peligros patrimoniales”

1. La equiparación entre peligros económicos y daños patrimoniales efectivos

Una controversia “clásica” de los delitos patrimoniales se deriva directamente de este fundamento económico del patrimonio: concierne a la relación entre daños efectivos y peligros de pérdidas futuras. Por supuesto que los problemas que se derivan de la gran propensión de los mercados a aceptar los efectos de ciertas expectativas económicas se vienen discutiendo, aproximadamente, desde hace un siglo. En un artículo titulado “*Contribuciones a la teoría de la estafa de crédito*” (*Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug*), publicado en el año 1928 en la revista alemana *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, James Paul GOLDSCHMIDT observaba que “[e]l problema más difícil de la estafa de crédito es el menoscabo del patrimonio”²⁹ y con el concepto del “menoscabo del patrimonio” se hacía referencia al concepto contemporáneo de “daño patrimonial”. En este artículo, GOLDSCHMIDT explicaba que en este contexto es una cuestión de suma importancia “si, y hasta qué punto, un peligro para el patrimonio ya puede ser considerado un menoscabo del patrimonio”³⁰. La cuestión mencionada por GOLDSCHMIDT es discutida en la actualidad bajo la expresión “peligro patrimonial”.

Desde un punto de vista económico ya es posible, obviamente, constatar una disminución del potencial de participación cuando un bien patrimonial todavía no ha sido transferido, de modo que el patrimonio puede ser dañado antes de que una cosa o un derecho pierda efectivamente su filiación con el patrimonio de una persona.³¹ Esta inferencia se debe al hecho de que los precios de mercado se constituyen, en principio, según las expectativas acerca de la disponibilidad y de la calidad de los bienes comercializados.³² Por tanto, una expectativa negativa (por ejemplo, sobre la probabilidad del reembolso de un crédito) puede dar lugar a una disminución del precio en los mercados, de manera que la expectativa negativa puede causar una disminución del potencial de participación. En consecuencia, en la ciencia jurídico-penal se ilustra el “peligro patrimonial” con

²⁹ GOLDSCHMIDT, “*Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug*”, en *ZStW*, t. 48 (1928), pp. 149 [160].

³⁰ GOLDSCHMIDT, *supra* nota 29, 1928, pp. 149.

³¹ Cfr. BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE, t. 126, pp. 170 (221 y ss.); BVerfG, fallo del 07/12/2011 - 2 BvR 2500/09, 1857/10, en BVerfGE, t. 130, pp. 1 (46 y s.); véanse, además, las explicaciones de SATZGER, *supra* nota 6, 2016, n.º m. 245 y ss.

³² BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE, t. 126, pp. 170, (223).

el simbolismo del “continuo” que empieza con un peligro y se desarrolla hacia el daño efectivo que se produce con la realización final del negocio.³³

A pesar del hecho de que es posible, por lo general, considerar los efectos económicos de un peligro patrimonial, desde hace varias décadas se formula la crítica de que el concepto de “peligro patrimonial” padece, sobre todo, de una notable vaguedad. Wolfgang NAUCKE, por ejemplo, dijo en el año 1985 que el concepto de “peligro patrimonial” fue inventado por quienes no tenían mucha fe en el principio *nullum crimen sine lege*.³⁴ También GOLDSCHMIDT —ya en su obra de 1928— expresó reservas dogmáticas contra la equiparación general de *peligros* y daños efectivos. Dijo GOLDSCHMIDT: “[e]l menoscabo del patrimonio y el peligro patrimonial son, en sí mismos, opuestos, y la estafa no es, en sí misma, un delito de peligro”.³⁵

En efecto, no se puede negar que la crítica da justo en un punto débil de este concepto: podríamos agudizar el problema que genera la inclusión de peligros en un tipo de resultado simplemente comparando la situación del “peligro patrimonial”, *cum grano salis*, con un puño que se dirige hacia la cara de la víctima: el tipo de lesión corporal (§ 223, CP alemán) todavía estaría, en este caso, en la fase de tentativa, mientras que, en el paralelo de una estafa, la misma situación ya fundamentaría la consumación.³⁶

Hubo varias propuestas destinadas a limitar la inclusión de peligros económicos en el ámbito de los delitos patrimoniales³⁷ y parece significativo que hubo entre ellas, también, una referencia de GOLDSCHMIDT, todavía actual, a los estándares del balance. Según él, la correcta identificación de daños patrimoniales causados por peligros requiere que el peligro “haya alcanzado una dimensión tal que obligue al buen comerciante a deducir en el balance, completa o parcialmente,

³³ HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, Berlin, Duncker&Humblot, 1994, p. 258.

³⁴ NAUCKE, “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 09.08.1984 - 4 StR 459/84”, en *StV*, 1985, pp. 187: “Lo único seguro es que la invención [del peligro patrimonial, T.W.] tiene que haber sucedido en una época en la que el principio *nullum crimen sine lege* no valía mucho”.

³⁵ GOLDSCHMIDT, *supra* nota 29, 1928, pp. 149 (160).

³⁶ Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 45; véase también la posición de BRÜNING, “Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 26.11.2015 - 3 StR 247/15”, en *ZJS*, 2016, pp. 781 (782).

³⁷ Respecto del tipo de administración desleal, cfr. RESCHKE, *Untreue, Bankrott und Insolvenzverschleppung im eingetragenen Verein*, 2015, pp. 250 y ss.; SCHÜNEMANN, *Leipziger Praxiskommentar Untreue - § 266 StGB*, 2017, § 266, n.º m. 230 y ss.

los activos patrimoniales puestos en peligro”.³⁸ Volveremos sobre esta observación en la última parte de este trabajo.

2. El peligro patrimonial en la jurisprudencia contemporánea

La jurisprudencia nunca ha compartido las dudas expresadas por GOLDSCHMIDT, y también por otros (y numerosos) autores, de modo que el “peligro patrimonial” todavía forma parte de la práctica jurídica. Empero, en la práctica jurídica contemporánea la equiparación de un peligro económico con el daño efectivo no ha sido fundada en modelos económicos. Más bien, en la jurisprudencia tradicional se consideraba que el peligro de una pérdida futura ya efectivamente dañaba el patrimonio si “se debe contar seriamente con perjuicios económicos”.³⁹ Esta interpretación extensiva producía una aplicación igualmente extensa del daño patrimonial en la jurisprudencia tradicional. Los ejemplos más instructivos de la jurisprudencia se refieren al tipo de la administración desleal: en un fallo del año 1975, citado frecuentemente en la discusión, el *Tribunal Supremo Federal* observa: “[s]e debe suponer un daño patrimonial si el autor, actuando como un jugador, conscientemente y en contra de las reglas del cuidado de un buen comerciante, acepta un peligro de pérdidas extraordinariamente elevado solo para obtener una expectativa de ganancia altamente incierta”.⁴⁰ En otro fallo más reciente, que concierne a un caso de negocios riesgosos (*Risikogeschäfte*), el *Tribunal Supremo Federal* justifica la realización del daño patrimonial con el argumento de que “desde un punto de vista económico [el daño patrimonial] es obvio”.⁴¹

IV. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfG*)

Las observaciones acerca del fundamento económico del patrimonio y del “peligro patrimonial” nos permiten detenernos ahora en los detalles de la jurisprudencia actual del *Tribunal Constitucional Federal*, mencionada al comienzo de este artículo. Puntualmente, analizaré dos fallos clave de los años 2010 y 2011.

³⁸ GOLDSCHMIDT, *supra* nota 29, 1928, pp. 149.

³⁹ BGH, fallo del 09/07/1987 - 4 StR 216/87, en BGHSt, t. 34, pp. 394 (395). Por cuestiones de espacio no se puede ofrecer una apreciación introductoria más profunda de este fenómeno. Por eso me permito hacer referencia a consideraciones más amplias —que incluyen conceptos ejemplares de la filosofía sobre la física cuántica— en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 22 y ss.

⁴⁰ BGH, fallo del 27/02/1975 - 4 StR 571/74, en NJW 1975, pp. 1234 (1236).

⁴¹ BGH, fallo del 18/02/2009 - 1 StR 731/08, en BGHSt t. 53, pp. 199 (203); cfr. una crítica detallada en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 161.

1. Fallo del 23 de junio 2010 (2 BvR 2559/08, en BVerfGE 126, p. 170 ss.)

a) Antecedentes

En un fallo del año 2010, que merece particular atención en este contexto, el *Tribunal Constitucional Federal* considera varios recursos de amparo constitucional interpuestos por recurrentes condenados como autores del delito de administración desleal (§ 266, CP alemán). Es suficiente para el análisis del fallo mencionar los antecedentes de hecho que se refieren a la parte del recurso que el *Tribunal* considera procedente: los recurrentes eran miembros del directorio de un proveedor de servicios financieros y fueron condenados porque habían concedido un crédito en infracción de los estándares vigentes para valorar tanto la solvencia del prestatario como el riesgo del crédito.⁴²

Es cierto que el proveedor de servicios financieros recibió garantías reales, pero, según las constancias del *tribunal de primera instancia*, el valor de aquellas garantías únicamente *compensó* una parte del riesgo crediticio.⁴³ Por eso, en el fallo condenatorio, el tribunal entendió que el hecho había sido consumado porque supuso un daño patrimonial que estaba dado por la diferencia entre el valor de las garantías prestadas y el riesgo crediticio no-compensado.

Si bien la perspectiva económica permite tomar en consideración los riesgos,⁴⁴ es objetable la fundamentación del daño patrimonial realizada por el *tribunal de primera instancia*, que el *Tribunal Constitucional* relató de la siguiente manera: “[e]l tribunal de primera instancia consideró la diferencia entre la cantidad desembolsada y el valor realizable de las garantías, en su totalidad, como daño, con la fundamentación de que, ‘considerando la contrariedad al deber de la concesión de créditos, [habría habido] un peligro de pérdidas sumamente elevado, frente a una perspectiva extremadamente dudosa de que el desarrollo fuera favorable, y, por consiguiente, un peligro extremo para el derecho de reembolso del banco, que excedía el riesgo general de operaciones de crédito’”.⁴⁵

⁴² Véase BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE, t. 126, pp. 170 (181 y ss.).

⁴³ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE, t. 126, pp. 170 (183 y s.).

⁴⁴ Cfr. *supra* III.

⁴⁵ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE, t. 126, pp. 170 (183 y s.).

b) Argumentos de los recurrentes

Los condenados basaron sus recursos ante el *Tribunal Constitucional Federal*, en primer lugar, en la vulneración del principio de certeza (*lex certa*). Alegaron, entre otras cosas, que se habría producido una valoración insuficiente del monto del supuesto daño patrimonial. Además, adujeron que la instancia previa basó la estimación del daño patrimonial en los mismos fundamentos de hecho utilizados para valorar otro elemento típico de la administración desleal, a saber, el grave incumplimiento del “deber específico de proteger el patrimonio”.⁴⁶

c) La decisión del BVerfG

La argumentación aducida por los recurrentes ya había sido expuesta en forma de una crítica básica en la ciencia jurídico-penal. De la abundancia de opiniones publicadas al respecto se expondrá, por todos, la toma de posición de Frank SALIGER, quien se dedicó a analizar en detalle varios problemas relacionados con la interpretación del daño patrimonial. Con la expresión “*penalización de la tentativa*”, SALIGER resumió ciertas tendencias a extender el elemento del daño patrimonial en el ámbito de aplicación del tipo de la administración desleal (cabe aclarar aquí que, en el Código Penal alemán, la tentativa de la administración desleal no es punible).⁴⁷ En aquel tiempo, SALIGER advirtió, además, una tendencia de la jurisprudencia a subjetivizar por completo el tipo de la administración desleal, especialmente el daño patrimonial, y una tendencia a interpretar erróneamente los peligros abstractos (“peligros patrimoniales”) como resultados equivalentes a daños patrimoniales típicos.⁴⁸

En principio, el *Tribunal Constitucional Federal* sigue esta línea de argumentación en su fallo del año 2010. Así, considera fundado el recurso de amparo constitucional y destaca que la interpretación del elemento típico del daño patrimonial (aquí: de la administración desleal) por parte de los tribunales inferiores no satisface las exigencias del principio de certeza. El *Tribunal Constitucional Federal* sí acepta que sean tomados en consideración los peligros (“peligros patrimoniales”) para la determinación del concepto penal de daño patrimonial,⁴⁹ pero critica la falta de consideración independiente del daño en el caso concreto, de modo que estima inconstitucional la fundamentación del *daño* en los fallos de las instancias anteriores.

⁴⁶ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (187 y ss.), “*Vermögensbetreuungspflicht*”.

⁴⁷ SALIGER, *supra* nota 21, en ZStW, t. 112 (2000), pp. 563 (564).

⁴⁸ SALIGER, *supra* nota 21, en ZStW, t. 112 (2000), pp. 563, pp. 568 ss. y 574 ss.

⁴⁹ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (223).

Las observaciones principales que fundamentan el fallo del *Tribunal Constitucional Federal* son las siguientes:

— El patrimonio es una magnitud económica no perceptible directamente por los sentidos, que requiere una valoración que determine su verdadera dimensión;⁵⁰

— la escala de valoración puede comprender aspectos normativos, pero estos no deben ocultar el fundamento económico de la valoración, ni sustituirlo;⁵¹

— queda descartado “*pulir*” el daño patrimonial de una manera tal que permita fundar el daño concreto con observaciones destinadas a fundamentar, al mismo tiempo, otro elemento del tipo; por tanto: cada elemento típico debe mantener una función independiente;⁵²

— además, los tribunales deben, en principio, cuantificar el daño concreto, a excepción de los casos que permiten, sin más, determinar un claro daño mínimo; de este modo, deben determinar el daño patrimonial con independencia de los demás elementos del tipo;⁵³

— finalmente, el Tribunal destaca que ciertas dificultades prácticas de la determinación del daño patrimonial no justifican una renuncia a la cuantificación del daño concreto; en su caso, los tribunales deben consultar peritos de la materia.

⁵⁰ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 p. 206 y s.

⁵¹ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 p. 212.

⁵² BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170, p. 211; también cfr. BVerfG, fallo del 01/11/2012 - 2 BvR 1235/11, en NJW 2013, pp. 365 (367).

⁵³ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE, t. 126, pp. 170, p. 211. Nótese que la fórmula del “claro daño mínimo” tiene una cierta semejanza con la *clara et distincta perceptio* de RENÉ DESCARTES, cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 82 y ss.; además véase, acerca del daño patrimonial mínimo, WESSING, “Untreue durch Begleichung nichtiger Forderung – Die Telekom-Spitzelaffäre und ihre strafrechtlichen Auswirkungen”, en NZG, 2013, pp. 494 (495).

2. Fallo del 7 de diciembre 2011 (2 BvR 2500/09, 1857/10, BVerfGE 130, p. 1 ss.)

a) Antecedentes

En este caso, los recurrentes habían sido condenados como autores responsables del delito de estafa en banda (§ 263, CP alemán). Los tribunales que intervinieron en el caso acreditaron que los recurrentes habían intentado obtener el monto asegurado por un seguro de vida para hacer llegar una parte considerable de los pagos a *Al Qaeda*. A tal fin, un miembro de la banda contrató varios seguros de vida en los que instituyó a otro miembro de la banda como beneficiario. Después, según el plan del hecho, el asegurado debía viajar a Egipto para obtener allí una declaración de fallecimiento y un informe sobre un accidente. Ambos documentos obviamente habrían sido falsos y habrían tenido la finalidad de certificar un accidente del asegurado con desenlace fatal. Finalmente, se firmaron nueve contratos de seguro de vida. Puesto que las autoridades competentes ya tenían conocimiento del plan de la banda en ese momento, no se efectuó ningún pago por parte de las aseguradoras.⁵⁴

b) La decisión del BGH

Al principio, el *Tribunal Superior estadual de Düsseldorf* puso en duda la consumación de los hechos —según la opinión del Tribunal, ni siquiera había indicios de un “peligro patrimonial” en este caso— y, finalmente, calificó los hechos como tentativa de estafa (§§ 263, 22, 23, CP alemán).⁵⁵ El *Tribunal Supremo Federal*, por el contrario, falló que las estafas habían sido consumadas, con apoyo en la llamada “estafa al perfeccionarse el contrato”,⁵⁶ es decir, un concepto de la estafa que representa la hipótesis, generalmente aceptada, de que el daño patrimonial ya puede ser causado al momento de perfeccionarse el contrato, siempre que las obligaciones contractuales comparadas no sean equivalentes en un sentido económico.⁵⁷ Allí el *Tribunal* recurrió a observaciones más normativas que económicas para fundar la estafa: en el caso concreto, entendió que las primas del seguro no compensaron las obligaciones contractuales de las

⁵⁴ Cfr. BVerfG, *supra* nota 31, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (8 s.).

⁵⁵ BVerfG, *supra* nota 31, en BVerfGE t. 130, pp. 1, (11).

⁵⁶ BGH, fallo del 14/08/2009 - 3 StR 552/08, en BGHSt t. 54, pp. 69 (122), “*Eingehungsbetrug*”.

⁵⁷ BVerfG, *supra* nota 31, en BVerfGE t. 130, pp. 1, p. 16 y ss.; véase también BGH, *supra* nota 56, en BGHSt t. 54, pp. 69 (122).

aseguradoras, dado que era de esperar con seguridad, a causa de las manipulaciones proyectadas, que estas tuvieran que pagar el monto asegurado.⁵⁸

c) La decisión del BVerfG

El *Tribunal Constitucional Federal* consideró incompatible con el principio de certeza (art. 103, párr. 2º, Constitución alemana) la posición defendida por el *Tribunal Supremo Federal*.⁵⁹ Además, rechazó la aplicación de los criterios tradicionales de “peligro patrimonial”, de modo que rechazó la fundamentación de ya se produce el peligro porque era de esperar con seguridad, a causa de las manipulaciones proyectadas, que las aseguradoras tuvieran que pagar el monto asegurado.⁶⁰ Fundándose en los motivos del ya mencionado fallo del año 2010, el *Tribunal* destacó que la probabilidad “difusa” de pérdidas económicas no era suficiente para la determinación justa del daño patrimonial.⁶¹ En este contexto, el *Tribunal Constitucional Federal* constató que faltaban, en las decisiones de los tribunales inferiores, tanto la descripción como la cuantificación del daño patrimonial producido al perfeccionarse el contrato. Según el *Tribunal Constitucional Federal* se debería haber estimado, por lo menos, el monto del daño patrimonial mínimo sobre la base de los hechos del caso. Para ello, se deberían haber descrito, por ejemplo, los fundamentos estadísticos que dieron sustento a la constatación de una disminución del patrimonio causada por el contrato.⁶²

V. La discusión acerca de la cuantificación del daño patrimonial

A pesar de que, *prima facie*, las decisiones del *Tribunal Constitucional* parecen claras, produjeron una intensa discusión acerca de las conclusiones necesarias y generales respecto de la dogmática de los delitos contra el patrimonio.⁶³ Esta observación se debe al hecho de que las explicaciones del *Tribunal*, en realidad, no pueden ser integradas, sin más, al sistema dogmático existente. Por una parte, dado que la cuantificación es un requisito del mandato de certeza, da la impresión de que esta fuese un elemento del propio tipo penal; por otra parte, en cambio, puesto que el monto del daño patrimonial forma parte de los elementos considerados en la graduación de

⁵⁸ BGH, *supra* nota 56, en BGHSt t. 54, pp. 69 (123 y ss.).

⁵⁹ BVerfG, *supra* nota 31 en BVerfGE t. 130, pp. 1 (43 y ss.).

⁶⁰ BVerfG, *supra* nota 31, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (48 y ss.).

⁶¹ BVerfG, *supra* nota 31, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (47).

⁶² BVerfG, *supra* nota 31, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (49).

⁶³ Un análisis de las tomas de posición, casi innumerables, de la ciencia jurídico-penal y de la jurisprudencia, incluidas las posiciones publicadas antes de las decisiones mencionadas, se encuentra en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 164 y ss.

la pena, podríamos pensar que la cuantificación solo sería necesaria allí.⁶⁴ Además, ¿cuáles son los estándares de la valoración del patrimonio y cómo podría el juez cuantificar el daño en el proceso penal?

Parece adecuado dividir la discusión respectiva en tres partes: la primera parte concierne a la cuestión de si la cuantificación es un requisito del tipo penal —para ser más precisos: del elemento del daño patrimonial— o si es un requisito de la graduación de la pena (*infra* 1.). La segunda parte se dedica a la necesidad de cuantificar el daño patrimonial: una posición acepta tal necesidad solamente en el caso de “peligro patrimonial” —es decir: acepta la necesidad de la cuantificación del daño patrimonial como elemento restrictivo en los casos de *estafa contractual*, por razones constitucionales—, mientras que yo afirmo que es necesario cuantificar, en principio, todo daño patrimonial —es decir: definiendo un concepto estricto de cuantificación que se funda en la interpretación del daño patrimonial como una diferencia matemática— (*infra* 2.). Además, hay una discusión independiente acerca de los balances mercantiles, también mencionados por el *Tribunal Constitucional Federal*, como posibles indicadores de daños patrimoniales en los ámbitos económicos, que trataré en un título aparte (*infra* VI).

1. La cuantificación como elemento del tipo penal o de la graduación de la pena

a) Elemento de la graduación de la pena

Al parecer, tanto la jurisprudencia, ante todo el *Tribunal Supremo Federal*,⁶⁵ como una parte de la ciencia jurídico-penal,⁶⁶ opinan que la necesidad de cuantificar el daño patrimonial representa, en primer lugar, un requisito de la graduación de la pena. Por tanto, la falta de cuantificación no

⁶⁴ Además, el *BVerfG* ha destacado que la cuantificación debe “hacer comprensible de modo racional” el cálculo del daño patrimonial, de manera que esto podría ser considerado una modificación del estándar de la libre valoración de la prueba (§ 261, Ordenanza procesal penal alemana), cfr. argumentos en contra de tal concepto en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 58 y ss.

⁶⁵ BGH, fallo del 26/11/2015 - 3 StR 247/15, en NStZ 2016, pp. 343 (344); BGH, fallo del 04/02/2014 - 3 StR 347/13, en NStZ 2014, pp. 457; véase, además, BECKER, “Anmerkung zu: Urt. v. 26.11.2015 - 3 StR 247/15”, en NStZ, 2016, pp. 345 y s.; ÍDEM, “Anmerkung zu: Urt. V. 04.02. 2014 - 3 StR 347/13”, en NStZ, 2014, pp. 458 y ss.

⁶⁶ Cfr. por todos BRÜNING, *supra* nota 36, en ZJS, 2016, pp. 781 (785); KRELL, *Untreue durch Stellenbesetzungen: zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 171 y ss.; además: CEFFINATO, *supra* nota 15, 2017, p. 177 y s.

impediría constatar la consumación del delito contra el patrimonio.⁶⁷ Esta opinión se apoya en la idea de que la determinación de algún daño “cuantificable” crea una base suficiente para la condena penal, mientras que la cuantificación, en cambio, solo funda la medida de la pena.⁶⁸

El fundamento de la graduación de la pena es la culpabilidad del autor, según el § 46, párr. 1.º, CP alemán⁶⁹ y, sin duda, el monto del daño patrimonial forma parte de los elementos de graduación respectivos.⁷⁰ Sin embargo, no se entiende cómo la cuantificación del daño patrimonial, entendida como un elemento de la graduación de la pena, podría proporcionar la distinción necesaria entre peligros (que no constituyen más que una tentativa) y daños efectivos (consumación).

Además, parece obvio que el recurso al principio de certeza, por parte del *Tribunal Constitucional Federal*, implica que la cuantificación del daño patrimonial tiene que ser, por lo menos, un elemento del propio tipo penal.⁷¹ El principio de *lex certa* se dirige al contenido de los elementos típicos del delito penal y no requiere que el autor prevea el grado *concreto* de la pena, sino la punibilidad de su comportamiento y el marco de la pena aplicable.⁷² Por tanto, la ley penal no deja la decisión acerca de la punibilidad al libre arbitrio de los jueces,⁷³ mientras que la decisión acerca del grado de la pena, dentro del margen establecido por el legislador, depende de la ponderación judicial de todos los aspectos que caracterizan el hecho concreto del autor.⁷⁴ Por consiguiente, la cuantificación del daño patrimonial sí es un elemento de la graduación de la pena, pero no se limita a la graduación de la pena.⁷⁵

⁶⁷ BGH, *supra* nota 9, en NStZ 2017, pp. 469 (470); cfr. más detalladamente WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 96 y ss.; véase, además, las observaciones acerca del concepto de “daño intersubjetivo” introducido en ciertos fallos del BGH, que evita la necesidad de cuantificar el daño concreto, basándose en los valores atribuidos por las partes interesadas a las mercancías respectivas, de C. DANNECKER, “Vermögensschaden zwischen Verkehrswert, intersubjektiver Wertsetzung und Einbeziehung von Liquiditätsvorteilen”, en NZWist, 2015, pp. 173 y ss.

⁶⁸ KRELL, *supra* nota 66, 2015, pp. 171 y ss.; BRÜNING, *supra* nota 36, en ZJS, 2016, pp. 781 (785).

⁶⁹ “Strafzumessungsschuld”, cfr. FRISTER, *Strafrecht AT*, 7.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2015, capítulo 6, n.º m. 16 y ss.

⁷⁰ KRELL, *supra* nota 66, 2015, pp. 172 y s.

⁷¹ Cfr. BECKER, *supra* nota 65, en NStZ, 2014, pp. 458.

⁷² FRISTER, *supra* nota 70, 2015, capítulo 4, n.º m. 20 y s.

⁷³ Cfr. FRISTER, *supra* nota 70, 2015, capítulo 4, n.º m. 11 y ss.

⁷⁴ Véase § 46, CP alemán.

⁷⁵ Véase WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 96 y ss.

b) Elemento del tipo penal

A pesar de que la mayoría en la ciencia jurídico-penal no comparte esta posición,⁷⁶ no hay más remedio que concluir que la cuantificación forma parte, fundamentalmente, del elemento típico del daño patrimonial.⁷⁷ Esta afirmación no solo se centra en el hecho de que la cuantificación se deriva del principio *lex certa*. Antes bien, se deduce de la interpretación del daño patrimonial como *diferencia* negativa que resulta de la comparación de la totalidad del patrimonio que la víctima tenía antes del comportamiento típico con la totalidad del patrimonio que tiene después (“principio del saldo total”).⁷⁸ El fundamento dogmático de esa afirmación puede ser resumido a partir de las siguientes inferencias:⁷⁹

La *diferencia* es un operador matemático que posibilita comparar ciertas magnitudes y, en principio, da un resultado indudable (*secundum non datur*), por lo menos en su ámbito de aplicación económico respecto de la determinación de la magnitud del patrimonio.⁸⁰ Obviamente, la calidad del resultado de la operación matemática depende de la calidad del minuendo y del sustraendo (o sea: de la seguridad con la que se los determina).⁸¹ Si aceptamos este fundamento, la clasificación correcta del principio de cuantificación del daño patrimonial se deriva del hecho de que el resultado de la comparación —lo que está sujeto al principio *secundum non datur*— pretende ser *inequívoco*. Por tanto, el resultado inequívoco de un proceso de comparación necesariamente requiere que hayan sido determinados de modo exacto los elementos de la comparación.

Finalmente, quisiera añadir otra dimensión a las inferencias mencionadas. Puesto que la afirmación del daño patrimonial incluye una referencia a la realidad —en el caso, una referencia a cantidades patrimoniales *existentes*—, el resultado de la comparación (la diferencia) pretende tener la calidad de *conocimiento efectivo de la realidad*.

De ello se desprende la cuestión de cuáles son las condiciones mínimas para el conocimiento efectivo de la realidad respecto del daño patrimonial. En ese contexto, tiene una influencia

⁷⁶ Véanse, además, las reflexiones fundamentales (críticas) de OTTO, *supra* nota 11, 1970, p. 67: “la imposibilidad de cuantificar no se debe a una valoración básicamente demasiado baja”.

⁷⁷ Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 64 y ss.

⁷⁸ “Prinzip der Gesamtsaldierung”, cfr. *supra* nota 11.

⁷⁹ Véanse, con más detalles, las explicaciones en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 66 y ss.

⁸⁰ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 72 y ss.

⁸¹ Véanse las observaciones acerca de la aplicación de variables en FREGGE, *Die Grundlagen der Arithmetik*, 1987 (edición Reclam 2011), pp. 15 *et passim*; además cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 69 y ss.

considerable, por ejemplo, el concepto defendido por Christian BECKER, tendente a limitar los “daños que consisten en peligros” a las situaciones *evidentes*, por tanto, a la disminución *evidente* del patrimonio causada por un peligro patrimonial.⁸² Sin embargo, el criterio de la evidencia produce resultados parecidos a aquellos resultantes de la aplicación del principio *in dubio pro reo*. De ahí que parece recurrir, en el fondo, a principios distintos, probablemente a la *clara et distincta perceptio* del juez. El *criterio de evidencia*, por tanto, intensifica aun más la imprecisión del tipo penal.⁸³

En lugar de ello, parece apropiada una interpretación que se refiera al contenido significativo del daño patrimonial y, por tanto, a una diferencia *matemática*, puesto que la referencia a las matemáticas nos pone, en principio, en condiciones de comprobar si el comportamiento intentado puede resultar en un daño patrimonial de otra persona. Con el fin de asegurar la precisión de la afirmación de una diferencia matemática, podemos recurrir a un paralelo con la terminología de ciertas observaciones filosóficas de WITTGENSTEIN compiladas en *Sobre la certeza*⁸⁴: si las magnitudes aritméticas (los valores del patrimonio supuestamente dañado) pretenden proyectar una diferencia convalidada como *conocimiento efectivo*, deben estar más fundadas que el resultado mismo.⁸⁵ Por tanto, si las magnitudes comparadas deben estar más fundadas —o sea, si deben ser más exactas— que el resultado, deben ser *cuantificadas* según estándares específicos generalmente aceptados.⁸⁶ Con este trasfondo, el requisito de *cuantificación* se desprende de la propia definición del daño patrimonial, de modo que el principio de certeza requiere una cuantificación para que el daño patrimonial represente un contenido significativo previsible *en general*.

Sin embargo, se le critica a esta postura que la cuantificación solo produce “una cifra” y que no garantiza la aplicación justa del tipo penal, es decir, que la cuantificación no puede ser el único

⁸² BECKER, “Paradigmenwechsel in der Schadensdogmatik oder „Viel La□rm um nichts“? Zur aktuellen Kontroverse um die sog. „schadensgleiche Vermo□gensgef□hrdung“, en *HRRS*, 2009, pp. 334 (339 s.); BECKER, “Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme? Zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 2 BvR 2559/08 = HRRS 2010 Nr. 656“, en *HRRS*, 2010, pp. 383 (392).

⁸³ Cfr. la crítica más detallada de este concepto en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 180 y s.

⁸⁴ WITTGENSTEIN, *Über Gewißheit*, 2012, *passim*.

⁸⁵ WITTGENSTEIN, *supra* nota 84, 2012, § 1 (= p. 9): “Si se dice que no se puede probar una afirmación tal y tal, ello no significa, obviamente, que esta no se pueda inferir de otras; toda afirmación puede inferirse de otras. Pero estas últimas pueden no ser más ciertas que aquella...”; véase, además, BURRI, “Zweifelhafte Gewi□heiten. Skepsis, Sprachgebrauch und Wittgenstein”, en *LOGOS*, 1999, pp. 1 (8).

⁸⁶ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 78 y ss.

requisito.⁸⁷ Por supuesto, “una cifra” no asegura nada si el proceso de cálculo no se realiza con arreglo a ciertos estándares. Pero, entonces, la crítica es abstracta y redundante,⁸⁸ y no tiene en cuenta que el *Tribunal Constitucional Federal* también considera que la cuantificación es un medio necesario para “hacer comprensible de modo racional” los considerandos de los fallos penales.⁸⁹ Antes bien, el concepto restrictivo de la tipicidad que ha elegido el *Tribunal* es fuerte porque recurre al lenguaje universal de la matemática —un lenguaje “hablado” tanto por el Estado como por el ciudadano—. Por tanto, el concepto de cuantificación parece particularmente idóneo para diferenciar entre actividades comerciales legales e ilegales o entre tentativa y consumación, de manera comprensible para todos.

2. ¿La cuantificación es solo una restricción del “peligro patrimonial”?

De las deducciones presentadas en la parte anterior se desprende que la cuantificación del daño patrimonial es un requisito general de los delitos patrimoniales.⁹⁰ Es cierto que la mayoría⁹¹ opina que la cuantificación sirve como elemento restrictivo solo en casos de “peligro patrimonial”,⁹² pero esta opinión no es convincente en la medida en que se arroga de manera exclusiva el ámbito de aplicación de la cuantificación. Esta idea se deriva del hecho generalmente aceptado de que solo hay una diferencia *cuantitativa* entre daños patrimoniales resultantes de peligros económicos (o sea: del “peligro patrimonial”) y daños efectivos.⁹³ Si bien el *Tribunal Constitucional Federal* utilizó, sobre todo, la cuantificación como requisito limitador del “peligro patrimonial”, los modos de determinación del daño no deben ser distintos ya que no hay una diferencia *cualitativa*, sino *cuantitativa*.⁹⁴

⁸⁷ BECKER, *supra* nota 65, en *NStZ*, 2016, pp. 345 (346); BECKER, “Anmerkung zu: Urt. v. 20.09.2016 – 2 StR 497/15”, en *NStZ*, 2017, pp. 31 (32); BRÜNING, *supra* nota 36, en *ZJS*, 2016, pp. 781 (785).

⁸⁸ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 49 y ss.

⁸⁹ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (212); BVerfG, *supra* nota 31, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (47).

⁹⁰ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 44 y ss.

⁹¹ Por todos, FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 64.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2017, § 263, n.º m. 161a; véase, además, CEFFINATO, “Vermögensstrafaten im und über das Internet”, en *NZWist*, 2016, pp. 464 (466).

⁹² Sin embargo, otra parte de la ciencia jurídico-penal considera cuestiones de la cuantificación ya en la interpretación del tipo penal; véanse, por ejemplo, las explicaciones de KASISKE, “Der Vermögensschaden bei Risikogeschaften”, en *NZWist*, 2016, pp. 302 y ss.

⁹³ Cfr. las citas en nota 31.

⁹⁴ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 44 y ss.

El principio de que cada elemento de un tipo penal debe mantener una función independiente tampoco requiere, necesariamente, que se interprete de modo restrictivo el requisito de cuantificación del daño.⁹⁵ Por cierto, la cuantificación intenta asegurar la observancia de la prohibición de “*pulir*” los elementos del tipo penal, derivada del principio *lex certa*, pero lo consigue al recurrir, por vía de interpretación, a los fundamentos económicos de los daños efectivos.⁹⁶ Por tanto, faltan motivos suficientes para restringir la cuantificación del “peligro patrimonial”, según lo defiende la mayoría en la ciencia jurídico-penal, de modo que el daño debe ser cuantificado en todos los casos. Por supuesto, también se puede determinar un daño mínimo, según las circunstancias, de manera que la posición aquí defendida no conduce a una restricción exagerada del ámbito de aplicación de los delitos patrimoniales.⁹⁷

VI. Estándares de balance y daños patrimoniales

En la última sección, quisiera hacer unas breves observaciones acerca del *modo* de cuantificación.

Con independencia de si en última instancia se defiende la posición de la mayoría o aquella defendida aquí respecto de la cuantificación del daño patrimonial, queda pendiente la necesidad de encontrar estándares económicos objetivos para llevar a cabo la cuantificación. Al respecto, se discute si corresponde la aplicación de los estándares del balance comercial nacionales, o bien los internacionales.⁹⁸

1. Los estándares de balance del Código de comercio alemán (HGB)

El recurso al régimen normativo del balance ha sido introducido en la discusión contemporánea acerca del concepto jurídico-penal del patrimonio por HEFENDEHL.⁹⁹ En su fallo del año 2010, el *Tribunal Constitucional Federal* también menciona las disposiciones del Código de comercio alemán (HGB) que establecen el régimen del balance anual de los comerciantes (§ 242 y ss., HGB). El *Tribunal* hace referencia al § 253, párr. 4.º del Código de comercio alemán, que ordena hacer deducciones en el valor de los bienes patrimoniales del activo corriente cuando, al

⁹⁵ Cfr. *supra* IV. 1. c).

⁹⁶ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 50.

⁹⁷ Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 93 y ss.

⁹⁸ Véase el análisis detallado de los regímenes nacionales e internacionales del balance comercial en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 191 y ss.

⁹⁹ HEFENDEHL, *supra* nota 33, 1994.

día de cierre, el precio respectivo en el mercado o en la bolsa fuera menor. Si el precio de mercado o de bolsa no pudiera constatarse y si los costos de compra o de producción superasen el valor que hubiera de asignarse a los bienes patrimoniales al día de cierre, se deberá deducir según ese valor.

a) El registro cuidadoso del balance mercantil

Sin embargo, se debe objetar la referencia del *Tribunal Constitucional Federal* a los estándares alemanes del balance, dado que si bien recurren al precio de mercado, no son aptos para la cuantificación del daño patrimonial. El análisis histórico revela que, en principio, el régimen de valoración mercantil del Código de comercio alemán contemporáneo todavía sigue la interpretación célebre de la *Ordonnance de Commerce* francés de 1673¹⁰⁰ de Jacques SAVARY,¹⁰¹ por la cual el comerciante “[ne] se rendre [pas] riche en idée”,¹⁰² es decir, que el comerciante no se presenta como comerciante acaudalado solo en su imaginación. Por tanto, la valoración del balance según los estándares del derecho alemán está sujeta al principio del registro cuidadoso del balance mercantil: con el fin de impedir que la empresa pague utilidades que no ha ganado efectivamente, la valoración de los bienes patrimoniales en el balance mercantil permite fijar precios de mercado más bajos que los gastos de compra y producción, sin computar posibles beneficios futuros.¹⁰³ No obstante, es evidente que en un régimen penal sujeto a la necesidad de determinar el *potencial de participación* objetivo de la presunta víctima la cuantificación del patrimonio no debe basarse en principios destinados, ante todo, al mantenimiento del capital original del comerciante.

b) Reservas para pérdidas inminentes en el HGB

Con independencia de lo señalado, también existe la propuesta de determinar la consumación —es decir, el daño patrimonial— a través de una conexión accesoria con las normas de balance que establecen el régimen de las reservas para pérdidas inminentes, según los §§ 249 y ss., HGB.¹⁰⁴ El criterio que domina la necesidad de constituir estas reservas según los §§ 249 y ss.,

¹⁰⁰ El título del código reza: “*Ordonnance de Louis XIV. Roy de France et de Navarre servant de règlement pour le commerce des marchands. Donne[e] a[ut] Saint Germain en Laye, au mois de mars 1673*”.

¹⁰¹ Cfr. SAVARY, *Le Parfait N[eg]ociant: ou instruction generale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des Pays Etrangers*, Nouvelle Edition ed., 1679

¹⁰² SAVARY, *supra* nota 101, 1679, p. 336.

¹⁰³ Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 253 *et passim*.

¹⁰⁴ Cfr (en el caso de la subrepción de tarjetas de crédito) HEFENDEHL, *supra* nota 10, 2014, n.º m. 665; además, cfr. las citas en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 208.

HGB —que, por lo demás, está controvertido¹⁰⁵— es el de si hay indicios para que el valor de la prestación del comerciante supere el valor de la contraprestación de la otra parte contratante.¹⁰⁶ Hay tres argumentos cruciales en contra de la propuesta de considerar tales criterios en la determinación del daño patrimonial. Primero, prescindiendo del hecho de que tal estándar se aplica particularmente en el ámbito del balance comercial —mientras que en el Derecho fiscal, en principio, esas pérdidas inminentes del balance comercial no son tomadas en consideración—, las deducciones y las reservas en el balance son generalmente incompatibles (por tanto: o unas u otras).¹⁰⁷ Por eso, la reserva en el balance comercial no indica necesariamente que se deban hacer deducciones en el valor de un bien patrimonial.¹⁰⁸ Segundo, el recurso a las reservas del balance no hace avanzar la discusión, puesto que aplica, en el fondo, el mismo criterio al que la jurisprudencia tradicional suele recurrir desde hace décadas. Tercero, tomar en cuenta las reservas desatiende el hecho de que la constitución de reservas en el balance comercial, en ese momento, solamente traslada una cantidad de una parte del balance (de los activos) a otra parte (las reservas).¹⁰⁹ Por tanto, de ningún modo indica por sí un daño patrimonial.¹¹⁰

2. Cuentas de orden y estándares internacionales de balance (IAS/IFRS)

Finalmente, se presenta brevemente un modelo de balance para la cuantificación del daño patrimonial que se deriva de un análisis del desarrollo del balance en la teoría de la economía de la empresa. Además, se defiende el recurso al estándar de “*fair value*” del *International Financial Reporting Standard N.º 13* (IFRS 13).

a) Cuentas de orden

El *Tribunal Constitucional Federal* y una parte de la ciencia jurídico-penal recurren al régimen nacional del balance, pero prescinden enteramente del hecho de que el método de anotar valores en un balance puede servir considerablemente a la tarea de “hacer comprensible de modo

¹⁰⁵ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 208 y s.

¹⁰⁶ Bundesfinanzhof (BFH), fallo del 07/09/2005 - VIII R 1/03, en DStR 2005, pp. 1975 (1980); SCHUBERT, “§ 249 HGB”, en Grottel/Schmidt/Schubert/Winkeljohann (eds.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2016, n.º m. 60.

¹⁰⁷ Véase, acerca de la prioridad de la deducción sobre la reserva en el balance, SCHUBERT, *supra* nota 106, 2016, n.º m. 68.

¹⁰⁸ Véase WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 208 y ss.

¹⁰⁹ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 211.

¹¹⁰ WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 210 y ss.

racional”.¹¹¹ Es decir, a una determinación del daño patrimonial compatible con el principio de certeza. Con este trasfondo, se puede adoptar un principio crucial del balance para la cuantificación de riesgos y pérdidas futuras.

De la teoría de la economía de la empresa —de las obras de SCHMALENBACH¹¹² y de KOSIOL,¹¹³ entre otras— se desprende la idea, normativizada en el § 250, HGB, de que el balance debe corresponder a los distintos períodos de gastos y pérdidas o de ingresos y ganancias, de modo que el balance requiere un devengo para asegurar que la suma se corresponda con el factor temporal de ganancias y pérdidas del comercio. Por eso, en el balance se incluyen cuentas de orden que, en principio, representan acontecimientos futuros. Retomando este método, en un balance jurídico-penal diseñado para cuantificar el daño patrimonial, se podría incluir una cuenta de orden que represente el valor cuantificado del riesgo de una pérdida futura. La primera ventaja de ese método es que, así, se observa el requisito de la cuantificación especialmente en los casos del “peligro patrimonial”, dado que la cuenta de orden solo reproduce valores cuantificados. La segunda ventaja es el hecho de que ya existen métodos reconocidos de cálculo para la creación de la cuenta de orden,¹¹⁴ de modo que se puede calcular la diferencia (= el daño patrimonial) entre el valor original del bien afectado y el valor del bien considerando el valor (negativo) del riesgo típico presentado en la cuenta de orden. Con este método, por tanto, se podría adoptar la referencia del *Tribunal Constitucional Federal* a los regímenes normativos del balance.

b) IFRS N.º 13 y el *fair value*

En vez de aplicar el régimen del Código de comercio alemán, propongo recurrir a los *International Financial Reporting Standards (IFRS)* para cuantificar los bienes patrimoniales de la presunta víctima. Los IFRS son un estándar establecido por una comisión internacional de economistas y varios de ellos integran oficialmente el Derecho europeo. En el IFRS N.º 13 se establece un régimen particular para determinar el llamado *fair value* (valor razonable). Allí se intenta valorar el precio que resulta de una operación comercial ordenada entre operadores en el mercado al día de valoración y bajo las condiciones del mercado actuales (IFRS 13.2). Con esto,

¹¹¹ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (212).

¹¹² SCHMALENBACH, *Dynamische Bilanz*, 13.ª ed., 1962 (edición revisada por Richard Bauer).

¹¹³ Entre otras obras, KOSIOL, *Pagatorische Bilanz, Die Bewertungsbilanz als Grundlage einer integrativ verbundenen Erfolgs-, Bestands- und Finanzrechnung*, 1976.

¹¹⁴ Cfr. MERKT, “§ 250”, en Hopt/Kumpan/Merkt/Roth (eds.), *Baumbach/Hopt - Handelsgesetzbuch*, München, C.H. Beck, 2016, n.º m. 1 y ss.

se calcula el *fair value*, definido como el precio que se paga en una operación comercial ordenada entre operadores en el mercado al día de valoración por un bien patrimonial o por la transferencia de una deuda (IFRS 13. 9). Por tanto, el *fair value* representa un precio del mercado actual y por eso se corresponde con la necesidad de un valor objetivo del patrimonio según los requisitos de la valoración del *potencial de participación*. El IFRS N.º 13, además, fija ciertos criterios para la determinación del mercado respectivo, diferenciando entre el mercado principal y el mercado más ventajoso para el bien o la deuda (IFRS 13.16). Por consiguiente, el *fair value* parece más apto para cuantificar el daño patrimonial que los estándares considerados por el *Tribunal Constitucional Alemán*.

Incluso si la cuantificación del daño mediante el IFRS N.º 13 u otros IFRS¹¹⁵ requiere, en caso de que sea necesario, la ayuda de peritos,¹¹⁶ representa un método generalmente inteligible y objetivo, en el sentido de que no se abren posibilidades para interpretaciones imprevisibles o sorprendidas.¹¹⁷

VII. Conclusión

En resumen, se puede decir que el estudio del daño patrimonial, como elemento central de la protección jurídico-penal del patrimonio, clarifica las implicancias del principio de certeza. Por tanto, los fallos de los años 2010 y 2011 del *Tribunal Constitucional Federal alemán* son ejemplos destacados de la incidencia necesaria del principio de certeza en la interpretación del tipo penal. El requisito de la cuantificación aquí defendido apoya la intención de asegurar la observancia de la reserva de ley. La necesidad de cuantificar el daño patrimonial no decrece por los problemas prácticos que, tal vez, se derivan de esta posición. El *Tribunal Constitucional Federal* —con razón— opina que tales problemas, en principio, no justifican renunciar a la cuantificación del daño concreto. Tampoco es de temer que el proceso penal, en los delitos patrimoniales, se convierta en un “combate entre peritos” que disminuya el poder de decisión del juez: el proceso penal médico también ha recurrido, desde siempre, a la ayuda de peritos, sin resistencia alguna contra esta necesidad.

¹¹⁵ Cfr. un análisis de los demás estándares de IFRS en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 291 y ss.

¹¹⁶ BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (211): “En tanto que en la práctica de la economía se hayan desarrollado métodos adecuados para valorar bienes patrimoniales, los tribunales tienen que tomarlos como fundamento de sus sentencias —dado el caso, recurriendo a un perito—”.

¹¹⁷ Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 307 y ss; una tendencia aprobatoria también se encuentra, entre otros, en: RESCHKE, *supra* nota 37, 2015, pp. 258 y ss.

VIII. Bibliografía y jurisprudencia

BVerfG, fallo del 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, en BVerfGE 126, pp. 170 et seqq.

— fallo del 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10, en BVerfGE 130, pp. 1 et seqq.

— fallo del 01.11.2012 – 2 BvR 1235/11, en NJW 2013, pp. 365 et seqq.

BGH, fallo del 27.02.1975 – 4 StR 571/74, en NJW 1975, pp. 1234 et seqq.

— fallo del 09.07.1987 – 4 StR 216/87, en BGHSt 34, pp. 394 et seqq.

— fallo del 18.02.2009 – 1 StR 731/08, en BGHSt 53, pp. 199 et seqq.

— fallo del 14.08.2009 – 3 StR 552/08, en BGHSt 54, pp. 69 et seqq.

— fallo del 07.12.2010 – 3 StR 433/10, en StV 2011, pp. 726 et seqq.

— fallo del 04.02.2014 – 3 StR 347/13, en NStZ 2014, pp. 457 et seqq.

— fallo del 26.11.2015 – 3 StR 247/15, en NStZ 2016, pp. 343 et seqq.

— fallo del 10.11.2016 – 4 ARs 17/16, en NStZ-RR 2017, pp. 44 et seqq.

— fallo del 15.03.2017 – 4 StR 472/16, en NStZ 2017, pp. 469 et seqq.

Bundesfinanzhof (BFH). fallo del 07.09.2005 – VIII R 1/03, en DStR 2005, pp. 1975 et seqq.

BECKER, Christian, “Anmerkung zu: BGH. fallo del 04 de febrero 2014 – 3 StR 347/13”, en NStZ, 2014, p. 458.

— “Anmerkung zu: BGH, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 StR 497/15”, en NStZ, 2017, pp. 31 – 32.

— “Anmerkung zu: BGH, Beschl. v. 26.11.2015– 3 StR 247/15”, en NStZ, 2016, pp. 345 – 346.

— “Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme? Zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 2 BvR 2559/08 = HRRS 2010 Nr. 656”, en *HRRS*, 2010, pp. 383 – 393.

— “Paradigmenwechsel in der Schadensdogmatik oder „Viel La□rm um nichts“? Zur aktuellen Kontroverse um die sog. „schadensgleiche Vermo□gensgefa□hrdung“, en *HRRS*, 2009, pp. 334 – 340.

BOCKELMANN, Paul, “Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug”, en *JZ*, 1952, pp. 461 – 465.

BRÜNING, Janique, “Anmerkung zu: BGH, fallo del 26 de noviembre 2015 – 3 StR 247/15”, en *ZJS*, 2017, pp. 781 – 786.

BURRI, Alex, “Zweifelhafte Gewi□heiten. Skepsis, Sprachgebrauch und Wittgenstein”, en *LOGOS*, 1999, pp. 1 – 26.

BUSCHMANN, Edgar, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Betrugsbegriffs im 19. Jahrhundert*, Würzburg, 1939.

CEFFINATO, Tobias, “Vermo□gensstraftaten im und u□ber das Internet”, en *NZWist*, 2016, pp. 464 – 467.

— *Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017.

CRAMER, Peter, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Bad Homburg v.d.H., Gehlen, 1968.

DANNECKER, Christoph, “Vermo□gensschaden zwischen Verkehrswert, intersubjektiver Wertsetzung und Einbeziehung von Liquidita□tsvorteilen”, en *NZWist*, 2015, pp. 173 – 185.

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch*, 64^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2017.

FREGE, Gottlob, *Die Grundlagen der Arithmetik*, 1987 (edición Reclam 2011).

FRISTER, Helmut, *Strafrecht AT*, 7.^a ed., München, C.H. Beck, 2015.

GAEDE, Karsten, “§ 263”, en LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS, Michael/ZÖLLER, Mark A. (eds.), *Anwaltkommentar StGB*, Heidelberg, C.F. Müller, 2015.

GOLDSCHMIDT, James Paul, “Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug”, en *ZStW*, 48 (1928), pp. 149 – 166.

HASSEMER, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1992, pp. 378 – 383.

HEFENDEHL, Roland, “§ 263”, en JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2.^a ed., München, C.H. Beck, 2014.

— *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Berlín, Duncker&Humblot, 1994.

KASISKE, Peter, “Der Vermögenschaden bei Risikogeschaften”, en *NZWist*, 2016, pp. 302 – 309.

KINDHÄUSER, Urs, “§ 263”, en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.), *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

— *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*, 6.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2015.

KOSIOL, Erich, *Pagatorische Bilanz, Die Bewertungsbilanz als Grundlage einer integrativ verbundenen Erfolgs-, Bestands- und Finanzrechnung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1976.

KRELL, Paul, *Untreue durch Stellenbesetzungen : zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

KÜHL, Kristian, “§ 263”, en LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian (eds.), *Strafgesetzbuch*, 28.^a ed., München, C.H. Beck, 2014.

MERKT, Hanno, “§ 250”, en HOPT, Klaus/KUMPAN, Christoph/MERKT, Hanno/ROTH, Markus (eds.), *Baumbach/Hopt – Handelsgesetzbuch*, München, 37^a ed., C.H. Beck, 2016.

NAUCKE, Wolfgang, “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 09.08.1984 – 4 StR 459/84”, en *StV*, 1985, pp. 187 – 188.

- OTTO, Harro, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlín, Duncker&Humblot, 1970.
- PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Colonia et. al., Carl Heymanns, 1999.
- PERRON, Walter, “Vorbemerkungen zu den §§ 263 ff.”, en SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (eds.), *Strafgesetzbuch*, 29.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014.
- RENGIER, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 19.ª ed., Munich, Beck, 19. Aufl. 2017.
- RESCHKE, Dennis, *Untreue, Bankrott und Insolvenzverschleppung im eingetragenen Verein*, 2015.
- SALIGER, Frank, “Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes – Eine kritische Analyse der neueren Rechtsprechung zum Begriff des Vermo□gensnachteils in § 266 StGB”, en *ZStW*, 112 (2000), pp. 563 – 613.
- SATZGER, Helmut, “§ 263”, en SATZGER, Helmut/SCHLUCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter (eds.), *Strafgesetzbuch*, 3.ª ed., Colonia, Carl Heymanns, 2017.
- SAVARY, Jacques, *Le Parfait Négociant: ou instruction generale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des Pays Etrangers*, Nouvelle Edition, 1679.
- SCHMALENBACH, Eugen, *Dynamische Bilanz* 13ª ed., 1962 (edición revisada por Richard Bauer).
- SCHUBERT, Wolfgang, “§ 249 HGB”, en GROTTTEL, Bernd/SCHMIDT, Stefan/SCHUBERT, Wolfgang/WINKELJOHANN, Norbert (eds.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 10.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2016.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Leipziger Praxiskommentar Untreue – § 266 StGB*, Berlín, Walter de Gruyter, 2017.
- TIEDEMANN, Klaus, “§ 263”, en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING – VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12.ª ed., de Gruyter, 2012.
- “Vor §§ 263 ff.”, en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING – VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12.ª ed., de Gruyter, 2012.

WESSING, Jürgen, “Untreue durch Begleichung nichtiger Forderung – Die Telekom-Spitzelaffäre und ihre strafrechtlichen Auswirkungen”, en *NZG*, 2013, pp. 494 – 496.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Über Gewißheit*, 2012.

WITTIG, Petra, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2005.

WOSTRY, Thomas, *Schadensbeziehung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB)*, Berlín, Duncker&Humblot, 2016.

— “Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen und Tendenzen”, en Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 11 – 38.

“SI UD. QUIERE UNA GARANTÍA, COMPRE UNA TOSTADORA”: ACERCA DEL PUNITIVISMO DE LESA HUMANIDAD

Prof. Dr. Andrés ROSLER*

Fecha de recepción: 26 de septiembre de 2017

Fecha de aprobación: 22 de noviembre de 2017

Resumen

Lo que sigue es una exhibición de algunas obras maestras que corresponden a las dos grandes escuelas filosóficas que ha dado el derecho penal a lo largo de su historia. En primer lugar, apreciaremos algunos cuadros de la escuela garantista con su inconfundible aire de familia jurídico. En segundo lugar, contemplaremos varios cuadros de la escuela punitivista, cuyo aire de familia es inmediatamente moral y cuyo único propósito consiste en que ningún malvado escape al castigo. Esta última escuela, como veremos a continuación y como se suele decir en inglés, es una iglesia bastante amplia que aglutina a compañeros de cama bastante extraños, desde el nazismo hasta el republicanismo clásico, pasando por el jacobinismo. Una vez terminada la exhibición es de esperar que el público se pregunte por los diferentes aires de familia entre los cuadros y sobre esa base elija un retrato penal acorde a los derechos humanos de todos los seres humanos, una expresión que supo ser considerada como redundante pero que ahora evidentemente ya no lo es.

Palabras clave: Garantismo – Punitivismo – Republicanismo penal – Crímenes de lesa humanidad

Title: ‘If you Want a Guarantee, Buy a Toaster.’ On Punitivism and Crimes Against Humanity

* Abogado (UBA), Máster en Ciencia Política (FLACSO), Doctor en Derecho (Oxford). Investigador del CONICET, Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Filosofía y Letras, UBA. Contacto: andres.rosler@gmail.com. Conforme a la muy reveladora terminología del derecho penal liberal atomizador y su celo por las distinciones categoriales, si bien soy el único autor material del delito, debo agradecer a Guillermo JENSEN, Jaime MALAMUD GOTI, Daniel PASTOR, Luciano VENEZIA y los dos dictámenes de En Letra: Derecho Penal, cuyos comentarios a versiones anteriores de este trabajo los convierten *ipso facto* en partícipes secundarios.

Abstract

This work is an exhibition of some masterworks corresponding to the two major philosophical schools in the history of criminal law. First of all, we shall assess some pictures of the school that usually goes by the name of garantism with their unmistakably juridical family resemblance. Secondly, we shall contemplate several pictures of the punitivist school, whose family resemblance is mainly moral and its sole goal is to make sure no bad guy escapes punishment. This second school, as we shall see, is a broad church that brings together rather strange bedfellows: from nazism to classical republicanism, through Jacobinism. This exhibition is meant to enable the public to assess the different families and on that basis choose a criminal portrait according to the human rights of all human beings, an expression that used to be taken as redundant but alas it has ceased to be so.

Keywords: Garantism – Punitivism – Penal republicanism – Crimes against humanity

Sumario

I. Introducción; II. Garantismo; III. Punitivismo; IV. Con ustedes, los intérpretes; V. De Nobis Fabula Narratur; VI. Bibliografía

“Papageno: ¿qué es lo que diremos ahora?”

”Pamina: ¡La verdad! La verdad, aunque fuera delito”

(La Flauta Mágica, Acto I, Escena 3)

I. Introducción

Había una vez en nuestro país un consenso tal entre quienes se dedicaban al derecho penal que en ese entonces, como muy bien sostiene ZAFFARONI, hablar de “un *derecho penal garantista* en un estado de derecho” era “una *grosera redundancia*, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de *garantías*, de modo que todo penalista, en este marco, se supone que es *partidario de las garantías*, es decir, que es *garantista*”.¹ A quienes estudiaron derecho penal a mediados de la década del ochenta en los albores de la restauración democrática este consenso seguramente les resultará muy familiar.

¹ ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 169.

Lo que tal vez ilustra mejor lo que se entendía en aquel entonces por penalista es el caso de los perros entrenados que hoy en día llevan carteles del tipo “no pet” y que son utilizados en los aeropuertos para detectar sustancias prohibidas entre los pasajeros. Estos perros, cuando perciben una instancia de dichas sustancias prohibidas, se detienen inexorablemente, con la diferencia de que en el caso de los penalistas de otrora el entrenamiento estaba destinado a detectar violaciones de las garantías penales en cumplimiento de lo que se solía denominar como “la función de garantía” de la ley penal en un Estado de Derecho.²

Dentro de aquel consenso podía haber desacuerdos, por supuesto, pero tales desacuerdos consistían en una verdadera competencia por dilucidar quién era el sabueso que detectaba la mayor cantidad de violaciones de los derechos fundamentales por parte del aparato punitivo del Estado. De ahí que la competencia, por así decir, era por superar el celo de DERSHOWITZ por sus representados o incluso llegaba al extremo de emular la posición de VERGÈS, reveladoramente conocido como “el abogado del diablo”, para quien la única verdadera defensa penal, incluso del mismísimo diablo, es la de ruptura.³ Proceder de otro modo equivalía a conceder que había seres humanos que no estaban protegidos por los derechos humanos.⁴

Hablando del diablo, quizás el punto sobre la defensa de sus derechos pueda ser ilustrado mediante una conocida escena de “El Hombre de Dos Reinos” (1966), una película sobre la vida de Tomás Moro basada en el libro de Robert Bolt, *A Man for All Seasons*, y protagonizada por Paul Scofield. En dicha escena, William Roper, quien con el tiempo se convertiría en su yerno, le reprocha a Moro que este último está dispuesto a concederle al diablo el beneficio de la ley. Roper, en cambio, “para perseguir al diablo” está dispuesto a “derribar todas las leyes en Inglaterra”. Es entonces que el personaje de Moro pronuncia la célebre frase: “y cuando la última ley ha sido derribada y el diablo se da vuelta y se dirige hacia vos, ¿dónde te esconderás una vez

² Cfr., por ej., JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal* (trad. Santiago MIR PUIG y Franciso MUÑOZ CONDE), Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, pp. 179-183.

³ Cfr. VERGÈS, *Estrategia judicial en los procesos políticos* (trad. María Teresa LÓPEZ PARDINA), Barcelona, Anagrama, 2009.

⁴ Daniel PASTOR en sus clases persevera con este espíritu legalista al dar como ejemplo de imparcialidad en el razonamiento judicial la historia contada por el ex-árbitro Héctor Elizondo en el sentido de que durante el Mundial de 2006 se vio obligado a expulsar a Zidane debido a que el cuarto árbitro le había informado que el “diez de los blancos” le había aplicado un cabezazo a un jugador del otro equipo (Materazzi), a pesar de que se trataba del capitán de Francia, en su último partido oficial, durante la final de un Mundial, todo esto sin tener que preguntarle a su colega “¿desde dónde lo decis?” o recordarle que “es más complejo”, sino que lisa y llanamente aplicó el reglamento.

que todas las leyes hayan sido eliminadas? Este país está densamente plantado con leyes de costa a costa —leyes humanas, no de Dios— y si vos las derribaras —y sos justo el hombre capaz de hacerlo—, ¿vos realmente creés que podrías permanecer erguido [*upright*] en medio del viento que soplaría entonces? Sí, le daría al diablo el beneficio de la ley, en aras de mi propia seguridad”.⁵

Por otro lado, había una cuestión de principio de por medio ya que muy pocos académicos, y mucho menos los jueces en sus sentencias, se hubieran permitido en aquella época pronunciarse en contra de semejante acuerdo garantista —al menos en público— porque eso habría implicado ser considerado *ipso facto* un fascista —y no precisamente en el buen sentido de la palabra, como dice el personaje de Sacha Baron Cohen en la película “El Dictador”—.

De este modo, probablemente por diferentes razones, los penalistas formaban un frente casi sin fisuras contra el clamor popular que pedía que los delincuentes fueran castigados sin más, como si lo único que contara fuera terminar con la impunidad a toda costa. Para un penalista, o para usar “la grosera redundancia” de ZAFFARONI: para un garantista, la idea misma de hablar de “delincuentes” que debían ser castigados con independencia de sus garantías penales era un sinsentido.

Es evidente sin embargo que las cosas han cambiado profundamente, a tal punto que quienes estudiaron derecho penal a comienzos de la democracia hoy muy probablemente se sientan como Austin Powers, cuando en la primera parte de la trilogía fue descongelado y volvió al presente unos treinta años más tarde. En efecto, tomemos, por ejemplo, los dos últimos fallos del tribunal más alto en materia federal penal —con excepción de la Corte Suprema, por supuesto—, a saber, la Cámara Federal de Casación, sobre delitos de lesa humanidad, ambos en relación con la aplicación de la así llamada “ley del 2 x 1”.

El último fallo, por ejemplo, explícitamente hace referencia a “las irrenunciables obligaciones internacionales asumidas por el estado argentino de efectivizar la investigación, juzgamiento y sanción adecuada de graves violaciones a los Derechos Humanos” (caso “Astiz”, 28 de agosto de 2017, f. 21). En el penúltimo fallo consta, asimismo muy claramente, que este alto tribunal es consciente, con razón, de que como tribunal penal tiene el deber de asegurarse de que los delitos de lesa humanidad no queden impunes, de tal forma que ni siquiera tenga lugar una “mengua simbólica” de dicha punición (caso “Riveros”, 9 de junio de 2017, f. 10).

⁵ Le agradezco enormemente a Luis Alejandro Silva por su amabilidad de haberme recordado esta escena entre Tomás Moro y su yerno Roper.

Estos fallos llaman la atención ya que es obvio que un tribunal penal tiene la obligación de castigar los delitos. Eso es exactamente lo que se supone que hace un tribunal penal.⁶ Pero estos fallos no solamente llaman la atención porque se refieren al obvio deber que tiene un tribunal penal de castigar un delito, sino porque además omiten recordar lo que en otra época era igual de obvio, o más obvio todavía que el deber de castigar, a saber, el deber de tener en cuenta las garantías penales de aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado.

En efecto, el fallo “Astiz” habla de una eventual comisión de “un injusto de carácter internacional que pone en riesgo de sanción a la Nación tanto frente al sistema universal de Derechos Humanos como al regional interamericano” (f. 22) para el caso de que el castigo no fuera debidamente implementado, pero no hace referencia alguna a la posibilidad de cometer otro injusto debido a que las garantías penales hayan sido violadas. En el fallo “Riveros” se hace referencia asimismo a las “dificultades provenientes de un entrenamiento jurídico formalista” (f. 16), como si alguien pudiera ser demasiado formalista en materia penal, sin preocuparse siquiera por una “mengua simbólica” de las garantías penales.⁷

Evidentemente, si un tan alto tribunal como el de Casación menciona una obviedad pero deja de lado otra, esta otra ha dejado por lo tanto de ser una obviedad y se ha convertido en objeto de discusión —si tenemos suerte—. Da la impresión entonces de que en los últimos años los penalistas han dejado de ser como perros entrenados en la detección de las violaciones de las garantías penales para convertirse en portavoces de la conciencia punitiva del pueblo. Ciertamente, no hay nada de malo *per se* en que suceda esto último. En realidad, es lo que sucede siempre. El derecho en general, y el penal no es una excepción, siempre proviene de algún lado y si todo sale bien del pueblo democrático. El problema es cuando la conciencia punitiva del pueblo ya no está interesada en lo que en otra época se solía designar como principio de legalidad.

⁶ Para el abolicionismo, ese es exactamente el problema que debe ser abolido, pero esto se debe a que lo que hacen los tribunales penales precisamente es castigar.

⁷ En lo que atañe a las “dificultades provenientes de un entrenamiento jurídico formalista”, así como en una época ser penalista y garantista era una “grosera redundancia”, más o menos para la misma época dedicarse al derecho y ser formalista también lo era, sobre todo si esta persona no estaba dispuesta a supeditar al derecho vigente al razonamiento moral. Después de todo, es un formalismo lo que distingue un tribunal de una reunión de abogados o, para el caso, el derecho vigente de un artículo en una revista jurídica.

La discusión, entonces, es la que tiene lugar entre lo que se suele denominar como “garantismo” y “punitivismo”. Si hiciera falta podríamos agregar el prefijo “neo-” a cualquiera de los dos términos.⁸

Ahora bien, los mencionados fallos indican que a juicio de la Casación, al menos en lo que atañe a las salas que se han pronunciado al respecto, el derecho vigente en nuestro país es claramente (neo-)punitivista. Por varias razones, sin embargo, creo que se trata de un error y que el fallo “Muiña” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el que verdaderamente refleja cuál es el derecho penal vigente en nuestro país.⁹ No obstante, lo que me interesa retratar en este trabajo no es el derecho vigente en sí mismo —después de todo el derecho vigente también puede cambiar algún día—, sino los dos grandes modelos filosóficos en disputa con la esperanza de que estos retratos nos permitan ser plenamente conscientes de qué es lo que está en juego, quiénes somos realmente y, finalmente, cuál es el derecho penal que merece nuestro asentimiento.¹⁰

Para usar otra metáfora, lo que sigue es una exhibición de algunos cuadros bastante famosos que corresponden a las dos grandes escuelas filosóficas que ha dado el derecho penal a lo largo de su historia. En primer lugar, apreciaremos *algunos* cuadros de la escuela garantista con su inconfundible aire de familia jurídico tan admirado en los comienzos de la democracia.¹¹ Dichos

⁸ Sin duda, se trata de una designación que podría prestarse a la confusión. En efecto, todo derecho penal es punitivista, tal como lo indica el nombre. En todo caso, la diferencia consiste en hasta dónde estamos dispuestos a ir para poner en marcha el aparato punitivo del Estado. Por ello, la verdadera oposición es la que tiene lugar entre el punitivismo moderado y el punitivismo extremo. Pero para evitar mayores confusiones me voy a atener al uso frecuente de estas expresiones.

⁹ En el fallo “Muiña”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictaminó que el cómputo “2 x 1” de los días de prisión preventiva es aplicable a casos de lesa humanidad. Quienes deseen darse una idea general de por qué el fallo “Muiña” refleja el derecho vigente pueden consultar al respecto ROSLER/JENSEN, “¿Nullum crimen sine poena o nullum crimen sine lege? Consideraciones sobre el fallo ‘Muiña’”, *La Ley*, Año LXXXI, no. 108, 2017, pp. 3-5. Para tener un panorama general sobre diferentes posiciones respecto al fallo, los lectores pueden consultar con mucho provecho además la edición especial de *La Ley*, Año LXXXI, no. 93, 2017.

¹⁰ Huelga decir que no soy el primero en haber percibido la discusión actual entre los dos modelos de derecho penal. Cfr., por ej., el trabajo de SILVA SÁNCHEZ, “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, N°. 86-87, 2008, pp. 149-171. Quizás la innovación del presente trabajo sea la de poner la discusión en un contexto histórico-conceptual. Por supuesto, hablo de “historia conceptual” en un sentido bastante amplio, por no decir casero, de la expresión y no necesariamente en el sentido de Reinhart KOSELLECK y sus seguidores.

¹¹ El Dictamen A del arbitraje hace referencia con razón a que en la muestra que sigue el garantismo da la impresión de ser una escuela homogénea, sobre todo si lo comparamos con la exposición punitivista.

cuadros en aquel entonces eran considerados como obras maestras de la civilización occidental. En segundo lugar, contemplaremos los cuadros de la escuela punitivista, cuyo aire de familia es inmediatamente moral y cuyo único propósito consiste en que ningún malvado escape al castigo. Hace no mucho esta escuela gozaba de muy mala reputación entre los penalistas comprometidos con la causa de la democracia. El punitivismo, como veremos a continuación y como se suele decir en inglés, es una iglesia bastante amplia que aglutina a compañeros de cama bastante extraños, desde el nazismo hasta el republicanismo clásico, pasando por el jacobinismo. Una vez terminada la exhibición es de esperar que el público se pregunte por los diferentes aires de familia entre los cuadros y sobre esa base elija un retrato penal acorde a los derechos humanos de *todos* los seres humanos, una expresión que supo ser considerada como redundante pero que ahora evidentemente ya no lo es.

II. Garantismo

Lo que se suele denominar como “garantismo” corresponde a lo que FERRAJOLI, precisamente uno de sus grandes campeones, llama “derecho penal mínimo”, el cual consiste “en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune”.¹² Se trata de un discurso penal que ha acompañado típicamente al liberalismo durante toda su historia. De hecho, hasta hace poco el así llamado “derecho penal liberal” era tal vez lo único “liberal” que se podía invocar sin tener que dar mayores explicaciones.¹³ El eslogan que permite identificar fácilmente a esta posición es el clásico “*nullum crimen sine lege*”, según el cual no se puede hablar de crimen antes de que se verifique que una acción haya sido cometida con posterioridad a la sanción de una ley penal y su castigo debe ser conforme a dicha ley penal.¹⁴

Después de todo, por ejemplo, BECCARIA, CONSTANT y FEUERBACH tuvieron simpatías políticas e incluso morales diferentes. Quisiera aclarar que esta asimetría entre las exposiciones se debe fundamentalmente a una cuestión de espacio y no a que el garantismo sea un frente homogéneo.

¹² FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (trad. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN y Rocío CANTARERO BANDRÉS), Madrid, Trotta, 1995, p. 106.

¹³ Cabe recordar por las dudas que para adherir al derecho penal liberal no hace falta ser un admirador del mercado, sino que es suficiente creer que todos los seres humanos tienen exactamente los mismos derechos precisamente humanos.

¹⁴ Principalmente por razones de espacio en este trabajo no me voy a detener en la discusión sobre la justificación del castigo. Me voy a limitar a recordar que el garantismo suele estar emparentado con una teoría preventiva del castigo, pero dicha conexión no es necesaria sino contingente. Por otra parte, la teoría de la prevención solamente tiene sentido si la prevención ocurre gracias a que los delitos fueron castigados de

Para usar la terminología de RAWLS, el derecho penal liberal es plenamente consciente de que desde un punto de vista *moral* un juicio penal cae bajo la descripción de la justicia procedimental imperfecta, ya que es imposible que las reglas legales arrojen *necesariamente* un resultado moralmente correcto. En otras palabras, un juicio penal no solamente desemboca en un fallo sino que además —como solía advertir durante sus trucos Tu Sam (un conocido prestidigitador argentino del siglo pasado)— puede fallar.

Sin embargo, en lo que atañe al derecho penal liberal, lo que importa es asegurar un resultado *jurídicamente* correcto, el cual se obtiene necesariamente si las garantías penales han sido satisfechas. De ahí que desde el punto de vista del derecho penal liberal, *jurídicamente* se puede decir que un proceso penal que haya cumplido con las garantías penales cae bajo la descripción de lo que RAWLS llama “justicia procedimental pura”, ya que no existe un criterio independiente del procedimiento que nos permita identificar cuál es el resultado correcto.¹⁵ Todo proceso penal que haya seguido las reglas previstas, que incluyen una dosis considerable de garantías penales, es entonces jurídicamente justo o aceptable por definición con independencia de cuál sea su resultado. Parafraseando a HOBBS, *uctoritas, non veritas, facit crimen*.

Como suele pasar, uno de los que mejor entiende al derecho penal liberal es alguien que supo ser uno de sus más enconados adversarios. En efecto, en su época más “polémica” como se suele decir hoy en día, SCHMITT se muestra totalmente en contra del derecho penal liberal porque este último entiende “las normas penales principalmente desde el punto de vista de la seguridad de la libertad individual y del cálculo de la interferencia estatal. El Código Penal deviene de este modo, según la célebre fórmula de VON LISZT, una ‘Carta Magna’ del delincuente”. De ahí que, según esta concepción, dice SCHMITT, el delito “es definido como una acción amenazada con una pena, i.e. la pena... no aparece como una consecuencia del delito, sino que el delito deviene un producto mental de la amenaza de la pena”.¹⁶ Se sigue de aquí que para el derecho penal liberal

modo retributivo, esto es, fueron aplicados a personas culpables. Por otro lado, la prevención perdería sentido si estuviéramos seguros de que es imposible que se repitiera el delito en cuestión.

¹⁵ RAWLS, *A Theory of Justice*, ed. rev., Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 74-75.

¹⁶ SCHMITT, “Der Rechtsstaat”, en *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995, p. 115. Su archirrival, KELSEN, lo había descrito exactamente de la misma manera aunque de un modo aprobatorio, por supuesto: “Lo que hace que un comportamiento humano determinado valga como contrario a derecho, como un delito —en el sentido más amplio de la palabra— no es alguna cualidad inmanente y tampoco alguna relación con una norma metajurídica o moral, es decir trascendente al derecho positivo, sino exclusivamente y solo que se ha puesto en la norma jurídica como condición de una consecuencia específica que el orden jurídico positivo reaccione a este comportamiento con un acto de

hasta un delincuente puede tener “un derecho adquirido”.¹⁷ Con este criterio, dice SCHMITT, para el individualismo penal liberal “la deserción de un desertor o la violación de la fe jurada [al Führer] de un traidor son comprendidas solo como una ‘acción amenazada con una pena’, solo como el presupuesto típico de una pretensión de pena estatal, pero no en términos del injusto esencial y del crimen propiamente dicho de la violación del juramento”.¹⁸

Un poco después, en 1938 en su monografía sobre HOBBS, SCHMITT sostiene correctamente que para fines del siglo XVIII el antiguo Estado monárquico de derecho divino se había convertido en un Estado atado por leyes y de ahí que su viejo y querido “Estado de Poder y de Policía” se convirtiera en un “Estado de Derecho” liberal. También tiene razón SCHMITT cuando se sorprende de que FEUERBACH, uno de los miembros indiscutidos del panteón del derecho penal liberal, haya escrito un *Anti-Hobbes*, ya que fue HOBBS uno de los precursores del Estado de Derecho liberal, particularmente en lo que atañe al derecho penal.¹⁹

En efecto, según HOBBS “al cesar la ley civil, cesa el crimen, puesto que no habiendo otra ley que permanece excepto la de la naturaleza, no hay lugar para la acusación, cada hombre es su propio juez y acusado solamente por su conciencia”.²⁰ De ahí que para HOBBS, fuera del derecho positivo no tiene sentido hablar de una acción que tenga carácter criminal *per se*. La teoría del delito de HOBBS, entonces, es completamente diferente a las teorías iusnaturalistas que operan con la noción de *per seitas*, esto es, conforme a la creencia de que existen ciertas acciones que son crímenes *per se*, con total independencia de las leyes positivas de un Estado.²¹

Hablando del panteón del derecho penal liberal, BECCARIA creía que las leyes penales no eran “vindicadoras... de la malicia intrínseca de las acciones”, sino “de la violación de los pactos” entre los individuos. En efecto, para BECCARIA los jueces no eran “vengadores de la sensibilidad de los hombres”, sino “de los pactos que los ligan entre sí”. Es por eso que BECCARIA se asombraba al enterarse de la opinión de quienes creían que “un acto de crueldad cometido, por ejemplo, en

coacción”. Cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1.ª ed. (ed. Matthias JESTAEDT), Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 37-38).

¹⁷ V. SCHMITT, “Der Führer schützt das Recht” (1934), en *Positionen und Begriffe*, 2.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1988, p. 228.

¹⁸ SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlín, Duncker & Humblot, 1934, p. 43.

¹⁹ SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982, pp. 99 y 110.

²⁰ HOBBS, *Leviathan. 2. The English and the Latin Texts (i)*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 454.

²¹ Cfr. HÜNING, “Hobbes on the Right to Punish”, en SPRINGBORG (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes’s Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 221.

Constantinopla, puede ser penado en París, por la abstracta razón de que quien ofende a la humanidad merece tener a toda ella por enemiga y la execración universal”.²²

El garantismo de BECCARIA le impedía entender además por qué entre “los criminalistas la credibilidad de un testigo es tanto mayor cuanto más atroz sea el delito”. De hecho, a BECCARIA le parecía que “el férreo axioma” *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi*, es decir “en los delitos más atroces son suficientes las conjeturas más leves y es lícito para el juez que transgreda los derechos”, era “dictado por la más cruel imbecilidad”.²³ En realidad, debería ser al revés: cuanto más grave sea el delito, tanto más estricto debe ser el estándar de la prueba, al menos si todavía adherimos a la presunción de inocencia.

Ese es precisamente el punto de CONSTANT: “[c]uando se trata de una falta leve y el acusado no es amenazado ni en su vida ni en su honor, se instruye la causa de la manera más solemne! ¡Se observan todas las formas, se acumulan las precauciones, para comprobar los hechos y no herir la inocencia! ¡Pero cuando se trata de alguna fechoría espantosa y por consiguiente de la infamia y de la muerte, se suprimen con una palabra todas las garantías tutelares! ¡Se cierra el código de las leyes, se abrevian las formalidades! Como si se pensara que cuanto más grave es una acusación, más superfluo es examinarla”.²⁴ De otro modo, quienes seguramente con las mejores intenciones quieren “darle a los modernos la libertad de los antiguos” hacen en realidad que “las leyes se forjen como armas” y que “los códigos devengan declaraciones de guerra”.²⁵ Cuánta razón tenía entonces ZAFFARONI cuando se oponía a que tratáramos a algunos “seres humanos” como si fueran “enemigos de la sociedad” y les negáramos de ese modo “el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal”.²⁶

A la luz de estas consideraciones, era de esperar que el derecho penal liberal adoptara el principio de inocencia y el principio de legalidad (“Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”), dentro de cuyo botiquín encontramos subprincipios tales como el principio de la interpretación restrictiva, prohibición de la analogía,

²² BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (ed. bilingüe al cuidado de Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ), Madrid, Trotta, 2011, p. 219.

²³ BECCARIA, *supra* nota 22, p. 153, nota.

²⁴ CONSTANT, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos* (trad. Víctor GOLDSTEIN), Buenos Aires, Katz, 2010, p. 178.

²⁵ CONSTANT, *Écrits politiques*, París, Gallimard, 1997, p. 219.

²⁶ ZAFFARONI, *supra* nota 1, p. 11.

irrelevancia de la costumbre, irretroactividad de la ley penal salvo que se trate de la ley más benigna, etc., tratando de mantener claramente separados el derecho positivo y el derecho natural, el derecho penal y la guerra.

La teoría garantista por ende supone que el delito penal es siempre en última instancia *mala prohibita* y que por lo tanto el Código Penal, en lo que atañe a sus prohibiciones y fundamentalmente a sus garantías, se dirige al razonamiento judicial en primer lugar y solo subsidiariamente al razonamiento de los ciudadanos en general. FERRAJOLI precisamente aclara que la ética liberal del derecho penal “está destinada únicamente al legislador y no a los ciudadanos, cuya moralidad se considera, por el contrario, no solo como jurídicamente irrelevante, sino también como jurídicamente intangible”. El Estado, continúa FERRAJOLI, “no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino solo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar —reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes— la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el *derecho de ser* interiormente malvado y seguir siendo lo que es”.²⁷ Ningún garantista entonces puede exigir que el respeto de las garantías penales quede supeditado a que un acusado, o incluso un condenado, satisfaga un test moral. Las garantías penales existen o no existen. En el medio no hay nada.

Para el liberalismo, entonces, si bien es imprescindible para proteger los derechos humanos, el Estado podrá calmar los nervios pero jamás puede ser la felicidad dado que los derechos humanos podrían ser violados por el mismísimo Estado liberal, el cual por más liberal que sea no deja de ser un Estado. De hecho, podríamos decir que la relación que guarda el liberalismo con el Estado en materia penal puede ser descripta en los mismos términos con los que Álvaro Alsogaray hiciera referencia a su voto por los radicales en ocasión de las elecciones presidenciales de 1983, a saber, es como tomar aceite de ricino con la nariz tapada. O parafraseando al General Perón, “el Estado es bueno pero si se lo controla es mejor”. De ahí que si bien muchos comediantes judíos suelen decir que los judíos son los únicos que temen ser demasiado judíos, un liberal jamás puede

²⁷ FERRAJOLI, *supra* nota 12, pp. 222-223. Los argumentos morales invocados como presupuestos de la aplicación de las garantías penales están vinculados con la pretensión expresada en *La Ciudad del Sol* por Tommaso Campanella, citado en FERRAJOLI, *supra* nota 12, p. 291, n. 48, según la cual los miembros de la comunidad “hacen de modo que él mismo [a saber, el condenado a muerte] acepte la sentencia, y disputan con él hasta que, convencido, diga que la merece”.

temer ser demasiado liberal en material penal, ya que aunque existe el exceso en la legítima defensa, no tiene sentido hablar de un exceso en la defensa de los derechos humanos.²⁸

CONSTANT fue tal vez el liberal que más lejos fue en defensa de las garantías penales. En efecto, muy poco después de la Revolución Francesa, CONSTANT advertía sobre los peligros que conllevan las medidas de excepción en relación con la aplicación del derecho penal: “[s]i ustedes admiten estos pretextos imponentes, estas palabras especiosas, cada partido verá el interés del Estado en la destrucción del enemigo, los peligros de la lentitud en una hora de examen, la salvación pública en una condena sin juicio y sin pruebas”. CONSTANT, ciertamente, reconocía que “hay para las sociedades políticas momentos de peligro que a toda la prudencia humana le cuesta conjurar”. Pero dichos peligros se evitan “adhiriendo más escrupulosamente que nunca a las leyes establecidas, a las formas tutelares, a las garantías preservadoras”.²⁹

Otro verdadero liberal como HART, en cambio, muy probablemente debido a que le tocó vivir en el siglo XX, cree que si “incursiones deben ser hechas contra este principio [de legalidad: *nulla poena sine lege*] en aras de impedir algo considerado como un mal mayor que su sacrificio, es vital que los puntos en cuestión sean claramente identificados. Un caso de castigo retroactivo no debería ser hecho parecer como un caso ordinario de castigo por un acto ilegal en ese momento”.³⁰ Lo que pide entonces HART es que si vamos a hacer una excepción debido a que vivimos momentos igualmente excepcionales como la conformación de un tribunal compuesto por los vencedores en una guerra mundial, entonces que quede claro que nos estamos apartando del derecho vigente y no llamemos, por ejemplo, una “interpretación” del Estado de Derecho a su clara e intencional violación.³¹

²⁸ En realidad, el liberalismo llegó a tal sofisticación penal que uno de los puntos más altos en el desarrollo del Estado de derecho liberal tuvo lugar probablemente en el siglo XIX, en ocasión de la creación del así llamado delito político gracias al capítulo francés de la organización liberal internacional. El delincuente político llegó a ser comparado con un combatiente y de tal forma le correspondían varios privilegios del derecho de la guerra. Cfr., por ej., ROSLER, “Estado de Derecho, delito político y terrorismo”, en STEINER (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° XX, 2014, pp. 805-822.

²⁹ CONSTANT, *Écrits politiques*, supra nota 25, pp. 257-258.

³⁰ HART, *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 211-212.

³¹ ZOLO, en cambio, sostiene que “[e]l proceso de Núremberg trastornó la idea de justicia internacional, anulando toda distinción entre esta, la política y la guerra. Fue una rendición de cuentas, el ajuste de las pendencias, la venganza de los vencedores sobre los vencidos. Fue una parodia de la justicia con un valor simbólico letal. Ser derrotados y asesinados en una guerra es algo normal, a veces hasta honorable. Pero ser ajusticiados después de haber sido sometidos a la jurisdicción del enemigo es una derrota irreparable, es la

NINO puso en la boca del juez Ticio, un hipotético miembro del Tribunal de Nuremberg, palabras muy similares a las de HART: “[e]ste tribunal tiene la imperiosa necesidad de ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos, etcétera. Para ello *no puede dejar impunes* a los personeros de un régimen que se burló brutalmente de esos valores, como nunca antes había ocurrido. Esto implica *dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, como los que alega la defensa*. Debemos asumir plenamente esta consecuencia desgraciada como un mal menor”.³²

Es digno de ser destacado que en su obra *Juicio al mal absoluto*, NINO, al igual que Ticio, justifica “algún grado de justicia retroactiva por violaciones masivas a los derechos humanos” debido a que “favorece la protección de los valores democráticos” en la medida en que “el uso agresivo del derecho penal [en este caso] contrarrestaría la tendencia a la ilegalidad, refutaría la impresión de que algunos grupos están por sobre la ley y consolidaría el valor del Estado de Derecho”.³³

Si podemos hacer una pequeña digresión contemporánea en nuestra exhibición histórico-conceptual, salta a la vista que la argumentación de Ticio y de NINO es inaplicable, v.g., al caso “Muiña”, ya que mientras que Ticio y Nino se resisten a reconocer la obligatoriedad moral de leyes sancionadas por regímenes *anti-democráticos*, las cuales apuntaban a conceder verdaderas auto-amnistías, hoy en día no pocos juristas se oponen a la decisión de la Corte en el caso “Muiña” a pesar de que dicha decisión se debe a la así llamada ley del “2 x 1”, es decir, una ley penal sancionada por el Congreso de la Nación *en plena vigencia del Estado de Derecho democrático*.

En lo que atañe al derecho internacional, es digno de ser destacado que el eslogan garantista “*nullum crimen sine lege*” figura en el encabezado del artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo que da comienzo a la tercera parte del Estatuto sobre “los principios generales de derecho penal”: “[n]adie será penalmente responsable de conformidad con el presente

degradación extrema de la dignidad y de la identidad propias”. Ver ZOLO, *La Justicia de los Vencedores. De Núremberg a Bagdad* (trad. Elena BOSSI revisada por Pablo EIROA), Buenos Aires, Edhasa, 2007, pp. 182-183).

³² NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 26, énfasis agregado.

³³ NINO, *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*, 2.ª ed (trad. Martín BÖHMER), Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, p. 45. En la p. 246 de esta obra el juez Ticio reaparece defendiendo una posición bastante similar a la que sostiene en *Introducción al Análisis del Derecho*.

Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos asimismo le dedica su artículo 8 a las “Garantías Judiciales”, de tal forma que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella” (inc. 1) y “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (inc. 1). El art. 9 del mismo pacto estipula el “Principio de Legalidad” según el cual “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable”.

Antes de abandonar el modelo garantista convendría recordar que no es completamente un invento liberal. Después de todo nadie, excepto Dios, crea a partir de la nada. Por lo tanto cuando Schmitt dice que “el principio positivista-estatal-legalista ‘*nulla poena sine lege*’, ... recién se originó en el pensamiento individual, iluminado del siglo XVIII”,³⁴ en realidad exagera o simplemente se equivoca. La distinción entre pecado como desobediencia a la ley moral y delito como desobediencia a la ley positiva es en realidad el resultado de un largo desarrollo de la civilización cristiana occidental de la cual surgió “el desarrollo de la Iglesia como institución autocéfala” y por lo tanto el característico dualismo occidental entre poder político y poder religioso, todo lo cual dio origen al Estado de Derecho y al ideario liberal.³⁵ La transformación del crimen en una simple violación de la ley positiva liberó entonces al crimen “de su componente sacro” y preparó de ese modo “el desarrollo de la secularización y, por ende, del garantismo penal”.³⁶

Por otro lado, es bastante conocida la tesis de BERMAN según la cual la “revolución papal”, es decir la reforma iniciada por Gregorio VII en el siglo XI, es la base del desarrollo constitucional distintivo de Occidente. Dicha reforma es “la primera de las grandes revoluciones que dieron una

³⁴ SCHMITT, *supra* nota 16, p. 115.

³⁵ PRODI, *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (trad. Luciano PADILLA LÓPEZ), Buenos Aires, Katz, 2008, p. 19. Por su parte, HALL, “Nulla Poena Sine Lege”, en *Yale Law Journal*, N° 47, 1937, 165-166, hace referencia a los orígenes greco-romanos del principio de legalidad.

³⁶ PRODI, *supra* nota 35, p. 378.

impronta completamente nueva a la civilización occidental con respecto a todas las que le antecedieron en la faz de la tierra: la Iglesia se modela como sociedad soberana y organizada en torno a un centro, brindando una suerte de prototipo de lo que será el Estado moderno, pero no toma el monopolio sacral del poder en la cristiandad”. Por el contrario, “las tensiones dialécticas, de competición y de cooperación, que surgen en las dimensiones política, jurídica y cultural con las ciudades, con las nuevas monarquías, en las universidades, determinan el *humus* en que nace la dinámica de lo moderno, el espíritu liberal y laico de nuestra civilización”.³⁷

De hecho, cuando Pedro Lombardo en el siglo XII escribe sus *Sentencias* ya no tenía dudas acerca del hecho de que “no hay pecado si no *hubo* prohibición”. El uso del pasado es ciertamente revelador. De ahí que según el jurista Graciano (1140-1142) “los males inflictos por las leyes, solo pueden aplicarse a los que habían contravenido las disposiciones de la ley misma”.³⁸ BERMAN explica que este “fue el comienzo de un largo y sinuoso camino jurisprudencial en la tradición legal occidental, que culminó en el principio expresado en el siglo dieciocho en el Iluminismo y en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, ‘Ningún crimen, ningún castigo sin una ley’, es decir, sin una ley previamente sancionada, que defina el crimen y fije el castigo”.³⁹

Tal como lo aclaran BERMAN y PRODI, el camino que conduce desde el discurso cristiano hasta el derecho penal liberal no fue intencional y tampoco fue directo. En realidad, fue bastante parecido a un efecto colateral. Las intuiciones morales igualitarias de la tradición paulina que luego se convirtieron en el discurso oficial de la Iglesia, terminaron siendo utilizadas contra la propia Iglesia. De hecho, fueron estas mismas intuiciones morales las que dieron lugar al proceso de secularización, esto es, a la identificación de una esfera sobre la base de las pretensiones de la conciencia y de la decisión individuales, una esfera de libertad individual protegida por la ley,⁴⁰ y por ende fue el origen de la noción misma de derechos humanos. Después de todo fue “con el cristianismo cuando la personalidad se volvió un atributo reconocido para cualquier ser humano”,

³⁷ PRODI, *supra* nota 35, p. 56.

³⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Losada, 1950, vol. II, p. 612.

³⁹ BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1983, p. 186.

⁴⁰ Cfr. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2014, p. 292.

gracias a que el ser humano, creado a imagen y semejanza de Dios, obtiene reconocimiento como persona.⁴¹

III. Punitivismo

Ahora bien, mientras que para el garantismo no hay castigo sin ley y por eso *alguien debe ser castigado exclusivamente porque violó la ley*, para el punitivismo, en cambio, la cuestión es eliminar la impunidad cueste lo que cueste y por lo tanto *alguien violó la ley porque debe ser castigado*. A esto es a lo que FERRAJOLI se refiere con “derecho penal máximo”, cuya certeza reside “en que ningún culpable resulte impune”.⁴²

La lucha contra la impunidad a cualquier precio es una aspiración que acompaña a la humanidad desde sus inicios. Las razones originarias son evolutivas. Desde un punto de vista evolutivo, la venganza es la represalia que o bien destruye al enemigo o bien promueve la disuasión en relación al enemigo y a terceras personas. Después de todo, si uno no devuelve el daño puede dar una señal de debilidad y exponerse a daños futuros, no solamente del agresor originario sino de terceros. Esto es lo que suele pasar si no existe una autoridad que brinde protección, es decir, es un escenario frecuente en los sistemas anárquicos —literalmente hablando— característicos de las sociedades de cazadores-recolectores y en situaciones en las que si bien existe una autoridad centralizada, esta no interviene.⁴³ Sin embargo, como vamos a ver más en detalle a continuación, es evidente que el punitivismo ha sobrevivido a sus orígenes evolutivos ya que no pocas veces se ha transformado en política de Estado.

Un claro ejemplo de la concepción punitivista es el del derecho romano imperial que preveía casos de *crimina extraordinaria*,⁴⁴ los cuales por definición no estaban sujetos a una ley previa ya que precisamente eran extraordinarios y eran punibles *ad exemplum legis*, para hacer un ejemplo de quienes violaran la ley. En este mismo sentido, NAUDÉ, creador a mediados del siglo XVII de la expresión “golpe de Estado”, defiende la tesis según la cual cuando alguien se vuelve “peligroso para el soberano”, se puede prescindir “de todas las formalidades de una justicia reglamentada,

⁴¹ Cfr., por ej., SUPIOT, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la Función Antropológica del Derecho* (trad. Silvio MATTONI), Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 59.

⁴² FERRAJOLI, *supra* nota 12, p. 106.

⁴³ Cfr., por ej., GAT, *War in Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 92-93.

⁴⁴ Cfr. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899, pp. 193-195.

previando que sea culpable”.⁴⁵ Como se puede apreciar, las formalidades están exclusivamente al servicio de castigar a quien sabemos que es culpable con anterioridad a la aplicación del discurso normativo. El eslogan punitivista entonces es “*nullum crimen sine poena*” o, como dice Nick Pulovski, el personaje de Clint Eastwood en la película “The Rookie”, “si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora”.

Ciertamente, el punitivismo a su modo podría invocar un principio de legalidad, si por ejemplo la ley misma estipulara que lo único que cuenta es la lucha contra la impunidad. La legalidad en cuestión, en el fondo, es de tipo moral, de tal forma que el procedimiento penal asume que hay delitos que son legalmente *mala in se*; no hace por lo tanto una diferencia práctica en sentido estricto, sino que es la continuación de la ética por otros medios, y le exige a los jueces que se aseguren de que ningún malvado quede impune. Esta parece ser una buena descripción del parecer del tribunal israelí que condenó a Eichmann.⁴⁶

De ahí que retomando la terminología de RAWLS, a sabiendas de que, como hemos visto, los juicios penales constituyen instancias de justicia procedimental imperfecta ya que el solo cumplimiento de las reglas no nos asegura un resultado moralmente aceptable,⁴⁷ el punitivismo se preocupa con mucho esmero por corregir dichas imperfecciones morales, lo cual supone que el punitivismo sabe quién es culpable con independencia del procedimiento penal y por lo tanto podemos hablar de un “debido proceso” pura y exclusivamente si el acusado fue hallado culpable. El principio de inocencia y el consiguiente principio de legalidad penal, la aplicación de la ley más benigna, etc., son absolutamente innecesarios e incluso contraproducentes cuando podemos hacer justicia con tal solo mirar la cara moral del cliente. Para volver a parafrasear a HOBBS, *veritas, non auctoritas, facit crimen*.

Hay un cuento de DOLINA que ilustra diáfanoamente la subordinación punitivista del discurso normativo a las condiciones morales de las personas. Se trata de “Apuntes del Fútbol en Flores”, uno de cuyos párrafos vale la pena citar en su totalidad:

“El colorado De Felipe era referí. Contra la opinión general que lo acreditó como un bombero de cartel, quienes lo conocieron bien juran que nunca hubo un árbitro más justo. Tal vez

⁴⁵ NAUDÉ, *Considérations politiques sur les coups d'etat*, París, 1667, p. 191.

⁴⁶ Cfr. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, ed. rev., New York, Penguin, 1992, p. 254.

⁴⁷ Cfr. RAWLS, *supra* nota 15, p. 74.

era demasiado justo. De Felipe no solo evaluaba las jugadas para ver si sancionaba alguna inacción: sopesaba también las condiciones morales de los jugadores involucrados, sus historias personales, sus merecimientos deportivos y espirituales. Recién entonces decidía. Y siempre procuraría favorecer a los buenos y castigar a los canallas. Jamás iba a cobrarle un penal a un defensor decente y honrado, ni aunque el hombre tomara la pelota con las dos manos. En cambio, los jugadores pérfidos, holgazanes o alcahuetes eran penados a cada intervención. Creía que su silbato no estaba al servicio del reglamento, sino para hacer cumplir los propósitos nobles del universo. Aspiraba a un mundo mejor, donde los pibes melancólicos y soñadores salen campeones y los cancheros y los compadrones se van al descenso”.⁴⁸

Como se puede apreciar, la intención es la de satisfacer “los propósitos más nobles del universo” para consagrar un derecho penal de autor, como si los jueces penales fueran protagonistas de una película de Quentin Tarantino, como “Django sin Cadenas” o “Bastardos sin Gloria”, cuyo único propósito es infligir un castigo a los malvados sin que importe a qué precio, a tal punto que por momentos no es fácil en absoluto distinguir entre la justicia por mano propia y algunas decisiones judiciales. Nótese entonces que aquello que para un liberal como HART podría ser aceptado en caso de una genuina excepción, tal como lo fue en Núremberg el establecimiento de un tribunal de vencedores luego de una guerra mundial como consecuencia de un genocidio, para el punitivismo es otro día en la oficina, es decir, constituye la regla que debe guiar diariamente la puesta en marcha del aparato punitivo del Estado de Derecho.

Hablando de Núremberg, SCHMITT empezó a desconfiar del formalismo penal luego de haberse afiliado al partido nazi. En efecto, SCHMITT denunciaba el típico eslogan del derecho penal liberal “*nullum crimen sin lege*” y abogaba por el contrario por “el principio justo ‘*nullum crimen sine poena*’”, es decir, por un principio que, en lugar de atenerse a formalismos con sus correspondientes garantías, se concentra exclusivamente en aplicar un principio de justicia material para evitar que un culpable se quede sin castigo.

Nótese que SCHMITT, a su vez, no creía estar apartándose de la idea misma del Estado de Derecho, sino que oponía al Estado de Derecho liberal y su apego veterotestamentario a la letra de la ley,⁴⁹ el verdadero “Estado de Derecho” inspirado en valores de justicia, a saber “el Estado de

⁴⁸ DOLINA, *Crónicas del Ángel Gris*, Buenos Aires, Colihue, 2003, p. 255.

⁴⁹ Sobre SCHMITT y su crítica al Estado de Derecho “judío” cfr. GROSS, *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*, 2.ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, 2005, pp. 60-119.

Derecho alemán de Adolf Hitler”.⁵⁰ El así llamado “Estado de Derecho de Hitler” se ve claramente reflejado en el artículo 2 del Código Penal Alemán de 1935, el cual le otorgaba al juez el poder de castigar como delito “todo hecho que, aun no previsto por la ley, fuera considerado por él como punible ‘según el sano sentimiento del pueblo’”, todo en aras de impedir que algún delincuente quede impune.⁵¹ En este caso, la propia ley positiva adhiere abiertamente al punitivismo.

En Italia, en la misma época, se puede advertir una preocupación semejante. MAGGIORE, en un trabajo cuyo título es bastante revelador —“Diritto penale totalitario nello Stato totalitario” (1939)— no se queda atrás en su caracterización del derecho penal liberal. En efecto, explica MAGGIORE, “[p]ara los regímenes democrático-liberales, ‘certeza del derecho’ es la seguridad del delincuente de poder actuar tranquilo e impune hasta que no hay una ley que diga ‘alto’ a su libertad”. En cambio, para “los regímenes totalitarios” (*sic*), “‘certeza del derecho’ es la seguridad de la sociedad política de no ver anuladas las conquistas de la revolución y de no ver cometer al bribón toda suerte de bellaquerías a la sombra de la ley y casi en los márgenes del código penal”. La idea entonces es lograr “el sepultamiento de la vieja fórmula individualista del *nullum crimen sine lege* para el triunfo del nuevo principio *nullum crimen sine poena*. Lo que importa en los nuevos regímenes revolucionarios, en los que la sustancia de la moralidad vale más que la apariencia de la legalidad, es que ningún hecho juzgado criminal por la conciencia pública encuentre un

⁵⁰ SCHMITT, *supra* nota 16, pp. 115, 116-117. Para ser completamente justos con SCHMITT habría que recordar que en su *Doctrina de la Constitución*, escrita en 1928 (es decir, cinco años antes de que se afiliara al partido nazi), él enseña en el capítulo 13 sobre “El concepto de ley del Estado de Derecho” que “el antiguo principio del Estado de Derecho *nulla poena sine lege* presupone una norma general y se transmutaría en lo contrario de una protección del Estado de Derecho si, mediante una resolución mayoritaria del cuerpo legislativo en la forma de una ley, el señor X pudiera ser condenado a muerte o enviado a prisión ‘por ley’. La tipicidad de una acción hoy vale en general como presupuesto de una pena; el concepto de tipo puede ser hecho asimismo el concepto básico de un sistema penal, como ha sucedido gracias a Beling en la *Doctrina del Delito* (1906)” (SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1928, p. 156). Por otro lado, en el capítulo 14, dedicado a los “derechos fundamentales”, Schmitt enseña que, debido a “determinadas experiencias históricas y políticas”, algunas “garantías especiales” han sido incorporadas a la Constitución para proteger a los habitantes contra el abuso de las competencias legislativas, como por ejemplo “la prohibición de la fuerza retroactiva de leyes penales y de leyes *ex-post-facto*”; Art. 116 RV [Constitución del Reich]: ‘Una acción entonces solo puede ser gravada con una pena si la punibilidad fue legalmente determinada antes de que la acción fuera cometida’” (p. 180).

⁵¹ Nota de CALAMANDREI a BECCARIA, *supra* nota 22, p. 285.

complaciente derecho de asilo en el llamado prestigio de la ley... Así, el derecho penal se convierte en realmente totalitario”.⁵²

Huelga decir que en la Unión Soviética las garantías penales tampoco figuraban precisamente en el tope de las prioridades. En realidad, todo aquel que se opusiera a la revolución quedaba *ipso facto* desprovisto de todo derecho. En todo caso, “el derecho no era más que la voluntad sin límites del partido, es decir, de los dirigentes del partido, y la ausencia de derechos era el estado en que, conforme a derecho, quedaban todos los enemigos de dicha voluntad”.⁵³

Que el nazismo, el totalitarismo o el comunismo para el caso se hayan apartado del “*nullum crimen sine lege*” liberal para sentirse interpelados en cambio por el eslogan “*nullum crimen sine poena*” no es precisamente sorprendente. En realidad, tal como hemos visto más arriba (v. texto a la altura de las notas 28-31), hasta los liberales como HART y NINO están dispuestos a hacer una excepción en situaciones no menos excepcionales como las de Nuremberg para combatir al punitivismo con medidas punitivistas.⁵⁴

Lo que tal vez sí llame la atención hoy en día es el hecho de que el discurso republicano *clásico* no haya sido completamente ajeno a esta forma de entender el derecho penal sino que, antes bien, parece ser la fuente de la cual abreva el punitivismo en su conjunto.⁵⁵ Quizás sea útil entonces remontarnos a dicha fuente. Por supuesto, el punto no es endilgarle al republicanismo clásico las atrocidades cometidas por el punitivismo contemporáneo, después de todo la ciencia penal era desconocida antes del siglo XVIII, sino tratar de entender mejor al punitivismo *tout court*.

Antes de seguir adelante convendría enfatizar que el republicanismo *moderno* en materia penal no es sino una variación del tema liberal. En efecto, a la luz del resurgimiento actual de la filosofía

⁵² Cit. en FERRAJOLI, *supra* nota 12, p. 116.

⁵³ NOLTE, *La guerra civil europea, 1917-1945. Nacionalsocialismo y bolchevismo* (trad. Sergio MONTALVO CASTAÑEDA, Julio COLÓN GÓMEZ y Adriana SANTOVEÑA RODRIGUEZ, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 401.

⁵⁴ Sin embargo se podría argumentar que NINO de hecho adopta lo que podríamos denominar como “garantismo hipotético” en la medida en que sostiene que los crímenes nazis “debieron haber sido juzgados de acuerdo con las claras reglas del Código Penal sancionado en 1871 (en el caso de Alemania) que estaba en vigencia antes de haber sido modificado por el régimen totalitario que legitimó las violaciones de derechos humanos” (NINO, *supra* nota 33, p. 257).

⁵⁵ Si podemos incurrir otra vez en el género de la publicidad no convencional, acerca del republicanismo clásico al lector tal vez le interese consultar ROSLER, *Razones Públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016.

política republicana, excavada por SKINNER y sistematizada por PETTIT, hoy en día está cobrando fuerza la idea de un derecho penal republicano. Sin embargo, parece haber un malentendido al respecto. En efecto, PETTIT suscribe indudablemente la noción republicana de libertad como no dominación y la creencia no menos republicana según la cual la libertad es un status jurídico de las personas, esto es, somos libres si somos *sui iuris* y de ahí que para el republicanismo la libertad y la ley no son sino dos caras de la misma moneda. Es por eso que CICERÓN, por ejemplo, sostiene que “[s]omos todos esclavos de las leyes para poder ser libres” (*Pro Cluentio*, 146).

Sin embargo, en lo que atañe a su teoría del derecho penal, la posición de PETTIT está mucho más cerca del liberalismo que del republicanismo, ya que según PETTIT, por ejemplo, “los agentes del derecho penal representan fuerzas potenciales de dominación que son difíciles de mantener a raya incluso para el régimen republicano más conciencizado”, a tal punto que “la policía moderna representa el tipo prominente de amenaza a los valores republicanos que el ejército permanente representaba para los republicanos tradicionales”, y de ahí el principio de “parsimonia” o “frugalidad” penal que defiende PETTIT.⁵⁶ Por lo tanto, podemos decir que al menos en lo que atañe al derecho penal, el republicanismo moderno no es sino una forma de liberalismo bajo otro nombre.⁵⁷

En cambio, el republicanismo penal clásico, o de paladar negro, es completamente diferente al republicanismo liberal. Veamos por qué. CICERÓN, quizás el portaestandarte del discurso clásico republicano, en su obra *Sobre las leyes*, haciendo referencia al relato fundador del republicanismo, sostiene que “si reinando Lucio Tarquino no había ley alguna escrita sobre la violación, no por eso Sexto Tarquino ha dejado de quebrantar la ley eterna violando a Lucrecia, ..., porque existía una razón jurídica para actuar [*Erat enim ratio*], ... que no empezó a ser ley precisamente cuando fue escrita, sino que lo era desde su origen, y su origen es el mismo que el de la mente divina”.⁵⁸

⁵⁶ PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 154-155.

⁵⁷ La impronta liberal del republicanismo penal de PETTIT se percibe además en la cantidad de veces que cita a MONTESQUIEU, de modo aprobatorio, para ilustrar su teoría del derecho penal. Cfr. *supra* nota 56, pp. 153-157.

⁵⁸ CICERÓN, *Sobre la república. Sobre las leyes* (ed. José GUILLEN), Madrid, Tecnos, 1986, pp. 180-181, traducción modificada. Cfr. MACLEAN, *Interpretation and meaning in the Renaissance. The case of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 164. STRATENWERTH parece oponerse a mi caracterización de CICERÓN ya que para él el principio “*nullum crimen nulla pena sine lege*”, “se encuentra por

Como se puede apreciar, se trata de un razonamiento típicamente moral que supone la existencia de una ontología del delito anterior a la ley positiva y por lo tanto se dirige inmediatamente a los agentes en general. Cualquier persona razonable debería estar de acuerdo sobre el disvalor de la acción, a tal punto que no hace falta que exista una regla positiva respecto del delito y de la pena apropiada. Lo único que cuenta entonces es que la conducta moralmente atroz no quede impune.

Por otra parte, las *Catilinarias* muestran que para CÍCERÓN en algunos casos el tratamiento de quienes eran objeto de castigo o de pena en general podía oscilar entre el status de criminal y el de enemigo. Hay varios pasajes al respecto pero por razones de espacio voy a elegir uno solo que ojalá sea representativo: “¿[a]caso tolerarás que quien descubriste era un *enemigo*, que quien ves será jefe de una *guerra*, y sabes es esperado como general en los campamentos enemigos, *el autor del crimen*, cabecilla de la *conjuración*, al reclutador de esclavos y ciudadanos perdidos, consentirás que él se vaya y así parezca no que lo has echado de la ciudad sino que lo enviaste contra ella?”.⁵⁹

Catilina, entonces, es un ciudadano convertido en enemigo, un criminal que pierde sus derechos: “nunca en esta ciudad quienes hicieron defección de la república conservaron el derecho de ciudadanos”.⁶⁰ En efecto, “quien es enemigo de la república no puede ser ciudadano”.⁶¹ Como se puede apreciar se trata de una caracterización que subyace a lo que la jerga contemporánea hace rato que designa como “derecho penal del enemigo”.

primera vez en CÍCERÓN (*In Verrem*, II, 42), quien sostiene que un comportamiento pasado, que no hubiese sido por sí mismo, ni legalmente, delictual y reprochable no puede merecer ninguna consecuencia jurídica negativa”. Sin embargo, STRATENWERTH agrega que “[d]e acuerdo con ello, resulta admisible sancionar con posterioridad un comportamiento prohibido por la ética social, pero no establecer por medio de una sanción ulterior la prohibición de un comportamiento que no tenía ese carácter. Esto constituiría una *prohibición retroactiva* con respecto a la norma de conducta, pero no con respecto a la consecuencia penal”. Luego STRATENWERTH agrega que “[e]l iluminismo entendió como insoportable que el poder estatal pudiera penar acciones que en el momento de su ejecución eran impunes, aunque el comportamiento en cuestión estuviese prohibido por los usos y costumbres”, v. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I* (trad. Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982, pp. 28, 29). Esto último es lo que hoy se entiende por “*nullum crimen sine lege*” y es precisamente defendido por lo que algunos llaman “republicanismo” penal que en realidad, como vimos, no es sino el liberalismo bajo otro nombre.

⁵⁹ CÍCERÓN, *Catilinarias*, edición bilingüe de Nicolás GELORMINI, Buenos Aires, Losada, 2006, pp. 47-49, traducción ligeramente modificada, énfasis agregado.

⁶⁰ CÍCERÓN, *supra* nota 59, p. 49.

⁶¹ CÍCERÓN, *supra* nota 59, p. 131.

En CICERÓN asimismo se puede advertir una cierta tendencia del republicanismo hacia la sinécdoque, a saber la confusión de Roma con la humanidad y a que, por lo tanto, los enemigos de Roma sean considerados como los enemigos de la humanidad, por no decir seres subhumanos. De hecho, en las *Filípicas* se pregunta CICERÓN: “¿podría yo considerar cónsul, ciudadano romano, hombre libre, en fin, ser humano, a quien aquel detestable y odioso día mostró qué estaba dispuesto a soportar en vida de César y qué ansiaba conseguir él mismo tras la muerte de aquél?”, en referencia a Marco Antonio, quien en aquella oportunidad intentara “ceñir la cabeza de su colega con la diadema de la realeza”.⁶²

Marco Antonio, de hecho, era considerado por CICERÓN como un enemigo muy especial, ya que era “un enemigo con el que no se puede llegar a firmar una paz bajo ciertas condiciones”. En efecto, según CICERÓN, Marco Antonio era alguien que ni siquiera era “un criminal y un sacrilego, pero, en definitiva, un hombre”, sino “una alimaña monstruosa, cruel y horrenda, con la que hay que acabar, puesto que ha caído en la trampa”.⁶³ Y es precisamente en sus *Filípicas* que CICERÓN sostiene que “en mi opinión, habría que expulsar a gente como esta de entre el número de los seres humanos y arrojarla fuera de los límites de la naturaleza humana”.⁶⁴ Dicho sea de paso, convendría recordar que en su libro sobre los deberes CICERÓN acuña una expresión que iba a terminar siendo muy popular con el paso del tiempo: “un pirata no está considerado en el número de los enemigos de guerra, sino que es un enemigo común de todo el mundo”.⁶⁵

No parece ser entonces casual que el punitivismo iusnaturalista republicano haya aflorado asimismo en el discurso revolucionario francés.⁶⁶ En efecto, tal como explica SOREL, en la ley “del 22 de pradial”, los republicanos franceses contentaron “con definiciones un tanto difusas del crimen político, con el fin de no dejar escapatoria a ningún enemigo de la Revolución”, ya que en dicha ley consta que “[l]a prueba necesaria para condenar a los enemigos del pueblo es cualquier

⁶² CICERÓN, *Discursos contra Marco Antonio o Filípicas* (ed. José Carlos MARTÍN), Madrid, Cátedra, 2001, p. 316.

⁶³ CICERÓN, *supra* nota 62, p. 350.

⁶⁴ CICERÓN, *supra* nota 62, p. 592.

⁶⁵ CICERÓN, *Sobre los deberes* (trad. José GUILLÉN CABAÑERO), Madrid, Tecnos, 1989, p. 184.

⁶⁶ Convendría en este punto recordar algunas de las claras diferencias que existen entre el iusnaturalismo republicano y el iusnaturalismo (neo-)tomista de FINNIS en lo que atañe al derecho penal. Según FINNIS, principios tales como *nulla pena sine lege* y la irretroactividad de la ley penal son parte constitutiva de todo discurso penal razonable. Cfr., por ej, FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 261-262, 282-283, 284. Le agradezco mucho a Santiago Legarre por haberme indicado la necesidad de hacer notar la diferencia.

clase de documento, ya sea material, moral, verbal o escrito, que de modo natural puede lograr el asentimiento de toda persona justa y razonable. La regla de los juicios es la conciencia de los jurados iluminados por el amor a la patria; su objetivo es el triunfo de la República y la derrota de sus enemigos”.⁶⁷

Además, a raíz de la ocupación francesa y de la instauración de la república, la nueva “Junta criminal” en la Bolonia jacobina promulga el 25 de junio de 1796, un decreto en el cual, “junto a afirmaciones solemnes acerca de la prevención, el garantismo y el valor redentor de la pena —de grandiosa impronta iluminista—, se declara la máxima inflexibilidad con los ‘monstruos’ que osan atentar contra la Patria (deben ser ‘exterminados’) y se afirma que en el nuevo orden la delación ya no es un acto infamante, como podía considerársela en el antiguo régimen, sino una virtud cívica”. Fue entonces que “comenzó un itinerario que lleva no solo hacia los totalitarismos modernos (tanto los comunistas como los fascistas y nazis) sino también hacia todos los posibles desvíos, indagaciones e inquisiciones en sentido macartista en los estados democráticos y de derecho, hasta nuestros días”.⁶⁸

A la luz de estas consideraciones no puede llamar la atención en absoluto que PASTOR haya percibido cierta “soberbia moral” por parte del (neo-)punitivismo del “iushumanismo” penal.⁶⁹ En efecto, se trata de una tendencia que se ha constatado muchas veces a lo largo de la historia y que caracteriza a los discursos que giran alrededor de nociones tan moralmente sazonadas como la de “humanidad”. De hecho, es más que comprensible que quien crea que actúa en nombre de la humanidad se sienta infalible.⁷⁰

⁶⁷ SOREL, *Reflexiones sobre la violencia* (trad. F. TRAPERO), Madrid, Alianza, 1976, p. 161.

⁶⁸ PRODI, *supra* nota 35, pp. 411-412.

⁶⁹ Cfr. PASTOR, “La deriva neopunitivista de activistas y organismos como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en PASTOR, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 399.

⁷⁰ AVINERI habla precisamente de la paradoja de la perfección en referencia a una típica obra humanista como la *Utopía* de MORO: “[s]i uno empieza con la presunción de que un cierto grupo es perfecto porque no comete crimen o pecado alguno, el círculo tiende a cerrarse muy rápidamente diciendo que no comete pecado porque es perfecto” (“War and Slavery in More’s Utopia”, en *International Review of Social History*, N° 7, 1962, p. 289, cit. en BARTELSON, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 271, n. 178). Sobre los avatares del humanismo republicano cfr. asimismo, por ej., ROSLER, *supra* nota 55, pp. 240-248.

A esta altura tal vez convenga aclarar que SCHMITT ciertamente fue demasiado lejos en su paráfrasis de Proudhon: "[e]l que dice humanidad, quiere engañar".⁷¹ Después de todo, a menos que se demuestre la conexión conceptual o necesaria entre el uso de X y la naturaleza de X, la relación es contingente y en última instancia depende del sujeto que emplea o invoca a X. La responsabilidad es de dicho sujeto, no de X. En efecto, un martillo puede ser empleado en aras de la carpintería o para hundirle el cráneo a alguien. Qué se hace con el martillo depende en última instancia de quién y cómo lo utiliza. Por si el martillo suena demasiado instrumental para nuestros fines, pensemos en la moral. Muchos podemos escudarnos en ella para racionalizar nuestras acciones de tal forma que nuestros propósitos inmorales queden encubiertos tras la hipocresía. Pero, seguramente, no por eso alguien propondría que nos deshiciéramos de la moral,⁷² lo cual equivaldría a arrojar el bebé con el agua sucia, como se suele decir gráficamente en inglés.

Sin embargo, dado que es un hecho indudable que no pocas veces en nombre de la humanidad se han cometido las más atroces inhumanidades, todos debemos ser muy cuidadosos al emplear discursos moralmente sazonados como el de los derechos humanos y precisamente la consagración de garantías penales es la mejor medida que podemos tomar para mantenernos alerta.

⁷¹ SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1963, p. 55. Para usar la terminología de KOSELLECK, "humanidad" es un contraconcepto asimétrico, es decir un concepto binario que pretende tener alcance universal pero cuya oposición es desigualmente contraria o impide el reconocimiento mutuo (cfr. KOSELLECK, *Vergangene Zukunft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, p. 213). GEUSS dice algo bastante parecido a lo que sostiene SCHMITT: "la frase 'derechos humanos' es usada generalmente en el contexto de la política internacional, y refiere en primera instancia no a la fuente o fundamentos de validez del pretendido derecho en cuestión ('naturaleza') sino al dominio de su aplicación ('a todos los seres humanos'). Hoy en día es invocada cuando deseamos intervenir en los asuntos internos de otro país cuyo régimen o políticas desaprobamos" (GEUSS, *History and Illusion in Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 140). Dicho sea de paso, cuenta la leyenda que hace unos treinta años, apenas restaurada la democracia, en sus clases de filosofía política en Filosofía y Letras de la UBA, NINO enseñaba derechos humanos ante un incrédulo auditorio compuesto mayormente por estudiantes fieles a la idea de MARX en *La Cuestión Judía*: "[n]inguno de los así llamados derechos humanos va, ..., más allá del hombre egoísta, del hombre tal y como es miembro de la sociedad burguesa, es decir, del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en su arbitrariedad privada, y separado de la comunidad". Cfr. MARX, *La Cuestión Judía* (ed. Reyes MATE), Barcelona, Anthropos, 2009, p. 150. Los tiempos han cambiado tanto que no solo algunos estudiantes creen que el pensamiento de MARX ha sido descuidado en el plan de estudio de la carrera de Filosofía en la UBA, sino que hoy parece ser impensable que en otro tiempo el pensamiento de izquierda haya estado en contra de los derechos humanos.

⁷² Cfr. al respecto ROSLER, "Derechos humanos: ¿moral o política?", en CAPALDO/SIECKMANN/CLÉRICO (comps.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 615-629.

Ya que hemos estado hablando de Roma, debemos ser conscientes de que el derecho penal republicano clásico nos ha legado uno de los tópicos que hoy ocupa el centro de la discusión jurídico-política. En efecto, a finales de su penúltimo siglo de vida (103 a.C.), la república romana sancionó la *lex Appuleia*, la cual criminalizó “la disminución de la majestad del pueblo romano”. Este crimen era conocido en su forma abreviada como *maiestas* (“majestad”). La prohibición del crimen republicano de “majestad” recibió una calurosa bienvenida durante el Imperio romano y las monarquías europeas medievales (convertido ya en el “crimen de lesa majestad”), por no decir nada del régimen revolucionario francés en su lucha contra la monarquía, durante el cual el crimen se transformó por primera vez en un delito de “lesa humanidad” y se sentaron las bases del discurso jurídico-penal contemporáneo.

En efecto, la situación legal del rey representaba un serio desafío para los diputados de la Convención Nacional que lo habían llevado a juicio. Desde septiembre de 1791, Luis XVI gozaba de inviolabilidad constitucional; de ahí que el grave problema fuera cómo castigar a Luis en una forma legalmente aceptable. La defensa del rey, después de todo, alegaba ante la Convención que el rey en el fondo, bien en el fondo tal vez, era un ser humano y que por lo tanto tenía derecho a una defensa legal. SAINT-JUST, en cambio, creía que “el rey debe ser juzgado como enemigo, ... nosotros tenemos menos que juzgarlo que combatirlo”.⁷³

El resquicio jurídico al que apelaron algunos diputados fue que si bien constitucionalmente el rey no podía ser objeto de una persecución penal, la constitución no era el único derecho al cual el rey estaba sometido. En efecto, existía un derecho compartido por todos los pueblos de todas las épocas, dictado por la naturaleza misma. Se trataba del “derecho de gentes” o derecho internacional natural, al cual se refirió el propio SAINT-JUST en su acusación contra el rey.⁷⁴ De ahí que Luis XVI quizás sea el primer “criminal en contra de la humanidad”.

Una segunda cuestión que se planteó en el juicio era la naturaleza jurídica de las acciones cometidas por el rey. Debido a que el rey había violado la ley natural y se había convertido de ese modo en un enemigo, algunos diputados como Saint-Just y Robespierre argumentaron que no tenía sentido continuar con el juicio y que Luis debía ser simplemente muerto del mismo modo

⁷³ Cit. en KOSELLECK, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973, p. 217, n. 72.

⁷⁴ Cfr. EDELSTEIN, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 2009, p. 18.

que se mata en una guerra a un enemigo.⁷⁵ Los juicios o los tribunales, o si se quiere el debido proceso, solo correspondían a los súbditos y ciudadanos. Como se puede apreciar, el estatus de Luis XVI oscilaba entre el de un criminal de lesa humanidad y el de un enemigo del género humano. SAINT-JUST de hecho tenía razón al sostener que “para mí, yo no veo un punto intermedio: este hombre debe reinar o morir”,⁷⁶ ya que si Luis era sometido a juicio existía la — por otro lado bastante remota— posibilidad de que fuera declarado inocente y en tal caso los culpables eran los revolucionarios. Sin embargo, una revolución no puede ser sometida a juicio. Al menos SAINT-JUST tenía las cosas bastante claras, algo que hoy en día no sucede muy frecuentemente.

Finalmente, emergió asimismo la cuestión de la sinécdoque. En efecto, si bien la Convención finalmente no condenó a Luis XVI por ser un criminal o enemigo de la humanidad, no pocos, como SAINT-JUST, creían que el rey no solo era un enemigo del pueblo, en este caso francés, sino asimismo un enemigo del género humano. Sin embargo, dado que el juicio duró dos meses al menos, esto les permitió a los jacobinos refinar su persecución iusnaturalista. La categoría legal que comenzaron a emplear algunos diputados en relación con este delincuente extraordinario que era el rey fue la de *hors-la-loi*, fuera de la ley o “outlaw”, una noción frecuente en el derecho anglosajón pero que había sido ajena al derecho francés.

En un comienzo se empleó la expresión *hors-la-loi* solamente para designar la inviolabilidad constitucional del rey ya que la cláusula de inviolabilidad era “una ley que lo declara fuera de la ley”, tal como alegó un diputado.⁷⁷ Luego, sin embargo, el hecho de que el rey estuviera fuera de la ley, en lugar de jugar a su favor comenzó a gravitar dramáticamente en su contra cuando la categoría se extendió para designar en general a cualquiera que estuviera en contra del gobierno nacional revolucionario. Otra vez, el enemigo de la república era el mismo que violaba el derecho natural pero además era, por eso mismo, un enemigo de la humanidad. De este modo, los

⁷⁵ Habría que tener en cuenta además que si bien los Montagnards abogaban por la imposición de la pena de muerte en el caso del enemigo de la humanidad, estaban en contra de la imposición de la pena de muerte para el ejercicio ordinario de la jurisdicción. Cfr. EDELSTEIN, *supra* nota 74, p. 18.

⁷⁶ SAINT-JUST, “Discours sur le jugement de Louis XVI”, en *Oeuvres Complètes* (eds. Anne KUPIEC y Miguel ABENSOUR), París, Gallimard, 2004, p. 479.

⁷⁷ THIRION, cit. en EDELSTEIN, *supra* nota 74, p. 19, n. 57.

derechos naturales o humanos terminaron justificando la negación de toda protección legal a algunos seres humanos al menos.⁷⁸

Ahora bien, dado el parecido estructural entre el delito de lesa humanidad de hoy y el de lesa majestad de ayer —como se puede apreciar en la estructura conceptual de la expresión, la majestad de la humanidad ocupa hoy en día el lugar que perteneciera al pueblo y a la monarquía—⁷⁹ tal vez no sea casual que en la aplicación del nuevo derecho penal iushumanista en relación con el terrorismo —el cual viene a ocupar de hecho el mismo espacio conceptual que el delito político de ayer—⁸⁰ haya retornado no solamente el adagio romano “*nullum crimen sine poena*” sino, además, algunas de las cuestiones que acompañan al derecho penal republicano desde sus orígenes y que han emergido asimismo por ejemplo, tal como hemos visto, durante el juicio de Luis XVI: dudas en relación con el derecho aplicable (derecho natural o derecho positivo, por ejemplo en relación con el *ius cogens*), oscilación del acto jurídico entre criminal y enemigo, y la sinécdoque de considerar a un criminal o a un enemigo como de toda la humanidad y no solamente de un régimen jurídico particular.

Da la impresión entonces de que la atrocidad moral de los delitos de lesa humanidad explica al menos en parte por qué ahora el derecho penal puede ser finalmente utilizado sin la aprehensión de otrora. Estamos castigando conductas cuya atrocidad es tal que el garantismo (*nullum crimen sine lege*) —y con este varios derechos que solían ser considerados como humanos— pasa a segundo plano y el punitivismo (*nullum crimen sine poena*) impera sin mayores remordimientos de conciencia. Lo poco que sobrevive del discurso garantista liberal se puede apreciar solamente en el caso de los así llamados delitos comunes —si tenemos suerte—.

A su vez, esta sincronización entre el garantismo y los derechos comunes, por un lado, y el punitivismo y los delitos de lesa humanidad (con la consiguiente liberación del aparato punitivo del Estado en este segundo caso), por el otro, supone que mientras que la explicación de los primeros delitos es socio-económica y en todo caso cultural, la de los segundos se debe exclusivamente al mal radical o a una explicación cuasi-teológica.

⁷⁸ Cfr. EDELSTEIN, *supra* nota 74, p. 20. Tal como nos lo recuerda MILTON en *El Paraíso Perdido*, IX.494. V. MILTON, *Paradise Lost* (ed. Scott ELLEDGE), 2.ª ed., New York, Norton, 1993, p. 211. El primer “enemigo de la humanidad” fue Satán, cuyo nombre significa, literalmente “adversario”.

⁷⁹ Cfr. MANENT, *A World beyond Politics. A Defense of the Nation-State* (trad. Marc LEPAIN), Chicago, Chicago University Press, 2006, p. 214.

⁸⁰ Cfr. ROSLER, *supra* nota 28.

Sin embargo, habría que preguntarse por qué los delitos de lesa humanidad no pueden ser explicados del mismo modo que los delitos comunes, es decir en términos socio-económicos y culturales. Después de todo, NINO, por ejemplo, explica el mal radical en términos culturales: “[d]etrás del fenómeno del mal radical yacen insidiosos patrones culturales que deben ser enfrentados si tal fenómeno quiere ser prevenido”,⁸¹ lo cual acerca considerablemente los delitos de lesa humanidad a los delitos comunes.

Por lo demás, hablar de las raíces culturales del mal radical o absoluto es una contradicción en sus términos. En efecto, ante un acto que es tan penalmente reprochable como un crimen de lesa humanidad y por lo tanto digno de castigo, no tiene mayor sentido decir, v.g., “el genocidio es un crimen atroz e imperdonable, *pero* debe ser entendido en contexto”. ¿Qué es entonces lo que se supone que agrega el “pero” en cuestión? Es obvio que toda acción, qué decir las criminales, deben ser puestas en contexto ya que es absurdo —o perverso— condenar (o absolver para el caso) una acción sin haberla comprendido.

Ahora bien, lo que suele aparecer luego del “pero” es la referencia a la desigualdad social y económica, la exclusión, patrones culturales, etc., de quienes cometieron el acto. Sin embargo, la explicación que suele seguir al “pero”, como toda genuina explicación en el fondo, atenúa —si no es que exonera de— la responsabilidad de los agentes.⁸² Si no hubieran sido víctimas de desigualdad y exclusión, o si hubieran seguido otras pautas culturales, los implicados jamás habrían

⁸¹ NINO, *supra* nota 33, p. 234. FISKE y RAI llegan al extremo de sostener que la violencia humana en general se inspira en un principio de justificación moral o en todo caso cultural: “[l]a violencia a menudo es considerada como la antítesis de la sociabilidad —la gente piensa que la violencia es la expresión de nuestra naturaleza animal, que irrumpe cuando las normas culturales ilustradas colapsan—. La violencia también es considerada como la esencial del mal: es el prototipo de inmoralidad. Pero un examen de los actos y prácticas a través de las culturas y a lo largo de la historia muestra justamente lo opuesto. Cuando la gente hiere o mata a alguien, usualmente lo hace porque siente que debe hacerlo: siente que es moralmente correcto o incluso obligatorio ser violento. Además, los motivos para la violencia generalmente surgen a partir de una relación entre el perpetrador y la víctima, o de sus relaciones con terceras personas. El perpetrador es violento para corregir la relación —para hacer que la relación sea lo que deba ser de acuerdo con sus implementaciones culturales de principios morales de relación universales—. Esto es, la mayor parte de la violencia está motivada moralmente” (FISKE/RAI, *Virtuous Violence: Hurting and Killing to Create, Sustain, End, and Honor Social Relationships*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. xxi). Si FISKE y RAI tienen razón, no tiene sentido prestarle atención al análisis cultural solamente en casos de violencia delictiva común y prestarle atención al razonamiento moral solamente en casos de delitos de lesa humanidad. De otro modo, estaríamos aplicando un garantismo (o un punitivismo para el caso) selectivo.

⁸² Cfr. KANT, *Metafísica de las costumbres* (trad. Adela CORTINA), Madrid, Tecnos, 1989, p. 153. Cfr. asimismo BERNSTEIN, *Radical Evil: a Philosophical Investigation*, Oxford, Polity, 2002, pp. 44 y 98-99.

cometido el acto. Pero entonces, el punto es que no fueron libres de actuar de otro modo y el reproche sería un serio error o en todo caso un síntoma de sadismo.

Con independencia de la difícil reconciliación de la explicación con el razonamiento moral, queda en pie el enorme desafío de dar cuenta acabadamente de por qué un ser humano, por súper-criminal que fuera, dejaría de contar con los derechos humanos que se supone corresponden por definición a todos los seres humanos. Después de todo, en otra época solíamos asombrarnos de lo “fascista” que sonaba, v.g., el punitivismo de Radio 10 en relación con los delitos comunes, mientras que ahora se aglutinan multitudes de modo no menos fascista en defensa de otra forma de punitivismo, aunque sin provocar el mismo asombro.

En realidad, se supone que un derecho penal conforme al Estado de Derecho debe contar con una sola teoría del delito que abarque tanto a la transgresión penal común cuanto a la de lesa humanidad, de tal forma que en lugar de prestarse a nuestros sesgos de confirmación ideológicos en relación con quién es el autor del delito, se concentre exclusivamente en el acto cometido y permita que dicho acto sea perseguido penalmente con total observancia de las garantías penales y con independencia de cuáles sean nuestras preferencias políticas y las de los sospechosos, sean insurgentes o gobernantes. No tiene sentido tener un código penal oficial para los amigos y un código penal “en las sombras” para los enemigos, sobre todo si queremos evitar que la pena sea “sencillamente la copia, el *mimus* [reproducción] del comportamiento normal frente al enemigo odiado, desarmado, sojuzgado, el cual ha perdido no solo todo derecho y protección, sino también toda gracia: es decir, del derecho de guerra y la fiesta de victoria del *vae victis* [¡ay de los vencidos!] en toda su inmisericordia y en toda su crueldad”.⁸³

IV. Con ustedes, los intérpretes

Si hay algo que debe figurar en el *top ten* del autoritarismo penal es la sanción de una ley penal retroactiva más gravosa, lo cual es la imagen absolutamente inversa del principio de la aplicación de la ley penal más benigna. Después de todo, el principio de irretroactividad de la ley penal en realidad no es sino un corolario del principio de legalidad penal, constitutivo de la seguridad jurídica que debe proveer todo Estado de Derecho que merezca ser llamado de ese modo. En particular, todavía más importante “es la razón específicamente penal de que no pueden

⁸³ NIETZSCHE, *La Genealogía de la Moral* (ed. Andrés SÁNCHEZ PASCUAL), Madrid, Alianza, 1972, p. 93.

promulgarse leyes *ad hoc* que fácilmente pueden estar influenciadas por la conmoción que produce la comisión de un delito concreto”.⁸⁴

Tal vez sea por eso que el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el principio de irretroactividad mediante la prohibición de “imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. En este mismo sentido, el artículo 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hace referencia a la irretroactividad “en razón de la persona” (*ratione personae*) y estipula por lo tanto en su primer inciso que “[n]adie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor” y en su segundo inciso prescribe que “[d]e modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”.

Vale la pena recordar asimismo que el principio de la irretroactividad penal se remonta por lo menos a los juristas italianos del siglo XV y probablemente incluso a los glosadores como Bartolo de Sassoferrato, y al momento de la *Constitutio Criminalis Carolina* del Sacro Imperio Romano-Germánico de 1532 este principio ya se había convertido en derecho positivo.⁸⁵ Por otro lado, si bien, como dice Monty Python, “nadie espera a la Inquisición Española”, hasta la mismísima Inquisición Española juzgaba “crímenes reales *en virtud de leyes preexistentes*”.⁸⁶

En este mismo sentido, en el número LXXXIV de *El Federalista* consta que “la prohibición de leyes *ex-post-facto*... son tal vez las más grandes seguridades para la libertad y el republicanismo”, debido a que “la creación de crímenes después de la comisión del hecho, o en otras palabras, la sujeción de los hombres a un castigo por cosas que, cuando fueros hechas, no eran violaciones de ley alguna, y la práctica de encarcelamientos arbitrarios han sido, en todas las épocas, los instrumentos favoritos y más formidables de la tiranía”.⁸⁷

⁸⁴ JESCHECK, *supra* nota 2, p. 184.

⁸⁵ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 38, p. 613.

⁸⁶ DE MAISTRE, *Lettres à un gentilhomme russe sur l'inquisition espagnole*, París, Méquignon Éditeur, 1822, p. 14, énfasis agregado.

⁸⁷ MADISON/HAMILTON/JAY, *The Federalist Papers* (ed. Isaac KRAMNICK), Harmondsworth, Penguin, 1987, p. 474. De ahí que la prohibición de la ley penal retroactiva figure en la Constitución de los Estados Unidos, art. I, sec. 9(3).

Por lo tanto, si algún arqueólogo penal hubiera deseado encontrar un ejemplo reciente de leyes penales retroactivas tendría que haber tomado el túnel del tiempo y dirigirse por ejemplo hacia la Alemania nazi y bajarse en 1935 en la así llamada “*lex van der Lubbe*”, la cual impuso la pena de muerte para el supuesto incendiario del Parlamento.⁸⁸

Sin embargo, en mayo de este año el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley 27362 de “interpretación auténtica”, la cual excluye el beneficio del 2 x 1 para casos de delitos de lesa humanidad *retroactivamente*. Da la impresión entonces de que en este año 2017 muy altas instituciones del Estado argentino como la Cámara Federal de Casación y el Congreso de la Nación parecen haberse puesto de acuerdo para montar un verdadero parque temático, una especie de “Jurassic Park” punitivista, ofreciendo de este modo al mundo el espectáculo de la denegación de la aplicación de la ley penal más benigna sumada a la sanción de una ley penal retroactiva, no solamente en democracia, sino que además sancionada en tiempo récord y casi por unanimidad. Si hubiera un público para el turismo de arqueología penal, Argentina indudablemente estaría en inmejorables condiciones de acaparar el mercado y hacerse de ese modo de una considerable fuente de divisas.

En verdad, a los historiadores del futuro les resultará bastante difícil creer la ironía de que el único representante que votó en contra —aunque por las razones equivocadas— fue Alfredo Olmedo, ya que suele ser considerado filo-fascista por al menos parte de la opinión pública. La ironía se ve agravada por el hecho de que ni siquiera el nazismo se tomó la irretroactividad de la ley penal tan a la ligera, ya que si bien sancionó leyes penales retroactivas —para no entrar en detalles sobre las demás atrocidades—, sin embargo el *Volksgericht* (o Tribunal del Pueblo) para casos de traición empezó a aplicar leyes penales retroactivas recién en 1940, varios años después de haber llegado el nazismo al poder.⁸⁹ En cambio, en Argentina hay tribunales que a los pocos meses de su sanción ya están aplicando una ley penal retroactiva.

A esta altura, no es de extrañar que quienes suscriben el eslogan punitivista “*nullum crimen sine poena*” difícilmente se muestren preocupados por la inconstitucionalidad de una ley penal retroactiva. El garantismo, en cambio, considerará que por más auténtica que fuera una ley interpretativa, es decir por más que una interpretación provenga de su autor —que es exactamente lo que quiere decir “auténtica”— eso no le da derecho a violar la Constitución, la

⁸⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 38, p. 630.

⁸⁹ Cfr. la bibliografía citada en EDELSTEIN, *supra* nota 74, pp. 269-270, n. 50.

cual establece diáfamanente en su artículo 18 que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Como muy bien dice ZAFFARONI, “las llamadas ‘*leyes interpretativas*’ o [de] ‘interpretación auténtica’” constituyen “modificaciones a las leyes penales y a su respecto rigen los principios del art. 2º [del Código Penal sobre la ley más benigna]”, ya que de este modo el legislador puede ampliar retroactivamente y de modo sustancial una ley penal.⁹⁰

En rigor de verdad, hablar de “ley interpretativa” para hacer referencia a la ley 27362 no tiene mayor sentido. En efecto, dado que según el Congreso de la Nación la ley 24390 no contempla v.g. los delitos de lesa humanidad, la ley 27362 precisamente *agrega* varios elementos nuevos, como por ejemplo que “el artículo 7º de la ley 24.390... no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”. Por lo cual, queda claro que la ley 27362 no *interpreta* el significado de la ley 24390, sino que *cambia* la ley ya que hoy la ley 24390 es diferente a lo que era cuando fue sancionada, debido a que, otra vez, precisamente cuando fue sancionada, v.g., no excluía los delitos de lesa humanidad de los beneficios del 2 x 1.⁹¹

No podemos confundir entonces la supuesta desambiguación del significado de un significante existente —a lo que se supone que apunta la así llamada “ley interpretativa auténtica” en cuestión— con la creación de un nuevo significante. En todo caso, ¿cuál sería el significante viejo al cual la ley 27362 viene a darle un significado nuevo? De ahí que la ley 27362 es “auténtica” ya que proviene del mismo autor que la ley 24390, pero no es en rigor una interpretación, sino una obra diferente y encima, lo que más nos preocupa, retroactiva y más gravosa en materia penal.

Así y todo, alguien podría insistir con la vía hermenéutica para proponer una tercera posición que suele ser designada como interpretativismo, la cual permitiría resolver satisfactoriamente la cuestión de la ley penal retroactiva sancionada por el Congreso sin tener que apelar al garantismo positivista o al punitivismo iusnaturalista. Según esta tercera posición, sea que el derecho quede reducido a normas positivas o que consista en el razonamiento moral, en ambos casos es *siempre* un

⁹⁰ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 1.ª ed., Buenos Aires, 1980, vol. I, p. 472.

⁹¹ Por si hiciera falta tal vez convenga recordar que para NINO “[l]a prohibición de leyes penales retroactivas está ligada al requerimiento de que uno debe consentir en asumir la responsabilidad del castigo. Cuando un nuevo crimen es creado y/o modificado, o el castigo que lo acompaña es *ampliado*, esto socava el requisito del consentimiento” (NINO, *supra* nota 33, p. 281, énfasis agregado).

concepto interpretativo y por lo tanto solamente sabremos cuál es el derecho vigente precisamente merced a su exégesis.

Ciertamente, no dejaría de ser sorprendente que el interpretativismo se ofreciera como tercero en discordia para resolver esta cuestión, ya que está en su naturaleza sostener que hasta — o quizás sobre todo— una ley interpretativa tiene que ser objeto de interpretación. Con esto, la expresión misma “ley interpretativa” debería ser considerada como un epítome de la redundancia y el comienzo de una regresión al infinito. Si no lo fuera, el interpretativismo terminaría colapsando en una de las dos posiciones anteriores, sea el garantismo positivista o el punitivismo iusnaturalista, antítesis que se suponía el interpretativismo venía a superar. Sea como fuere, salta a la vista entonces que por más interpretativistas que seamos, el desafío continúa siendo el de tomar partido entre el garantismo y el punitivismo.

Por otro lado, si por alguna razón fuéramos dworkinianos, tendríamos que conceder que el interpretativismo tomaría partido por el garantismo, ya que es este último, merced a su naturaleza liberal, el que muestra al derecho en su mejor luz, tal como reza el credo dworkiniano.⁹² Habría que recordar, además, que según DWORKIN las garantías penales liberales consagran una asimetría normativa —o unilateralismo— entre aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado y este último, a favor de los primeros: “[e]l acusado en un caso criminal tiene derecho a una decisión en su favor si es inocente, pero el Estado no tiene un derecho paralelo a una condena si es culpable”.⁹³

Supongamos ahora, también en aras de la argumentación, que alguien sostuviera que incluso en el caso de la ley 27362 las garantías penales no se verían afectadas, ya que la irretroactividad de la ley penal alcanza al texto de la ley penal pero no a su interpretación, de tal forma que no hay retroactividad porque aunque la interpretación sea de hoy, el texto al que se refiere la interpretación se mantiene en el pasado.

Según este hipotético argumento entonces alguien podría sostener, por ejemplo, que los derechos de propiedad son derechos adquiridos y que dichos derechos están sujetos a interpretación, sin que la interpretación afecte el derecho de propiedad. Tendríamos entonces un derecho adquirido a X, X estaría sujeto a interpretación, debido a la interpretación podríamos

⁹² Cfr., por ej., DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1986, p. 52.

⁹³ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Avon, Duckworth, 1978, p. 100; cfr. DWORKIN, *supra* nota 92, pp. 142-143.

perder X, pero sin que nuestros derechos adquiridos sobre X hayan sido afectados. No hay que ser un *rocket scientist* para darse cuenta de que se trata de un escenario ideal para un sketch de Monty Python.

Por supuesto, están previstos casos en los cuales se puede sancionar una ley de expropiación. Pero se supone que son casos excepcionales, justificados por utilidad pública, en los cuales los perjudicados se ven compensados de alguna manera y, para no dar ideas, semejantes consideraciones no suelen ser invocadas en relación con casos penales (no en países “civilizados”, al menos por ahora).

Nobleza obliga, ya que hemos sido bastante duros con el jacobinismo penal, es hora de recordar que la Constitución jacobina de 1793 en su artículo 14 consagra explícitamente el principio según el cual “la ley que castigara delitos cometidos antes de que ella exista será una tiranía; el efecto retroactivo dado a la ley será un crimen”.

V. *De Nobis Fabula Narratur*

Si esta exhibición histórico-conceptual de los dos modelos de derecho penal ha servido para algo, quizás sea hora de prestar atención cuidadosamente a la tesis de PRODI según la cual “nuestra justicia, la justicia de libertades y garantías, pudo desarrollarse en Occidente debido a la coexistencia histórica de distintos reglamentos, es decir, por la competencia entre varios órdenes de normas, por una pluralidad de fueros ante los cuales el hombre era convocado a responder de sus acciones. Ello no niega —antes bien, lo presupone— que cada uno de estos reglamentos haya intentado someter o absorber a los demás, en sentido teocrático o secular; sin embargo, en nuestra cultura, a diferencia de lo que sucedió en otras sociedades sobre la faz de la Tierra, siempre hubo un anticuerpo lo suficientemente resistente para detener los procesos de degeneración y restablecer un equilibrio”.⁹⁴

El “anticuerpo” del que habla PRODI está enraizado “en la tradición griega y semítica, tal como se desarrolló en el territorio de la cristiandad occidental” y afloró “entre la Edad Media y la Edad Moderna” en la forma de una “pluralidad de reglamentos jurídicos y el dualismo entre conciencia y derecho positivo, entre normas morales y normas jurídicas”.⁹⁵

⁹⁴ PRODI, *supra* nota 35, p. 417.

⁹⁵ PRODI, *supra* nota 35, p. 417.

En nuestros días, sin embargo, “por primera vez en Occidente, nos encontramos ante la norma ‘unidimensional’ y, por ende, ante un solo fuero: el del derecho positivo”. Esto se debe a la incorporación del discurso de los derechos humanos en todos los ordenamientos jurídicos, el cual suele reclamar una autoridad moral incontestable, so pena de considerar fascista a quien pusiera en duda tales credenciales. Ahora bien, justo en la época en la cual merced al discurso de los derechos humanos los derechos de *todos* los seres humanos deberían haber alcanzado su apogeo, particularmente en el ámbito penal, es en nombre de los derechos humanos que se violan garantías penales que durante varios siglos habían sido consideradas como sagradas.

Hoy más que nunca entonces no podemos darnos el lujo de “concebir el Estado de Derecho como una conquista definitiva a defender solo contra ataques externos, como pudieron parecer en nuestro siglo —en una historiografía impostada— los regímenes totalitarios. En realidad, *el mal siempre está dentro de nosotros, y aun en los regímenes democráticos más avanzados la amenaza proviene en cierto modo desde el interior, de la tendencia a sacralizar la política*”.⁹⁶

Por alguna razón, a veces el valor de las garantías penales se aprecia mejor cuando el aparato punitivo del Estado es puesto en marcha en contra de uno, que cuando ese mismo uno quiere que se ponga en marcha el aparato punitivo del Estado. El caso de SCHMITT es bastante ilustrativo al respecto. En efecto, a pesar de haber defendido, tal como hemos visto, el punitivismo cuando el nazismo estaba en el poder, mientras era “desnazificado” en Nuremberg SCHMITT tuvo la *jutzpah* de verse atraído por el garantismo cuando anotaba en su diario que “la pena... debe atenerse a las previstas por la ley”, “*sobre todo frente a criminales inauditos*”, ya que “incluso en períodos de guerra civil, todo acto de venganza —incluso aquel aprobado en un primer tiempo por el sentimiento de justicia de los hombres— se transmuta en una práctica horrible”.⁹⁷

⁹⁶ PRODI, *supra* nota 35, pp. 12-13, traducción ligeramente modificada, énfasis agregado.

⁹⁷ SCHMITT, *Glosario* (ed. Petra DAL SANTO), Milano, Giuffrè, 2001, p. 201, notas del 1.V.1948, énfasis agregado. En este pasaje SCHMITT hace referencia a un discurso senatorial de un joven Julio César en *La Conjuración de Catilina* de SALUSTIO, que vale la pena citar en su totalidad: “en las Guerras Púnicas, a pesar de que los cartagineses repetidamente, en la paz o en las treguas, habían perpetrado muchas acciones criminales, jamás los nuestros, ni siquiera habiendo tenido ocasiones para ello, hicieron nada semejante: atendían más a lo que pedía su dignidad que a lo que con todo derecho podían hacer contra sus enemigos. Eso mismo debéis mirar también vosotros, padres conscriptos, que no pese más en vuestro ánimo el delito de Publio Léntulo y de sus compañeros que vuestra dignidad, y que no atendáis más a vuestros deseos de venganza que a vuestra reputación. Si se considera que ese castigo guarda proporción con su delito, yo apruebo esa insólita determinación; pero *si la magnitud del delito es tal que supera todo lo imaginable*, entonces pienso que debemos

En conclusión, si nuestras creencias políticas y jurídicas entonces no son suficientes por sí mismas para poder decidir cuál de los dos modelos filosófico-penales, el garantista y el punitivista, es el que más nos atrae, ojalá que esta narrativa histórico-conceptual nos ayude a dar un paso en la dirección correcta y que los penalistas vuelvan a ser cuanto antes lo que alguna vez fueron, sabuesos entrenados para detectar garantías penales insatisfechas, antes que portadores de la conciencia punitiva del sano sentimiento del pueblo.

VI. Bibliografía

ARENDRT, Hannah, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, ed. rev., New York, Penguin, 1992.

BARTELSON, Jens, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (ed. bilingüe al cuidado de Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ), Madrid, Trotta, 2011.

BERMAN, Harold, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1983.

BERNSTEIN, Richard, *Radical Evil: a Philosophical Investigation*, Oxford, Polity, 2002.

CICERÓN, *Sobre la república. Sobre las leyes* (ed. José GUILLÉN), Madrid, Tecnos, 1986.

— *Sobre los deberes* (trad. José GUILLÉN CABAÑERO), Madrid, Tecnos, 1989.

— *Discursos contra Marco Antonio o Filípicas* (ed. José Carlos MARTÍN), Madrid, Cátedra, 2001.

— *Catilinarias* (ed. bilingüe de Nicolás GELORMINI), Buenos Aires, Losada, 2006.

CONSTANT, Benjamín, *Écrits politiques* (ed. Marcel GAUCHET), París, Gallimard, 1997.

— *Principios de política aplicables a todos los gobiernos* (trad. Víctor GOLDSTEIN), Buenos Aires, Katz, 2010.

tomar otras medidas que vengan avaladas por nuestras leyes”. Cfr. SALUSTIO, *La conjuración de Catilina. Guerra de Jugurta* (ed. Avelina CARRERA DE LA RED), Madrid, Akal, 2001, p. 157, énfasis agregado.

DE MAISTRE, Joseph, *Lettres à un gentilhomme russe sur l'inquisition espagnole*, Paris, Méquignon Éditeur, 1822.

DOLINA, Alejandro, *Crónicas del Ángel Gris*, Buenos Aires, Colihue, 2003.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Avon, Duckworth, 1978.

— *Law's Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1986.

EDELSTEIN, Dan, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (trad. Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN y Rocío CANTARERO BANDRÉS), Madrid, Trotta, 1995.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

FISKE, Alan Page y RAI, Tage Shakti, *Virtuous Violence: Hurting and Killing to Create, Sustain, End, and Honor Social Relationships*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

GAT, Azar, *War in Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

GEUSS, Raymond, *History and Illusion in Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

GROSS, Raphael, *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*, 2.ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, 2005.

HALL, Jerome, "Nulla Poena Sine Lege", *Yale Law Journal*, N° 47, 1937, pp. 165-193.

HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2.ª ed. (eds. Joseph RAZ y Penelope BULLOCH), Oxford, Oxford University Press, 1994.

HOBBS, Thomas, *Leviathan. 2. The English and the Latin Texts (i)*, (ed. Noel MALCOLM), Oxford, Oxford University Press, 2012.

HÜNING, Dieter, "Hobbes on the Right to Punish", en SPRINGBORG, Patricia (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal* (trad. S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), Barcelona, Bosch, 1981, vol. I.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Losada, 1950, vol. II.

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1.ª ed. (ed. Matthias JESTAEDT), Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

KOSELLECK, Reinhart, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973.

— *Vergangene Zukunft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989.

MACLEAN, Ian, *Interpretation and meaning in the Renaissance. The case of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John, *The Federalist Papers* (ed. Isaac KRAMNICK), Harmondsworth, Penguin, 1987.

MANENT, Pierre, *A World beyond Politics. A Defense of the Nation-State* (trad. Marc LEPAIN, Chicago, Chicago University Press, 2006.

MARX, Karl, *La Cuestión Judía* (ed. Reyes MATE), Barcelona, Anthropos, 2009.

MILTON, John, *Paradise Lost*, 2.ª ed. (ed. Scott ELLEDGE), New York, Norton, 1993.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899.

NAUDÉ, Gabriel, *Considérations politiques sur les coups d'état*, Paris, 1667.

NIETZSCHE, Friedrich, *La Genealogía de la Moral* (ed. Andrés SÁNCHEZ PASCUAL), Madrid, Alianza, 1972.

NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1980.

— *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*, 2.ª ed. (ed. Gustavo MAURINO, trad. Martin BÖHMER), Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

NOLTE, Ernst, *La guerra civil europea, 1917-1945. Nacionalsocialismo y bolchevismo* (trad. Sergio MONTALVO CASTAÑEDA, Julio COLÓN GÓMEZ y Adriana SANTOVEÑA RODRÍGUEZ), México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

PASTOR, Daniel, “La deriva neopunitivista de activistas y organismos como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

PETTIT, Philip, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

PRODI, Paolo, *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (trad. Luciano PADILLA LÓPEZ), Buenos Aires, Katz, 2008.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, ed. rev., Oxford, Oxford University Press, 1999.

ROSLER, Andrés, “Derechos humanos: ¿moral o política?”, en CAPALDO, Griselda, SIECKMANN, Jan y CLÉRICO, Laura (comps.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 615-629.

— “Estado de Derecho, delito político y terrorismo”, en STEINER, Christian (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XX, 2014, pp. 805-822.

— *Razones Públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016.

ROSLER, Andrés y JENSEN, Guillermo, “¿Nullum crimen sine poena o nullum crimen sine lege? Consideraciones sobre el fallo ‘Muiña’”, *La Ley*, Año LXXXI, N° 108, 2017, pp. 3-5.

SAINT-JUST, Antoine-Louis de, *Oeuvres Complètes* (eds. Anne KUPIEC y Miguel ABENSOUR), Paris, Gallimard, 2004.

SALUSTIO, *La conjuración de Catilina. Guerra de Jugurta* (ed. Avelina CARRERA DE LA RED), Madrid, Akal, 2001.

SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928.

— *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1934.

— *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963.

— *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982.

— “Der Führer schützt das Recht” (1934), en *Positionen und Begriffe*, 2.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

— “Der Rechtsstaat” (1935), en *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969* (ed. Günter MASCHKE), Berlin, Duncker & Humblot, 1995.

— *Glosario* (ed. Petra DAL SANTO), Milano, Giuffrè, 2001.

SIEDENTOP, Larry, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, N.º. 86-87, 2008, pp. 149-171.

SOREL, Georges, *Reflexiones sobre la violencia* (trad. F. TRAPERO), Madrid, Alianza, 1976.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I* (trad. Gladys ROMERO), Madrid, Edersa, 1982.

SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la Función Antropológica del Derecho* (trad. Silvio MATTONI), Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.

VERGES, Jacques, *Estrategia judicial en los procesos políticos* (trad. María Teresa LÓPEZ PARDINA), Barcelona, Anagrama, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1980, vol. I.

— *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

ZOLO, Danilo, *La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad* (trad. Elena BOSSI revisada por Pablo EIROA), Buenos Aires, Edhasa, 2007.

NECESIDAD DE UN “TIPO PENAL DE RIESGOS LABORALES” EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Dra. Patricia GALLO*

Fecha de recepción: 5 de octubre de 2017
Fecha de aprobación: 31 de octubre de 2017

Resumen

Gran parte de las lesiones y muertes sufridas por los trabajadores en el desarrollo de su tarea laboral, son consecuencia de la infracción de las normas de seguridad por parte del empresario o empleador. Este dato de la realidad, sumado al hecho del alto nivel de siniestralidad laboral registrado en Argentina, fundamenta el adelanto de la intervención del Derecho penal, mediante la creación de un delito de peligro (de riesgos laborales) para sancionar al empresario que incumple la normativa de prevención y pone en peligro grave la vida y salud de sus dependientes, sin necesidad de que se concreten los resultados lesivos imprudentes (lesiones y muertes).

Palabras clave: Riesgos laborales – Riesgo permitido – Ley penal en blanco – Infracción administrativa – Peligro abstracto-concreto

Title: The Need for a ‘Criminal Offense of Endangerment of Workers’ in the Argentinian Criminal Code

Abstract

A large proportion of the injuries and deaths suffered by workers while performing their job duties are a consequence of the infringement of safety regulations by the business owner/employer. This data, in addition to the high level of work-related accidents registered in Argentina, justify the early intervention of the Criminal law. Intervention characterized by the creation of an endangerment crime regarding work-related risks to punish the business owner

* Docente ayudante en Derecho penal (Universidad de Buenos Aires). Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. El presente artículo es un resumen del planteo realizado en su tesis doctoral: “Riesgos penales laborales. Un análisis crítico del art. 316 del CP español y una propuesta de tipo penal de peligro para el orden jurídico argentino”.

who breaks prevention regulations, and thus puts in danger the life and health of his employees. This offense does not require the causation of a negligent harmful result. (i.e., an injury or the victim’s death).

Keywords: Work-related risks – Allowed risk – Administrative infraction – Abstract-concrete endangerment

Sumario

I. Introducción a la problemática de los riesgos laborales; II. La situación de los riesgos laborales en Argentina; III. Estructura del tipo penal de peligro postulado para el CP argentino, 1. Introducción, 2. Determinación del riesgo típico, 3. Sujeto activo, 4. Especificación de la conducta, 5. Nivelación del peligro, 6. “Delito de favorecimiento”; IV. Tenor literal del tipo penal propuesto; V. Bibliografía

I. Introducción a la problemática de los riesgos laborales

No hay duda de que el trabajo puede ser una actividad peligrosa, en la medida que el proceso de producción y transformación de bienes y servicios exige la interacción del trabajador en un entorno que puede resultar riesgoso para la salud e incluso la vida.¹ Es cierto que lo mismo puede decirse de otros comportamientos humanos, pero en este caso tiene perfiles especiales que aconsejan una observación y un tratamiento individualizado.

En primer lugar, la sofisticación de la actividad laboral, en aumento permanente, provoca la inmersión del trabajador en un universo de relaciones con sustancias, máquinas, fuentes de energía, etc. completamente diferente a su hábitat natural en que se manifiestan los peligros comunes. Esos mismos elementos dan lugar a notables alteraciones de las condiciones físicas en que se desenvuelve la actividad humana; artificialmente, se generan temperaturas, radiaciones, vibraciones, impactos acústicos, etc., que pueden encontrarse fuera de los límites aconsejables o admisibles para el ser humano. Por otro lado, la posición desde la que el trabajador interactúa con

¹ Se hace referencia en particular a aquellas actividades laborales *estructuralmente* peligrosas, como la industrial, agraria, ganadera, minera, construcción, entre otras.

el riesgo también es peculiar ya que se encuentra inmerso en una relación de dependencia, porque está sujeto a las instrucciones empresariales, fruto natural del poder de dirección del empleador.²

La siniestralidad laboral es un problema mundial que afecta no solo a los países industrializados, sino también a los que se encuentran en vías de desarrollo y a los “subdesarrollados”. En efecto, la existencia de relaciones laborales, y, junto con ello, el desempeño de actividades productivas generadoras de riesgos, es una característica ineludible del progreso económico de las sociedades. Fenómenos como la globalización, tecnificación, informatización, *outsourcing*, la reestructuración organizacional y el *downsizing*, han posibilitado un cambio en las reglas del mercado y, por tanto, la incorporación de nuevas formas de producción y riesgos que suelen afectar los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores.³

La necesidad de la intervención del Derecho penal (mediante el establecimiento de un delito de peligro) en el ámbito de los accidentes de trabajo parte de la constatación de una realidad fáctica. Esta realidad se refiere en primer lugar a la *desigualdad* de las partes que intervienen en la relación laboral⁴ y, en segundo término, al elevado número de accidentes que ocurren en su seno, *como consecuencia del incumplimiento de las normas que regulan las condiciones de seguridad*, en las que debe desarrollarse la prestación laboral.⁵

Podría alegarse que esta pretensión de poner coto a un fenómeno como el de la siniestralidad laboral, con raíces estructurales, sería incurrir en una inútil “huida al Derecho penal”. Sin embargo, cabe responder que no se trata de pretender la transformación de la ley penal en una herramienta emancipadora o superadora de desigualdades sociales históricas, porque la pena sería un instrumento demasiado limitado para afrontar tan ambiciosos objetivos. Más modestamente, lo

² SEMPERE NAVARRO/GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA/CARDENAL CARRO, *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 19.

³ RAMÍREZ BARBOSA, *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid, Iustel, 2007, p. 34.

⁴ Se habla de una “desigualdad negocial inicial y un estado de hiposuficiencia económica en que se encuentra la parte más débil de la relación subordinada” (LESCANO CAMERIERE/TULA, “Derecho penal del trabajo: lineamientos básicos para su comprensión”, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro*, n° 19, San Isidro, 2006, pp. 11 ss.).

⁵ Argentina no está exenta de la siniestralidad laboral, basta consultar el índice anual de accidentes laborales publicado por la Superintendencia de los Riesgos de Trabajo para constatar esta realidad.

que se postula es una mayor atención del legislador a los bienes jurídicos más gravemente puestos en peligro en el marco de la relación laboral.⁶

El análisis de la legitimidad de la intervención penal adelantada en este ámbito debe partir de la consideración del bien jurídico a proteger. Pocas dudas puede generar la necesidad de proteger la vida y la salud de las personas. Pero sí podría cuestionarse que la protección se efective a través de un delito de peligro en el marco de los riesgos laborales, aun cuando haya consenso en que la *seguridad en el trabajo* configura un aspecto esencial de las relaciones laborales. Sin embargo, creo que la configuración de ese tipo penal representa la concreción del mandato protectorio del trabajador establecido en la Constitución Nacional argentina (art. 14 bis) e implica la valoración y el reconocimiento de las condiciones esenciales en las que el orden jurídico ha decidido que debe desarrollarse la prestación laboral.⁷

En este sentido, no se requiere mucha reflexión para concluir que el trabajo constituye un factor importantísimo para el desarrollo de la persona y el bienestar de la comunidad.

Además de ser el medio más primario con el que el ser humano cuenta para subsistir, el trabajo compromete íntegramente a quien lo realiza, por lo que se relaciona estrechamente con su dignidad humana. Por otro lado, constituye la vía más usual de establecimiento de las relaciones humanas y de participación en la vida pública, lo que contribuye finalmente a la integración social de la persona.⁸

Dicho esto, la respuesta del legislador a la realidad aquí descrita debe partir de dos decisiones valorativas.

⁶ TERRADILLOS BASOCO, *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp.79 ss.

⁷ TERRADILLOS BASOCO, *supra* nota 6, pp.79 ss. La primera condición de admisibilidad del Derecho penal del trabajo es que respete escrupulosamente los límites fijados por el principio del bien jurídico. Estos bienes jurídicos puestos en juego distan mucho de ser creaciones artificiales del legislador: vida, salud, integridad física no son bienes jurídicos que puedan pasar a un segundo plano solo por el hecho de que su titular no sea el abstracto ciudadano, sino el concreto trabajador. Se pretende tutelar la vida y salud de los trabajadores, es decir, bienes tan tangibles y de esa entidad. Entonces, el Derecho penal del trabajo no se lanza a la búsqueda de objetos de protección de dudosa existencia o admisibilidad, sino que se limita a intentar la tutela de bienes jurídicos de relevancia constitucional, ampliamente acogidos en Derecho internacional y comparado y con tradición en el Derecho penal interno dentro del que no pueden perder importancia por el hecho de que su titular sea contemplado en su específica faceta de trabajador.

⁸ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico - Parte Especial*, vol. 3, Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 1308.

En primer lugar, tomar en consideración la desigualdad de las partes en la relación laboral al momento de establecer las obligaciones de ambas y, de ese modo, implicar a la más fuerte en la protección de la más débil y, en segundo lugar, reconocer que los bienes jurídicos esenciales, como la vida y la salud, deben protegerse penalmente de modo intensificado y específico en el ámbito de las actividades laborales.⁹

II. La situación de los riesgos laborales en Argentina

Según el informe anual de accidentabilidad laboral de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), durante el año 2014, se registraron 427 trabajadores fallecidos, con un total de 467.789 casos de accidentes laborales y enfermedades profesionales.¹⁰

A pesar de este alto índice de siniestralidad laboral, puede observarse en Argentina un total desinterés por la cuestión relativa a los riesgos laborales y sus nefastas consecuencias para los trabajadores, que está ausente de la agenda mediática y ciudadana, aun cuando los resultados lesivos son consecuencia de recurrentes incumplimientos de la norma de prevención por parte de los empleadores. Debe decirse, además, que el tema tampoco ha captado la atención de la doctrina penal argentina. En particular, estos comportamientos no son concebidos aún como “delictivos” por la opinión pública, porque subyace la idea de la “inevitabilidad del riesgo”: sufrir un accidente de trabajo o contraer una enfermedad profesional se considera un *suceso inherente a las relaciones de producción*, que no es prevenido sino *indemnizado*. A esto se debe agregar que solo un porcentaje mínimo de las lesiones y muertes de trabajadores generadas por incumplimientos de las medidas de prevención, llegan a sede penal.

Este comportamiento infraccional del empresario se ve exacerbado en el caso de los trabajadores “en negro” o no registrados. Esta circunstancia adquiere una relevancia esencial en el actual contexto del mercado laboral argentino, donde el trabajo informal y precario se ha generalizado y alcanza niveles históricamente elevados.¹¹ El trabajador informal desarrolla su

⁹ CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, “Protección penal de los accidentes laborales (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.ª, 2 de septiembre de 2003”, en *Revista Poder Judicial*, n.º 71, 2003, pp. 41 ss.

¹⁰ Ver informe publicado en www.srt.gob.ar [enlace verificado el día 14 de noviembre de 2017].

¹¹ Según el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC) durante el segundo trimestre de 2016 el 33,4% de los asalariados trabaja en “negro”. Ver “El 33% de los trabajadores están en ‘negro’”, publicado en diario *La izquierda*, 25 de agosto de 2016, disponible en <https://www.laizquierdadiario.com/El-33-de-los-trabajadores-estan-en-negro> [enlace verificado el día 14 de noviembre de 2017].

actividad, en la mayoría de los casos, en situaciones de mucho mayor precariedad que los trabajadores formales, es decir, está más expuesto a accidentes y de hecho, estos se producen. Además de ello, la mayor proporción de trabajadores "en negro", no cubiertos, se encuentran en los ámbitos de mayor riesgo: pequeñas y medianas empresas, talleres textiles, sector de la construcción, agrario y minero.¹²

Frente a esta realidad tengo la convicción de que la introducción en el Código Penal argentino de un delito de peligro ayudaría a cambiar la visión sobre la necesaria seguridad en el trabajo, lo que contribuiría a una *percepción social* de los riesgos laborales que ahora no existe.¹³

En un ámbito como el laboral, donde el riesgo es estructural y el deber de cuidado está ya previsto en la norma de prevención administrativo/laboral, sería un paso importante para erradicar la idea de la "inevitabilidad" del accidente laboral convertir en *delito doloso* el incumplimiento de esas normas de seguridad, cuando generen un peligro grave para vida o la salud de los trabajadores.

En efecto, se debe partir de que el riesgo, aun siendo inherente a las relaciones de producción, es *controlable*, por lo que se debe adoptar una actitud, tanto desde instancias privadas como por parte de los poderes públicos, tendente a considerar que la prevención es necesaria y, además, rentable, y que la inversión en medidas de seguridad y salud laboral debe pasar a ser parte integrante esencial de la estrategia productiva. En esta concepción, la perspectiva *preventiva* del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral se escinde de su vertiente *reparadora* y de los sistemas de protección social de contingencias profesionales, por lo que adquiere autonomía funcional y financiera.¹⁴

¹² LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal del trabajo*, Buenos Aires, La Rocca, 2011, p. 116.

¹³ Cabe mencionar que en el Anteproyecto de reforma al CP argentino, elaborado por la comisión dirigida por ZAFFARONI (2012), se incluyó en el Capítulo IV, "Delitos contra la libertad y dignidad en el trabajo", el art. 124, que en su apartado 3.º establece: "[s]erá penado con multa de QUINCE (15) a CIENTO OCHENTA (180) días, el que omitiere proveer a sus trabajadores de los medios necesarios para ejercer su actividad en las condiciones de seguridad y salud que impusieren las leyes o reglamentos...".

¹⁴ LOZANO LARES, *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*, Albacete, 2015, p. 363, en referencia al modelo "tecnocrático" de tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. En esta concepción hay una "objetivación del cuerpo del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo", así, el "dominio que el empresario adquiere sobre el cuerpo productivo del trabajador" se convertiría en "condición necesaria para proteger su persona", lo que en este modelo tecnocrático de tratamiento jurídico se traducirá en el establecimiento de una obligación legal de protección psicofísica que, por ello mismo, tendrá una finalidad

De un planteamiento similar a este parte el ordenamiento español. En efecto, tanto la normativa extrapenal de prevención,¹⁵ como el Código Penal (arts. 316 y 317), entienden que la siniestralidad laboral no es tanto un resultado “accidental”, en el sentido de casual o contingente, como una consecuencia de factores causales, y desarrollan coherentemente esta idea programática. Al margen de que, en la práctica del trabajo asalariado y más en el contexto actual de la sociedad de riesgo, es ineludible la aparición de ciertos resultados dañosos, otros son previsibles y por ende, evitables. Esas normas básicas, comparten el principio, receptado en la Constitución Española y en muchos instrumentos internacionales,¹⁶ de que la vida y la salud de los trabajadores han de ser objeto de protección especial, porque especiales son los riesgos que genera la prestación laboral.¹⁷

Según lo destaca TERRADILLOS BASOCO, “[e]n este esquema, el siniestro no se manifiesta como *factum* frente al que no cabe más que la resignación, sino como evitable producto de comportamientos infraccionales y en la medida en que es evitable, el sistema jurídico penal pretende, mediante el recurso a la pena, si no eliminarlo en términos absolutos, sí reducir su frecuencia y dañosidad”.¹⁸ La exigencia de

exclusivamente prevencionista. Este deber general de prevención es de naturaleza *gerencial*, puesto que su contenido abarca una amplia gama de obligaciones específicas del empresario que tendrán por objeto la adopción de las medidas preventivas necesarias para controlar el riesgo presente en el medio de trabajo. Sin embargo, se trata de una obligación de medios y no de resultado, puesto que su alcance no es ilimitado sino que se encuentra acotado por el parámetro de lo *razonablemente posible*. La responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación general de prevención no será, pese a desplegar sus efectos en ese ámbito, de índole contractual, sino de naturaleza civil, administrativa o penal, consistiendo básicamente en una sanción punitiva de finalidad meramente disuasoria. Para el empleado, este modelo tecnocrático supondrá ante todo la asunción de un genérico deber de cooperación con el empresario que tendrá por objeto facilitar a este el cumplimiento de sus obligaciones preventivas. Al trabajador se le exigirá así una actitud reactiva que tendrá como contrapartida lógica el reconocimiento de su derecho a autoprotección, y puede llegar a *desobedecer* las órdenes empresariales cuando estas entrañen un manifiesto peligro para su integridad psicofísica (ÍDEM, p. 364).

¹⁵ Esencialmente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

¹⁶ Especialmente los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, “Prólogo”, en GALLARDO GARCÍA, *Protección Jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, Comares, 2016, donde agrega que: “[l]a protección eficaz pasa por la identificación de las fuentes de riesgo, por su neutralización o control, por la implementación de protocolos que minimicen los daños ya producidos; por la disponibilidad de medios de prevención; por la identificación en sus distintos niveles de los sujetos deudores de seguridad; por el compromiso con la prevención de empresarios, trabajadores y Administraciones públicas, etc.”.

¹⁸ TERRADILLOS BASOCO, *supra* nota 17.

responsabilidades penales se integra así en la estrategia preventiva diseñada por el sistema administrativo y laboral y el círculo de sanciones allí previsto queda cerrado por las penas establecidas en los arts. 316 y 317 del CP español.¹⁹ En particular, el tenor literal del art. 316 es el siguiente: "*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*".²⁰

Del panorama descripto se desprende que el ordenamiento español ha logrado evolucionar en la idea de la prevención de los riesgos laborales como un objetivo posible y necesario, a través de la intervención de las diferentes ramas del Derecho administrativo, laboral y penal, respecto de la que impera actualmente en Argentina.

Si bien el problema de la siniestralidad laboral en Argentina requiere una profunda modificación cultural, social, económica y jurídica, que debe comenzar por la normativa de prevención de riesgos laborales y el sistema administrativo de inspección laboral y sanciones, esta meta "global" no es incompatible con la *urgente necesidad de la intervención penal*, mediante la creación de un delito de peligro.

Seguidamente, se brindarán las pautas a las que debe responder ese tipo penal de peligro, teniendo en cuenta el modelo del art. 316, CP español.

III. Estructura del tipo penal de peligro postulado para el CP argentino

1. Introducción

Como se ha señalado antes, el de las actividades laborales es un ámbito que puede llegar a ser muy riesgoso,²¹ por eso está intensamente regulado por normas extrapenales administrativas y laborales que imponen al empresario medidas de seguridad adecuadas a la clase de peligro

¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, *supra* nota 17.

²⁰ Por su parte, la versión imprudente del delito (art. 317) establece que: "[c]uando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado."

²¹ Por ejemplo: el de la construcción, minería, agricultura, ganadería y ciertas industrias.

inherente a la actividad específica.²² Tales preceptos determinan el *riesgo permitido*, al autorizar el desarrollo de una tarea productiva peligrosa *pero bajo ciertas condiciones de seguridad*.

Ahora bien, más allá de que el riesgo propio del proceso productivo es estructural, lo cierto es que la mayoría de los accidentes y enfermedades laborales producidos son consecuencia del incumplimiento *generalizado* de esas normas de seguridad.²³

Frente a esta realidad se manifiesta oportuna la intervención del Derecho penal *adelantada* mediante el establecimiento de un delito de peligro como instrumento idóneo para la *determinación de los empresarios al cumplimiento de las normas de seguridad*, como condición necesaria para la permisión del riesgo que conlleva la actividad laboral.

2. Determinación del riesgo típico

Los delitos de peligro tipifican expresamente ámbitos de riesgo en los que se ha podido delimitar la norma de cuidado. De ahí que cuando la creación del peligro dependa de una norma de actuación plenamente delimitada *a priori*, se puede sancionar penalmente a quien la incumple y crea un peligro, sin necesidad de constatar la existencia de una concreta lesión, como sucede con la imprudencia.²⁴

²² La normativa extra-penal argentina de prevención laboral está compuesta principalmente por la “Ley básica de la higiene y seguridad en trabajo”, Ley n.º 19.587, que establece pautas generales para regular la materia de fondo, su decreto reglamentario n.º 1338/96; la Ley n.º 25.212, llamada “Pacto Federal del Trabajo” que prevé el régimen de infracciones laborales y el procedimiento para su comprobación y juzgamiento y la Ley n.º 25.877, complementaria de la anterior. En 1995 se sancionó la Ley n.º 24.557 de Riesgos del Trabajo (LRT), que reemplazó a la anterior Ley n.º 9688 e instauró el régimen normativo actual. Se han regulado también actividades específicas, como ocurre con el trabajo minero (Código de Minería), construcción (Decreto n.º 911/96), trabajo a domicilio (Decreto n.º 118.755/42), trabajo rural, obreros de la zafra azucarera (Decreto-Ley n.º 10.644). Igualmente, los convenios colectivos receptaron normas de la misma índole, como los convenios de la industria de la construcción, empleados de comercio, talleres mecánicos de reparación de automóviles, etc.

²³ De un “pertinaz incumplimiento”, en términos de LÓPEZ PALOMERO, *supra* nota 12, pp. 27, 110 y 117-118, en referencia a la siniestralidad laboral en Argentina.

²⁴ DE LA CUESTA AGUADO, *RDP, Delitos de peligro-I*, pp. 125 ss. Las fórmulas típicas de remisión a tales normas cumplen la función principal de explicitar precisamente en el tipo aquel ámbito de riesgo, lo que facilita la función judicial. Se trata de ámbitos de la actividad social en los que la norma de cuidado *no es absolutamente indeterminada*, sino que es susceptible de una cierta tipificación, por la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada, lo cual, unido al alto riesgo que tales conductas representan para bienes jurídicos

De acuerdo con esta consigna, parece lógico que como primer elemento, el tipo de peligro exija el incumplimiento de las medidas administrativas de seguridad extrapenal (elemento normativo), ya que es el presupuesto inicial de la creación del riesgo que se quiere prohibir.²⁵ Ello por cuanto la protección penal se incorpora como una herramienta de tutela que junto a otras, entre ellas la laboral/administrativa, y a modo de sanción negativa de represión del incumplimiento opera como sistema para, al menos en teoría, incrementar la eficacia de las obligaciones preventivas por parte de los sujetos obligados.²⁶

La pregunta clave en este aspecto es la de cómo se define el riesgo que el delito de peligro debe abarcar.

Si se tiene en cuenta que se trata de un sector (laboral) peligroso pero necesario, donde el ordenamiento jurídico (laboral/administrativo) permite *cierto* nivel de riesgo (riesgo permitido), claramente no será el *riesgo propio* (estructural) del proceso productivo el penalmente relevante, porque implicaría una contradicción con lo previsto en otro sector jurídico, sino un riesgo *excedente* de ese nivel permitido.²⁷

Que el riesgo típico es “excedente”, quiere decir que debe ser *superior* a otro, esto es, superior al *riesgo permitido laboral*. Entonces el riesgo estará enmarcado en la estructura típica por una cláusula (de *mínima*) que marca el piso o nivel inferior y por otra cláusula (de *máxima*) que

esenciales, debe llevar al legislador a su punición expresa, sin esperar a la producción de la lesión (ÍDEM, pp. 125 ss.).

²⁵ *A contrario sensu*, si los empleadores cumplieran exactamente las normas de prevención no hubiera surgido la necesidad de adelantar la intervención penal, es decir, no nos encontramos en el supuesto de que *aun cumpliendo esa normativa* se producen los accidentes laborales, ya que si así fuera, seguramente el problema estaría en un diseño defectuoso de tales preceptos (sin perjuicio de otras eventuales circunstancias).

²⁶ PURCALLA BONILLA, “Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal”, en *Aranzadi Social (Estudios Doctrinales)*, n.º 5, 2005, p. 1660.

²⁷ Aceptada la necesidad de intervención administrativa en la protección laboral, con carácter preferente desde su perspectiva preventiva, representan un límite a la amenaza penal los comportamientos que se toleran en dicho ámbito jurídico, con lo que se evitan contradicciones en el orden jurídico. De ahí que no pueda prohibirse penalmente lo que administrativamente está permitido. En ese sentido, “[l]a política criminal forma parte de la política legislativa general, con la consecuencia práctica de que siempre han de intentar coordinarse los diferentes sectores del ordenamiento para que todos los conjuntos normativos que incidan en una misma realidad se edifiquen sobre un claro conocimiento de la misma y tiendan hacia metas, si no idénticas, sí al menos armónicas” (DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 69-70).

determina las circunstancias definitorias de ese “exceso”, que representa el riesgo *penalmente relevante*, que alude a un determinado estadio de evolución del riesgo y que en general se concreta en la expresión “peligro grave” (así lo ha hecho el legislador español en el citado art. 316).

La cláusula “de mínima” se corresponde con el primer elemento que hemos señalado; esto es, la “infracción de la norma de prevención”. Esta cláusula cumple una función importante porque respeta el principio de unidad del ordenamiento jurídico, en la medida que evita las contradicciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo y reduce las posibilidades de que el primero prohíba conductas permitidas por el segundo.

En cuanto a la segunda cláusula (de máxima), esta ayuda a definir el riesgo excedente del permitido (desvalorado penalmente) por medio de señalar su estadio de evolución, es decir, el “momento del riesgo” que el tipo considera penalmente relevante y que se traduce en términos de la técnica de tipificación, en la *clase de peligro* prevista (abstracto o concreto).

Es muy importante la decisión sobre qué grado de desarrollo debe tener el riesgo para ser típico, ya que ello determina la eficacia del adelanto de la barrera de punición a través del delito de peligro. Por eso debe describirse con mucha precisión si se trata de un peligro abstracto o concreto.

En este sentido, no ha sido feliz la fórmula utilizada en el art. 316, CP español, por cuanto en este ámbito creo que lo indicado para la eficacia del delito de peligro es un adelanto de la barrera de punición al peligro *abstracto-concreto* y en la redacción de dicho precepto, el legislador no ha sido claro en la determinación del grado de evolución del riesgo que quería abarcar, lo que ha dado lugar a que la doctrina española casi unánime interprete que se trata de un peligro concreto.²⁸

En tanto la función de esta cláusula es nivelar el riesgo a lo que el Derecho penal considera relevante, le llamaremos “cláusula de nivelación *penal* del riesgo.” Esta fórmula es la que dota de

²⁸ Ver en este sentido, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 98; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Civitas, 1994, p. 400, y FARALDO CABANA, *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 136 ss., entre otros.

contenido material al injusto, siendo este el plus de antijuridicidad que determina el paso fronterizo entre la contravención administrativa y la contravención penal.²⁹

Esta cláusula responde al intento del legislador de restringir el catálogo de comportamientos punibles y de adecuar la intervención penal en el contexto de la prestación laboral a los principios de intervención mínima y de *última ratio*.³⁰

Con esta lógica de la intervención adelantada mediante el delito de peligro, el Derecho penal cumple una función subsidiaria, ya que la tutela inmediata en materia de seguridad en el trabajo la ejerce el Derecho laboral y administrativo. Es decir, la herramienta penal, en tanto *ultima ratio*, debe dirigirse a un momento *posterior* al incumplimiento del orden laboral y administrativo, por medio de un fortalecimiento de los objetivos de seguridad de esta normativa extra-penal y cuando, además de esa infracción, se configure un *peligro grave* y no ante cualquier peligro o una mera infracción administrativa. La evaluación del “plus” del peligro grave, corresponde, en este contexto, al juzgador.

En mi opinión, la ley penal en blanco es la técnica legislativa adecuada para este ámbito de riesgo. En efecto, la protección de la seguridad de la vida y salud de los trabajadores supone una realidad muy compleja, que admite situaciones muy variadas y probablemente de imposible reducción a una redacción legal concreta y unívoca. Tratar de redactar un tipo que incluya de forma concreta *todos* los posibles supuestos de afectación a estos bienes jurídicos, lo

²⁹ Además del injusto administrativo que pueda producirse, la intervención penal ha de exigir como “plus” un desvalor de acción o de resultado complementario y cualificado sobre dicho injusto. Con relación a la más severa de las reacciones del orden jurídico, la intervención penal ha de presuponer ese injusto especialmente lesivo diferente del que conlleva la mera aplicación de una sanción administrativa y relacionado con un bien jurídico valioso en sí mismo, un interés que trascienda la esfera de las acciones de la Administración y coincida con un valor constitucional (DE LA MATA BARRANCO, *supra* nota 27, p. 74).

³⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ expresa esta idea, cuando sostiene que “[l]a permisión del riesgo provechoso y la protección de la seguridad de los trabajadores, objetivos contrapuestos, encuentran su síntesis jurídica en la imposición, junto a la autorización para el emprendimiento de ciertas actividades productivas útiles, de la obligación de adoptar una serie de medidas destinadas al control del riesgo. El bien jurídico que nos ocupa quedará lesionado, no en la medida en que exista peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores, sino en la medida en que se trate de un peligro no permitido, ya lo sea *ab initio*, ya por la posterior ausencia de medidas de control”. Agrega el autor que no será misión del Derecho penal la protección del bien jurídico en cuestión ante cualquier tipo de ataques, sino tan solo ante los que supongan un mayor grado de peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores. En su razonamiento, el bien jurídico penal “seguridad e higiene en el trabajo” tiene así dimensiones diferentes que el bien jurídico “seguridad e higiene en el trabajo” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *supra* nota 28, p. 311).

suficientemente graves como para merecer un reproche penal, sería una tarea inútil por un doble motivo: primero, porque resultaría un tipo sin duda excesivamente largo y de difícil aplicación y, segundo, porque claramente habría supuestos que merecerían reproche penal y en los que el legislador no hubiera pensado, por lo que quedarían excluidos injustificadamente de la aplicación de la norma.³¹ De este modo, el tipo penal de peligro debe remitir a la normativa administrativo y laboral de seguridad (por cuanto parte de su infracción) para la configuración de la conducta.³² Puede verse el recurso a esta técnica legislativa correctamente en el ya mencionado art. 316, CP español.

Además, creo que para una mayor eficacia del tipo penal y, también, en aras de lograr una mayor seguridad jurídica serán necesarias adicionalmente determinadas precisiones sobre el comportamiento típico que refieran a circunstancias o modalidades de conducta con relación al *origen* del riesgo. Es decir, que el tipo penal además de exigir la infracción de la norma de prevención (cláusula de bloqueo) y de determinar el riesgo penalmente relevante y su estadio de evolución (cláusula de nivelación del peligro) debe definir y abarcar *solo algunas maneras posibles de configurar el riesgo prohibido*.

Ahora bien, la “especificación” únicamente cumple con los objetivos señalados, si tiene la virtud de seleccionar adecuadamente aquellas modalidades de conducta susceptibles realmente de generar *los riesgos más graves*.

Esta fórmula de “especificación de la conducta” representa un elemento indispensable para evitar la posible lesión del principio de legalidad (en su faceta *lex certa*) y, en ese sentido, otorgar mayor seguridad jurídica al empresario, quien, de ese modo, podrá conocer de antemano qué infracciones integran el catálogo de las abarcadas por el delito (si se cumple también con el plus

³¹ MENÉNDEZ, “El delito ambiental básico a la luz de la reciente jurisprudencia”, en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 635 ss., con relación al delito ambiental.

³² La infracción debe estar referida a la LRT y la Ley n.º 19.557, así como a sus respectivos decretos reglamentarios y a los reglamentos específicos de cada actividad laboral en particular. Entre las normas complementarias de las leyes mencionadas, pueden destacarse especialmente: el Decreto 351/1979 (Reglamento General de la Ley n.º 19.587); el Decreto 911/1996 (Reglamento para la Industria de la Construcción); el Decreto 617/1997 (Reglamento para la Actividad Agraria) y el Decreto 249/2007 (Reglamento para la Actividad Minera). También los convenios colectivos de trabajo cumplen un rol importante en el marco de la remisión de la norma penal en blanco ya que en muchos casos imponen medidas de seguridad al empleador (por ejemplo, el “Convenio colectivo de trabajo para trabajadores de la industria de la construcción que desarrollan sus tareas en obras ubicadas dentro de yacimientos petrolíferos y gasíferos”, que requiere específicos requisitos para el trabajo en altura).

del *peligro grave* en el caso concreto) y además facilita la labor del juez mediante esa “primera selección” efectuada por el legislador.

En resumen, la estructura del tipo penal de peligro propuesto para el Código Penal argentino debe estar integrada por tres elementos básicos: una cláusula “de bloqueo”, que exige la infracción de la norma de prevención laboral, cuya misión es *bloquear la tipicidad penal* cuando, a pesar de haberse creado un peligro grave, no hay infracción administrativa; una cláusula de “nivelación penal del peligro”, en tanto su función es nivelar el riesgo a lo que el Derecho penal considera relevante (exigencia de “peligro grave”) y una cláusula de “especificación de la conducta”, que define y abarca *solo algunas maneras posibles de configurar el riesgo prohibido* (estas dos últimas cláusulas son “*de contenido*”).³³

3. Sujeto activo

Una vez definido el riesgo que se quiere prohibir, al tipo penal solo le resta *describir* el sujeto activo, quien *debe ser el reflejo de las cláusulas de contenido* (de especificación y de nivelación) *y de la de bloqueo*. Desde esta óptica, considero que no resulta efectiva la fórmula de autoría utilizada en el art. 316, CP español, en tanto remite a los “legalmente obligados”. Esto es, se introduce un *criterio nuevo*, que no responde a esas cláusulas, sino a una pauta externa, “extra tipo” (es decir la norma administrativa y laboral) y se recurre nuevamente, esta vez para la determinación del sujeto activo, a la técnica de la ley penal en blanco. De este modo, quedan fuera del tenor literal potenciales sujetos activos que si bien ostentan la posición de garante de seguridad, no responden a la fuente seleccionada por el legislador (ley extrapenal). Por eso, el diseño del art. 316 no respeta la simetría que debe existir entre el riesgo penalmente relevante definido en el tipo y quienes pueden generarlo con su conducta.

Respecto de la autoría del delito de peligro aquí propuesto, el criterio rector determinante es el “organizador” de la actividad (laboral) peligrosa. En este contexto, el organizador puede ser el empresario o en quien este delegue sus funciones (competencia) o el “organizador de hecho” (por arrogación). Es decir, quien ostente *la competencia originaria del empresario sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador*. Por su parte, el “mero ejecutor” de una actividad asignada por el empresario no tiene el deber de seguridad (a diferencia del delegado de funciones), sino

³³ La cláusula de bloqueo —a diferencia de las otras dos— no es una valoración, sino una *constatación* (la infracción a la normativa extrapenal); por el contrario, las cláusulas de contenido sí constituyen elementos valorativos que cumplen una función de “filtro penal” de las infracciones administrativas.

únicamente un encargo concreto, que cuando lo incumple (generando el peligro grave para los trabajadores) solo podrá ser un *colaborador* del delito de peligro.³⁴

El organizador de hecho o “usurpador” *también debe cumplir el deber de seguridad laboral*, ya que quien usurpa el control del foco de peligro y entra en la posición de *dominus, adquiere sus mismos deberes*.³⁵ Por ello, la propuesta de tipo penal que aquí se brinda contempla en la descripción del sujeto activo al empresario, al delegado y al organizador de hecho (por arrogación). En la figura del delegado se entienden incluidos, tanto el de gestión del proceso productivo, como los específicos, esto es, en quienes el empresario delegue funciones concretas de seguridad (por ejemplo, técnicos de prevención). Con esa descripción se responde a un criterio *material* de autoría y no formal como en el art. 316, CP español.

4. Especificación de la conducta

En cuanto a la cláusula de especificación de la conducta, la expresión típica utilizada por el legislador en el art. 316 (“no faciliten los medios necesarios”) no es la más adecuada. Ello no solo por la imprecisión (vaguedad y ambigüedad) de los vocablos que componen la fórmula (“medios” y “facilitar”), sino también por el *contenido* de la cláusula. En esta exégesis, no creo que la expresión “no facilitar los medios necesarios” permita seleccionar las infracciones más idóneas para generar el peligro grave. En la práctica, existen otros ilícitos administrativos que pueden resultar igual o más peligrosos y que al no responder a esa modalidad de conducta solo son abarcados por el Derecho penal cuando se produce el resultado de lesión o muerte del trabajador.

El criterio de “gravedad” en esa primera selección de las conductas a cargo de la cláusula de especificación no pasa por la selección de un “particular medio comisivo”, ya que dada la especial complejidad del ámbito de los riesgos laborales, en principio, difícilmente se pueda abstraer una *modalidad* de infracción a la norma extrapenal que se adapte a *todos* los ilícitos administrativos susceptibles de generar el peligro más grave. Por eso, creo que cuando pueda identificarse una infracción determinada que sea idónea para generar el “peligro grave” debe describírsela directamente en el tipo. Cuando no pueda individualizarse un ilícito administrativo en particular, que según la experiencia sea *per se* susceptible de generar el peligro penalmente relevante, la precisión de la descripción de la conducta debe pasar por la mención *taxativa* de las áreas en donde

³⁴ Respecto de la distinción entre “delegación de competencias” y “encargo de tareas”, ver MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 86 ss.

³⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 788-89.

una infracción puede generar ese peligro; esas áreas son: edificación, procesos, organización y ambiente del trabajo. De este modo, se propone una fórmula doble, con un primer nivel de mayor precisión y un segundo nivel complementario, menos preciso porque solo se "enmarca" la posible infracción penalmente relevante, en atención a la importancia del área a la que refiere, en el sentido de un tipo "de recogida".

5. Nivelación del peligro

En cuanto a la clase de peligro exigida, creo que el verdadero adelanto "eficaz" de la barrera de punición en el ámbito de los riesgos laborales, es el delito de peligro abstracto-concreto. Ello porque, desde el punto de vista político-criminal, no hay una diferencia significativa entre prohibir el peligro concreto y prohibir el resultado lesivo imprudente: el peligro solo desaparece cuando el potencial lesivo de un curso causal puede neutralizarse de *manera dirigida*.³⁶ Esa posibilidad de neutralizar el riesgo del proceso productivo se logra cumpliendo el estándar de seguridad, pero se pierde una vez que el trabajador comienza la interacción con ese riesgo, sin tener la posibilidad de proteger adecuadamente sus bienes jurídicos expuestos (vida y salud). De ello se sigue que la prohibición en el delito de peligro debe dirigirse a evitar que el trabajador comience a interactuar con el riesgo, sin que el empresario haya cumplido con el estándar de seguridad exigido y antes de que aquel ingrese a la esfera de influencia del peligro (peligro concreto).

Solo ese estadio de evolución del riesgo le es exclusivamente imputable al empresario, por ser consecuencia directa de brindar "condiciones inseguras" de trabajo y que son su competencia exclusiva (y de quienes actúen en su lugar), en tanto organizador exclusivo del proceso productivo.

Hacer depender la aplicación del tipo penal de la producción de un resultado de peligro implica abarcar un estadio de evolución del riesgo en el que entran a jugar factores que son relevantes en la configuración del resultado de peligro concreto *pero que no dependen exclusivamente del comportamiento ilícito del empresario* (infracción del estándar de seguridad), por ejemplo, la imprudencia del trabajador al interactuar con el riesgo. Además, exigir el peligro concreto pone en tela de juicio la capacidad de motivación del delito de peligro ya que no siempre un incumplimiento del estándar de seguridad *con aptitud lesiva grave* (que es lo realmente relevante) se traduce en un resultado de peligro concreto.

³⁶ KISS, "Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo 'adelantado'?", en *InDret*, 1/2015, pp. 16 ss.

Con esta lógica, la consumación del delito de peligro debe producirse *en el momento en que el trabajador comienza a interactuar con el riesgo sin tener la posibilidad de autoprotegerse*. Allí se configura el “peligro grave” (peligrosidad idónea) y no cuando se produce el ingreso del bien jurídico (vida/salud) en la órbita del peligro (resultado de peligro concreto).

Otra razón importante para fundamentar la técnica del peligro abstracto-concreto es que de ese modo queda abarcada en el riesgo típico la conducta infractora susceptible de generar enfermedades laborales a largo plazo y que, en rigor, no podría quedar incluida si se exige el peligro concreto (solo abarcadora del riesgo propio de los accidentes de trabajo y las llamadas “enfermedades accidente” o instantáneas).

Nótese que la exégesis del art. 316, CP español como delito de peligro concreto excluye del tipo la prevención de las enfermedades laborales a largo plazo, lo que resulta inconsistente con la introducción en el precepto de la referencia expresa a la “salud” (de los trabajadores), término que no integraba la fórmula de su antecedente, el art. 348 bis a), que solo mencionaba la vida y la integridad física.

En efecto, el delito de peligro concreto se reserva para casos de *riesgo extremo*, ya que exige la constatación de un *momento* en el devenir de los acontecimientos en el que la lesión material parece prácticamente irreversible. Ese “momento” al que apunta a identificar la técnica de peligro concreto no es otra cosa que el *preludio de la realización instantánea* del correspondiente delito de lesión. Por eso, esta técnica legislativa no es apta para prevenir las enfermedades laborales, teniendo en cuenta que estas son el resultado de la ejecución *progresiva* del delito de lesiones. En ese contexto, la *idoneidad* del peligro para causar una lesión o muerte instantánea y para producir, a largo plazo, una enfermedad laboral responde a parámetros diferentes que deben ser receptados (de modo diferenciado) por un tipo penal que pretenda ser efectivo en la prevención de *ambos efectos lesivos*. Desde esta óptica, en el segundo caso (a diferencia del primero), la descripción típica debe referir a una acción peligrosa cuya aptitud para producir la lesión *provenga de su reiteración*.

Creo que, teniendo en cuenta el contexto argentino actual, corresponde desvalorar con *mayor intensidad* las conductas que se han delineado (infracción de las medidas de seguridad laboral poniendo en peligro grave la vida y salud del trabajador), cuando se lleven a cabo en el marco de una relación laboral informal. Este mayor disvalor debe tener su correlato en el tipo penal de peligro que aquí se diseñará (agravante), para que resulte una herramienta eficaz para disuadir ese comportamiento frecuente del empresario argentino.

6. “Delito de favorecimiento”

Finalmente, en el tipo penal propuesto se debe incluir un apartado que contenga lo que podemos denominar “delito de favorecimiento”, que consiste básicamente en elevar a la categoría de delito autónomo la conducta del empresario que infringe el deber de vigilar a quien le ha delegado su competencia sobre la gestión del proceso productivo o una faceta de este, que puede ser también la función específica de seguridad (de los trabajadores).

En el ámbito de los riesgos laborales, esta infracción del deber (residual) de control por parte del empresario que ha delegado su competencia tiene mucha trascendencia, sobre todo teniendo en cuenta la posición social que ocupa el empresario y el *sentido delictivo que exterioriza*. Este aserto ha llevado a un sector de la doctrina española a considerar al empresario delegante como *autor*, tanto del delito del art. 316, como del delito imprudente de resultado.³⁷ Sin embargo, considero que ese razonamiento no es correcto dogmáticamente, porque aun cuando haya una infracción de su deber residual de control, lo cierto es que el empresario, en este caso, ya no ostenta la competencia (la ha delegado) y no ha tenido, en principio, el dominio del hecho, por lo que debe ser considerado un partícipe en el delito del delegado, ya que no estamos ante un delito de infracción de deber.

Comparto la idea de que por razones político-criminales el empresario que no controla debidamente al encargado que, en infracción del deber de seguridad delegado, ocasiona la lesión o muerte de estos, *debería* ser también autor (ya que en definitiva también se trata del riesgo generado por “su propia e inadecuada organización”) y por eso es que propongo la creación de este delito de favorecimiento que puede ser doloso o imprudente.

Una vez perfeccionada la delegación de funciones, el delegado tiene el control directo de la fuente de peligro, pero el empresario delegante pasa a tener el deber de supervisar la actuación del delegado. Con esa lógica, podemos definir el deber secundario (residual) de vigilancia del empresario como: “*instar a que el delegado ejerza el control directo del riesgo e intervenir para minimizar el riesgo cuando entienda que el subordinado no está cumpliendo adecuadamente su deber*”. De este modo, la infracción de esa conducta debida por el empresario consistirá en “*favorecer que el delegado no ejerza el debido control del foco de peligro y no intervenir cuando este incumpla su deber de control*” y así, en

³⁷ LASCURAIN SÁNCHEZ, *supra* nota 28, p. 275, entre otros. En la doctrina argentina, ver ILHARRESCONDO, *Delitos Societarios*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p.197.

su caso, favorecer que se produzca el resultado lesivo. Por eso el tipo penal autónomo que recepta esta conducta disvaliosa del empresario es un delito de *favorecimiento*.

En definitiva, se trata de castigar al empresario que configure de modo inadecuado su esfera de organización, de manera que ello facilite la actuación delictiva del delegado, sobre la base de dos condiciones: en primer lugar, que su conducta de organización resulte contraria al deber de cuidado exigible (omisión de control adecuado del delegado o de intervención para minimizar el riesgo); en segundo lugar, será condición necesaria la realización de la acción antijurídica del delegado (incumplimiento de sus deberes primarios de seguridad: brindar condiciones seguras o vigilar la actividad de los trabajadores para que cumplan las medidas de prevención, lo que dependerá del contenido de la competencia delegada) y que, a consecuencia de ello, se produzca efectivamente un resultado de lesión o muerte de algún trabajador (condición objetiva de punibilidad).

En efecto, teniendo en cuenta que el deber de supervisión configura una *transformación* del deber de seguridad originario del empresario, creo que el delito de favorecimiento solo debe abarcar los casos en que se produce efectivamente el resultado lesivo y no únicamente el peligro, y se debe reservar el adelanto de la barrera de punición al peligro a la infracción del deber *primario* de seguridad (no delegado), sobre todo si se considera que en el tipo penal aquí propuesto se releva el peligro abstracto-concreto (no prevé un resultado de peligro, a diferencia de la interpretación que hace la doctrina del art. 316).

Finalmente, resta aclarar que el resultado lesión o muerte del trabajador es en este precepto una condición objetiva de punibilidad, por eso es indiferente, a los fines del encuadre legal de la conducta del empresario, la cantidad de resultados lesivos imprudentes producidos.

IV. Tenor literal del tipo penal propuesto

El tipo penal que propongo está integrado por cuatro apartados. En el primero y el segundo encontramos los delitos de peligro, con la distinción del riesgo de accidente laboral o “enfermedad accidente” (apartado 1.º) y el riesgo de enfermedad laboral a largo plazo (apartado 2.º). En el apartado 3.º se contempla la agravante de las conductas referidas en esos dos apartados cuando se trata de trabajadores informales. Finalmente, en el apartado 4.º, se tipifica el delito que he denominado de “favorecimiento”.

El tenor literal del delito de peligro propuesto para el CP argentino es el siguiente:

1.º. *"El empresario, la persona en quien este delegue o quien de hecho organice una actividad laboral en la que intervengan trabajadores por cuenta ajena, que contrariando las disposiciones legales, reglamentarias y de convenios colectivos de trabajo homologados sobre prevención de riesgos laborales, imponga condiciones peligrosas de trabajo referidas a las características ambientales, de edificación, procesos y organización; a la falta de adecuación de la tarea asignada a los rasgos personales del trabajador; al incumplimiento de la colocación de protecciones de maquinarias, instalaciones y alturas; al incumplimiento del suministro de equipos de protección personal y a la ausente o insuficiente formación e información de los trabajadores sobre prevención de riesgos, que sean susceptibles de afectar gravemente la salud y vida de estos, sufrirá la pena de 1 a 4 años de prisión cuando se trate de un peligro común y de 1 a 3 años de prisión, cuando el peligro sea individual.*

2.º. *Cuando el trabajador haya sido expuesto reiteradamente al peligro de contraer una enfermedad laboral grave, la pena será de 1 a 2 años de prisión.*

3.º. *Cuando las conductas descriptas en los apartados 1.º y 2.º se lleven a cabo en perjuicio de uno o más trabajadores informales, los máximos de las penas allí previstas se elevarán en un año más de prisión.*

4.º. *El empresario que organizando inadecuadamente la supervisión de la competencia delegada, favorezca que el delegado incurra en el supuesto descrito en el apartado 1.º o no vigile que los trabajadores cumplan con las medidas de prevención, generando la conducta de este, lesión(es) o muerte(s) de algún(os) trabajador(es), sufrirá la pena prevista para el autor de esos delitos, sin perjuicio de la pena correspondiente al delegado. Cuando el favorecimiento del empresario haya sido imprudente, la pena se disminuirá de un tercio a la mitad".*

Considero que en el contexto de incumplimiento descrito, la intervención del Derecho penal a través de este precepto propuesto sería una adecuada herramienta preventiva, de motivación para lograr el cumplimiento de las normas de prevención por parte de los empresarios argentinos.

Por otra parte, la redacción postulada garantiza el cumplimiento de los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, ya que no propugna una forma indiscriminada de intervención penal, sino que tipifica solo las conductas que supongan un *peligro grave* para los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores.

Finalmente y como última reflexión, quisiera destacar que la situación de desigualdad estructural de la relación laboral, en la que una parte (trabajador) depende de la otra (empresario), es una nota clave para configurar a los trabajadores en relación de dependencia como un colectivo vulnerable que requiere una protección intensificada de sus derechos fundamentales que pueden verse afectados en el marco de esa relación “asimétrica” y debe ser reforzada mediante la intervención del Derecho penal, a fin de nivelar, de proteger, al más débil frente al más fuerte.

V. Bibliografía

AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, Colección Jurídica, 1981.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO/CARDELAN MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, “Protección penal de los accidentes laborales”, *Revista del Poder Judicial*, nº 71, Barcelona, 2003, pp. 39-68.

DE LA CUESTA AGUADO, P., Tipificación del riesgo y delitos de peligro, en DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-I*, Rubinzal-Culzoni, 2007-2.

DE LA MATA BARRANCO, N., *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, Cedecs, 1996.

DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

FARALDO CABANA, C., *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

GALLARDO GARCÍA, R., *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, Comares, 2016.

GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Lima, Instituto Pacífico, 2016.

HORTAL IBARRA, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005.

ILHARRESCONDO, J., *Delitos Societarios*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

KISS, A., "Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿que es lo 'adelantado'?", en *InDret*, 1/2015.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Civitas, 1994.

LESCANO CAMERIERE/TULA, "Derecho penal del trabajo: lineamientos básicos para su comprensión", *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro*, n° 19, San Isidro, 2006, pp. 161-176.

LÓPEZ PALOMERO, E., *Derecho penal del trabajo*, Buenos Aires, La Rocca, 2011.

LOZANO LARES, F. *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*, Madrid, Albacete, 2015.

MENÉNDEZ, A., "El delito ambiental básico a la luz de la reciente jurisprudencia", en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 635-644.

MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, Atelier, 2008.

PURCALLA BONILLA, M., "Delitos específicos contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal", en *Aranzadi Social*, N° 5, 2005, pp. 1659-1686.

RAMÍREZ BARBOSA, A., *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid, Iustel, 2007.

SCHICK, H., *Riesgos del trabajo*, Buenos Aires, 2010.

SEMPERE NAVARRO/GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA/CARDENAL CARRO, *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995.

— *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE EL AUMENTO DE LA POBLACIÓN CARCELARIA Y EL AUMENTO DE LA POBLACIÓN OBRERA SOBRENTE

Rubén Alejandro PUCA VILTE*

Fecha de recepción: 19 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 22 de noviembre de 2017

Resumen

El concepto de prisión-depósito o *warehouse prison* es utilizado de manera recurrente en la literatura contemporánea sobre sociología de la prisión para explicar las modificaciones que ha sufrido la configuración de las cárceles en los últimos tiempos. Sin embargo, la capacidad explicativa de esa noción en relación con las circunstancias particulares de la prisión en Argentina ha sido problematizada recientemente. El presente trabajo pretende ofrecer un aporte a dicha problematización con un análisis del caso argentino a través del prisma del materialismo histórico y, por tanto, se postulará como hipótesis central que el hecho de que la prisión en Argentina tenga rasgos que en la actualidad permiten asemejarla a la prisión-depósito se explica a partir de las especificidades de la acumulación de capital en el país y, más en concreto, a partir del aumento sostenido de la población obrera sobrante.

Palabras clave: Prisión-depósito – Población obrera sobrante – Sociología de la prisión

Title: About the relationship between the prison population increase and the surplus laboring population increase

Abstract

The “warehouse prison” concept is recurrently used in contemporary literature about Sociology of the prison to explain the changes that the configuration of prisons has suffered on the early times. However, the explicative capability that this notion has, regarding the Argentinian prisons

* Abogado (Universidad de Buenos Aires). Estudiante de “Maestría en Filosofía Política” (Universidad de Buenos Aires). Contacto: puca.alejandro@gmail.com.

particular circumstances, has been recently problematized. This paper aims to offer a contribution to this problematization by analyzing the Argentinian case through the prism of historical materialism and by postulating as a central hypothesis that the fact that the prison in Argentina possess certain traits allows a comparison to the warehouse prison is explained by the specificities of capital accumulation in the country and, more specifically, by the sustained increase of the surplus laboring population.

Keywords: Warehouse prison – Surplus laboring population – Sociology of the prison

Sumario

I. Introducción; II. Consideraciones generales; III. Enfoque particular; IV. Contexto de la problemática y formulación específica de la hipótesis; V. Determinación cuantitativa; VI. Relación entre el aumento de la población carcelaria y el aumento de la población sobrante; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía

I. Introducción

En el extenso ámbito de las ciencias sociales la práctica de importar conceptos foráneos, si bien constituye una herramienta analítica lícita (y las más de las veces fructífera), demanda de quien opta por esa estrategia de investigación prestar una especial atención a los límites de dicha extrapolación. Esto se debe principalmente al hecho de que cada concepto, además de su contenido propiamente dicho, porta en sí una historia propia: tiene una génesis, un desarrollo de su vida conceptual y, por supuesto, se manifiesta en un resultado. Resultado que, huelga decir, puede ser más o menos volátil en lo que respecta a su significación. De hecho, su carácter de ser un producto histórico (y, por ende, social) lo determina como algo que puede ser constantemente modificado a través del tiempo;¹ esto último es lo que justamente abre la posibilidad de importación no solo espacial sino también temporal del concepto.²

Ahora bien, no obstante que hay que tener tal consideración a la hora de ejecutar la extrapolación de una idea, por cuanto está determinada por el contexto en el que surge y se

¹ En última instancia, la semántica de una palabra es un campo de disputa, las modificaciones que puede sufrir una a través del tiempo son el resultado de esa constante lucha por la significación; una lucha que por el ámbito en el que se desarrolla ha de estar siempre abierta.

² Valga como ejemplo de este carácter inestable del significado de un concepto la metamorfosis que ha sufrido la noción de castigo (cfr. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1989 [1976], p. 77 ss.).

desarrolla, esto es, por ser cual un individuo: hija de su época;³ no obstante eso, digo, lo cierto es que el poder descriptivo o explicativo que un concepto traído de afuera puede proporcionar depende, en última instancia, de lo análogas que sean las situaciones de origen y de destino que el investigador busca explicar con dicha noción. Así, en lo que respecta al uso de esta herramienta de análisis, la pericia del investigador radica en saber identificar correctamente los puntos esenciales de contacto existentes entre situaciones concretas que se encuentren distanciadas espacial o temporalmente.

El atender de manera rigurosa a esta máxima del proceder metodológico es uno de los méritos de GUAL en lo que respecta a su análisis de la noción de "prisión-depósito". En efecto, como bien señala el autor a modo de conclusión, la configuración particular del régimen penitenciario argentino no admite un abstracto "encasillamiento" en una categoría foránea,

"en todo caso, ante su carácter híbrido, emerge como una alternativa válida la redefinición de aquella herramienta conceptual. O su actualización, de acuerdo a los rasgos más representativos que esta investigación ha logrado recortar sobre el régimen penitenciario vigente en las dos cárceles más relevantes del sistema penitenciario nacional".⁴

Tomando como base esa conclusión metodológica, en este trabajo se indagará acerca de cuáles son las potencialidades que puede ofrecer como herramienta conceptual la noción de "prisión-depósito" para el análisis de la actualidad de la prisión en Argentina. Realizar un aporte en la circunscripción de ese ámbito de investigación constituye, pues, el primer y más general objetivo del estudio que aquí se le ofrece al lector.

Ahora bien, ya este enunciado general de lo aquí propuesto pone en evidencia lo insoslayable que resulta el trabajo de GUAL anteriormente mencionado. En efecto, dicha indagación se presenta como un sustancial avance en el abordaje crítico⁵ del concepto de "prisión-depósito" en la

³ HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (trad. Carlos Díaz), Madrid, Libertarias/Prodhufo, 1993 [1974], p. 59.

⁴ GUAL, "Prisión depósito" en Argentina. Del 'cambio epocal catastrófico' a la 'economía mixta del encierro', en GUAL/ÁNITUA (comps.), *La privación de la libertad. Una violenta práctica punitiva*, Buenos Aires, Didot, 2016, pp. 320-321.

⁵ Tomo aquí la noción de crítica como un "tipo de reflexión filosófica o de indagación científica que apunta a mostrar las *condiciones de posibilidad* o los supuestos no explícitos de ciertos discursos (científicos o no) o de

literatura argentina. Y esto no solo por el hecho de que el autor presenta allí una recopilación sintética de los orígenes y las distintas enunciaciones del concepto, es decir, de su historia, sino también porque penetra en las causas del surgimiento de dicha noción y pone a prueba los límites de su poder explicativo en relación con el caso argentino. Por ello, dicho trabajo se tomará aquí como eje organizador de la cuestión a estudiar. Veamos de qué manera.

En su exposición el autor distingue dos tipos de enfoques, uno macrosociológico o externo y otro microsociológico o interno. El primero tiene como criterio rector la relación existente entre el orden social en general (en sus aspectos económicos, políticos y culturales) y la configuración particular del sistema penitenciario.⁶ Por su parte, la segunda mirada consistiría en hacer mayor hincapié en el aspecto empírico y, por tanto, indagar “en las condiciones materiales del encierro”.⁷ Dentro de esa caracterización, es posible afirmar que GUAL orienta su análisis en una dirección que se correspondería más con el segundo tipo, el que pone el acento en el momento empírico, puesto que parte importante de su trabajo consiste en el relevamiento de la situación en las prisiones de Devoto y Ezeiza a partir de la consideración de tres dimensiones: el nivel de violencia física, el aislamiento y el trabajo dentro de la prisión.⁸ Todo ello a fin de evaluar si la situación concreta de esas prisiones se puede enmarcar dentro del alcance conceptual que posee la noción de “prisión-depósito”.⁹

Pues bien, partiendo de esa distinción analítica (y teniendo en mente las advertencias metodológicas anteriormente expuestas), este trabajo habrá de ubicarse dentro del primer enfoque, el de tipo macrosociológico, dado que consistirá principalmente en tratar de identificar cuáles son los elementos propios de la estructura económico-social argentina que dan lugar a que

determinadas instituciones (valoradas positivamente o no)” (D’AURIA, *La crítica radical del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2016, p. 19.

⁶ GUAL, *supra* nota 4, pp. 299-300.

⁷ GUAL, *Visiones de la prisión. Violencia, incomunicación y trabajo en el régimen penitenciario federal argentino*, Tesis de Maestría, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral, 2015, p. 8. Disponible para su consulta en: <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/bitstream/handle/11185/763/Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [enlace verificado el 2 de diciembre de 2017].

⁸ GUAL, *supra* nota 4, pp. 308 ss.

⁹ De todos modos, cabe destacar que, más allá de esta orientación hacia el segundo tipo, el autor no plantea una contraposición entre los enfoques mencionados, sino más bien una relación de complementariedad (cfr. GUAL, *supra* nota 4, p. 299).

la configuración particular de la prisión en el país tome rasgos que la asemejen a la de la llamada “prisión-depósito”.

Para lograrlo, aquí se propondrá un abordaje desde el bagaje teórico del materialismo-histórico¹⁰ y se hará uso principalmente de la categoría de población obrera sobrante. En particular, se recurrirá a esa noción para ofrecer una explicación que dé cuenta del sostenido aumento de la población carcelaria. Este elemento constituye, como se verá más adelante, un rasgo característico de la “prisión-depósito” y, por tanto, da lugar a que la prisión en Argentina pueda ser conceptualizada desde esa óptica. Entonces, el foco de atención de este trabajo estará situado sobre la relación existente en el constante crecimiento de una porción de la población que es determinada como sobrante para las necesidades del capital y el también constante crecimiento de la población carcelaria, tomando como referencia temporal los últimos veinte años. Queda así delimitado el objeto de estudio seleccionado y, a la vez, queda enunciado de manera específica el objetivo de este trabajo.

II. Consideraciones generales

1. Definición de “prisión-depósito”

De manera sintética, es posible definir la “prisión-depósito” como un modelo de prisión que tiene como finalidad el aislamiento y la neutralización del preso, es decir, una prisión que solo cumple la función de albergar a una persona por el tiempo que sea necesario sin otro fin más que ese alojamiento en sí mismo.¹¹ Aquí habrá de señalarse especialmente como rasgo distintivo de la “prisión-depósito” el constante y creciente aumento de la población carcelaria, el cual tiene como lógicas consecuencias el hacinamiento y deterioro de las condiciones de vida en general de la población carcelaria.¹² GUAL traduce una afirmación de IRWIN y AUSTIN muy ilustrativa al respecto:

“Condenados principalmente por delitos de drogas o contra la propiedad, cientos de miles de detenidos están siendo hacinados en depósitos [*warehouses*]

¹⁰ Posición teórica que ha escrito célebres páginas en la historia del pensamiento criminológico o de la sociología de la prisión. Ver RUSCHE/KIRCHEIMER, *Pena y estructura social*, Bogotá, TEMIS, 1984 [1939] y, por otra parte, MELOSSI/PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, México, Siglo XXI, 2005 [1977].

¹¹ SOZZO, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en Argentina” en *Sistema Penal & Violencia*. vol. 1, Porto Alegre, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009, p. 50.

¹² SOZZO, *supra* nota 11, p. 52.

en el original] humanos [o inhumanos] donde son cada vez más privados, restringidos, aislados, y consecuentemente amargados y alienados respecto de mundos convencionales, y donde cada vez menos se hace para prepararlos para una eventual liberación”.¹³

En el mismo sentido, SOZZO recupera una precisa descripción de lo que constituiría una “prisión-depósito”: “De ser un laboratorio social diseñado con el propósito del mejoramiento, la prisión ha renacido como un contenedor de bienes humanos ahora reciclados sin fin a través de que lo que se ha transformado en un sistema de control transcarcelario”.¹⁴

Como se puede apreciar, en cierta forma la definición de lo que es una “prisión-depósito” se obtiene por oposición al modelo de prisión correspondiente a lo que SOZZO caracterizaría como proyecto normalizador/disciplinario/correccional. En la prisión correspondiente a este proyecto las características que se destacan son, entre otras, la presencia puertas adentro del establecimiento carcelario de elementos como el trabajo, la familia, la educación, la religión, etc., y, sobre todo, la creencia en la posibilidad de una rehabilitación (término eminentemente médico) de la persona privada de su libertad a partir del proceso de observación, clasificación y tratamiento.¹⁵ En aquella, la que corresponde al “proyecto securitario”,¹⁶ de lo que se trata principalmente es de la gestión eficiente de la población encarcelada; en este último caso la finalidad, en cuanto es menos ambiciosa, resulta tanto más fácil de cumplir.

Habrà de prescindirse aquí de un análisis pormenorizado de los orígenes de la categoría mencionada. Principalmente por el hecho de que GUAL en el trabajo citado ya ha penetrado en ello de manera exitosa. Sin embargo, partiendo de las advertencias metodológicas mencionadas aquí a modo introductorio, resulta pertinente realizar algunas consideraciones respecto de los alcances de la noción de “prisión-depósito” en sí misma.

¹³ IRWIN/AUSTIN, *It's about Time. America's Imprisonment Binge*, U.S.A., Wadsworth, 1995, p. 62, citado por GUAL, *supra* nota 4, p. 298, nota 2, corchetes del traductor.

¹⁴ *Supra* nota 13, p. 54. Cita original: “[f]rom a social laboratory designed with the purpose of improvement, the prison has been reborn as a container for human goods now endlessly recycled through what has become a transcarceral system of control”, en PRATT (*et. al.*), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Routledge, New York, 2011 [2005], p. 15.

¹⁵ IRWIN/AUSTIN, *supra* nota 13, pp. 34-37.

¹⁶ IRWIN/AUSTIN, *supra* nota 13, p. 50.

2. Límites del concepto en particular y del enfoque microsociológico en general

SOZZO caracteriza la noción de "prisión-depósito" como una construcción típica, es decir, como un tipo ideal.¹⁷ ¿Qué significa esto? Si nos remitimos a WEBER nos encontramos con que un tipo ideal consiste, precisamente, en una representación mental que se forma a partir de la elección de determinadas características (selección que se efectúa de manera arbitraria o unilateral). El resultado de dicha representación es un cuadro conceptual que, en tanto tal, no es posible hallar empíricamente en su pureza.¹⁸ Como se puede apreciar, aquella caracterización no es casual, puesto que el autor es consciente tanto de las ventajas que otorga este proceder metodológico como también de sus límites explicativos.¹⁹

En cuanto a los límites, que es lo que aquí nos interesa, cabe destacar que, en efecto, el tipo ideal "prisión-depósito" no pretende abarcar en su totalidad los elementos constitutivos de la realidad que con él se pretende explicar. Se busca más bien un modelo que permita una aproximación general a la realidad concreta de la prisión; de allí también la necesidad de una posterior constatación empírica de la adecuación entre la "prisión real" y los modelos típicos propuestos. Así, SOZZO en sus conclusiones también hace patente lo que luego recogería el trabajo sobre el que se erige el esfuerzo intelectual aquí ofrecido:²⁰

"Más que pensar en términos de un radical ruptura, parecería ser más plausible pensar que los componentes que hemos definido como propios del tipo-ideal de la 'prisión-depósito' o la 'prisión-jaula' han estado siempre presentes en la 'prisión real' en la Argentina, en el marco de lo que podríamos denominar una cierta 'economía mixta', junto con los componentes asociables al tipo ideal de la 'prisión-fábrica', la 'prisión-escuela', la 'prisión-monasterio', la 'prisión-asilo', la 'prisión-familia'".²¹

Esta perspectiva de la economía mixta se condice con lo que se encuentra en la "prisión real" en Argentina. Pues, como señala SOZZO, por un lado existen síntomas (porcentaje enorme de presos sin condena, superpoblación y hacinamiento y condiciones de vida inhumanas, violencias y

¹⁷ IRWIN/AUSTIN, *supra* nota 13, p. 50.

¹⁸ WEBER, *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1970, pp. 79-80.

¹⁹ SOZZO, *supra* nota 11, pp. 34-35.

²⁰ Ver GUAL, *supra* nota 4, p. 321.

²¹ SOZZO, *supra* nota 11, p. 55.

muerter) que evidencian un acercamiento de la “prisión real” hacia la “prisión-depósito”.²² Y, por otro lado, subsisten características propias del proyecto normalizador/disciplinario/correccional, tanto en lo relativo a lo retórico (desde el plano legal, judicial, político e institucional), como así también en lo relativo a las prácticas organizadoras de la vida intramuros.²³ En este sentido, GUAL concluye que la subsistencia del trabajo en las cárceles locales, más allá de sus particularidades, implica necesariamente un distanciamiento del tipo ideal “prisión-depósito” por cuanto este presupone la total ausencia de la actividad laboral.²⁴ Así, se hace patente que la convivencia de ambos tipos de factores justifica la postulación de aquella economía mixta planteada por los autores.

Con todo, en orden a profundizar la indagación resulta necesario pasar del análisis descriptivo al análisis causal. Y es a este respecto que tanto la construcción típica como el planteo de una economía mixta encuentran su límite. Por supuesto, esto no implica una falencia de los autores en su labor analítica, sino que simplemente es una expresión del ámbito específico al que se encuentra circunscripta su investigación. Esto es, el análisis de tipo microsociológico en el que se enmarcan sus investigaciones, si bien puede ofrecer una imagen clara de lo que sucede concretamente en los establecimientos carcelarios, es estéril a la hora de señalar cuáles son las causas que dan lugar a esas modificaciones en la gestión del encierro.²⁵ Entonces, si ni el tipo ideal de “prisión-depósito” en sí mismo ni tampoco la postulación de una economía mixta de la gestión del encierro bastan para explicar cuáles son las causas que dan origen a la progresiva acentuación de los componentes asociables a la “prisión-depósito” en la situación concreta de las prisiones en Argentina, si ninguno de ellos basta, digo, es preciso encarar la cuestión desde una perspectiva diferente.

III. Enfoque particular

1. Posicionamiento dentro del enfoque macrosociológico

Como ya se insinuó anteriormente, aquí habremos de echar mano de la clasificación de GUAL. Más en concreto, hemos de posicionarnos dentro del enfoque que él categorizó como

²² SOZZO, *supra* nota 11, pp. 50-54.

²³ SOZZO, *supra* nota 11, pp. 55-57.

²⁴ GUAL, *supra* nota 4, p. 321.

²⁵ Y es por ello que GUAL señala la necesaria complementariedad entre ambos enfoques (GUAL, *supra* nota 4, p. 299).

macrosociológico o externo. Esto se condice con el objetivo propuesto dado que dicha perspectiva consiste en una explicación de "los vínculos trazados entre un modelo de orden social excluyente y un sistema penitenciario con funciones neutralizantes".²⁶

Ahora bien, en primer lugar, esto no implica una oposición al enfoque microsociológico, sino más bien una variación en la perspectiva de investigación (del análisis interno al externo); más aun si se recuerda que existe una relación de complementariedad entre uno y otro enfoque. En segundo lugar, este posicionamiento no implica una completa adhesión a los planteos de los autores que GUAL ubica dentro del enfoque macrosociológico. Es más, no obstante que puede encontrarse alguna similitud entre lo que aquellos autores sostienen, lo cierto es que la particularidad de la postura que a continuación habrá de guiar el esfuerzo teórico-explicativo aquí propuesto demanda una explicitación de sus características más generales.

2. Acerca del materialismo histórico-dialéctico

El ampliar el foco mediante el cual se aborda el objeto de estudio arroja en este caso como primer resultado la capacidad de vislumbrar el hecho de que por fuera del restringido ámbito de la institución presidiaria²⁷ existe un extenso entramado de relaciones sociales que la atraviesan. Esto pareciera ser una perogrullada. En especial si se considera que desde un enfoque interno también se es consciente de que la prisión no es un compartimento estanco totalmente abstraído de la realidad social donde se ubica: aspectos con una clara significación social como lo político o lo jurídico (que ciertamente exceden el ámbito propio de la prisión) no son algo ajeno a la consideración microsociológica, como se ha visto anteriormente. Sin embargo, esta primera revelación de la realidad como un entramado de relaciones sociales encierra dentro de sí una verdad más profunda: que esas relaciones sociales se encuentran organizadas de una manera históricamente determinada. Por supuesto, ya este punto de partida mismo que propone el análisis que aquí se pretende realizar expresa una toma de postura respecto de la forma en la que se comprende la realidad social.

²⁶ GUAL, *supra* nota 4, p. 299.

²⁷ Con esta expresión me refiero a la prisión considerada en cuanto institución en general, y no a esta o aquella prisión en particular. Esto implica, además, tener en consideración no solo lo que acontece puertas adentro de las cárceles sino, sobre todo, cuáles son las características del régimen mediante el cual se encuentran organizadas.

Así, como se adelantó en la introducción, el marco teórico de referencia que habrá de utilizarse aquí para entender dicha realidad es el del materialismo-histórico. Más en concreto, se utilizará su bagaje teórico para tratar de explicitar cuáles son las causas que dan origen al acercamiento de la prisión real al tipo ideal “prisión-depósito”, problema que hemos propuesto anteriormente como nuestro objeto de estudio particular. Ahora bien ¿qué significa esto? El derrotero del marxismo en general ha consistido en una ramificación múltiple que dio como resultado un variado abanico de interpretaciones teóricas que se consideran a sí mismas como sus herederas. Es así que tenemos desde un marxismo ortodoxo hasta un marxismo de corte analítico, pasando por el marxismo-leninismo, el trotskismo, el guevarismo, etc. Esta multiplicidad interpretativa se expresa también en el interior de los aportes que el marxismo ha realizado en el ámbito específico de la teoría criminológica y la sociología de la prisión;²⁸ sin ir más lejos, hasta el propio FOUCAULT se ha reconocido parcialmente influenciado por el marxismo. Así, dada la multiplicidad de tradiciones inspiradas en el marxismo, el ceñirse a una de estas vetas interpretativas sin dar una justificación pareciera ser un acto de pura arbitrariedad. Pero como este trabajo no pretende ser un análisis crítico de las distintas corrientes herederas del marxismo (y si lo pretendiera, difícilmente podría agotarse allí la cuestión) aquí habrá de prescindirse de revisar cada una de ellas. No obstante todo ello, la necesidad de explicitar cómo se entiende la organización del entramado de relaciones sociales se mantiene.

Aquí se parte del principio que, enunciado de manera sintética, sostiene que existe una relación de unidad entre las relaciones económicas y las relaciones políticas/jurídicas/ideales (en adelante “relaciones jurídicas”); las primeras comprenden las relaciones entre mercancías en cuanto tales y las segundas las relaciones entre las personificaciones de dichas mercancías. Se trata siempre de una misma relación social que, considerada desde distintos enfoques, toma ora una forma, ora la otra. Dicha unidad se expresa de forma cabal en el hecho de que toda relación social de tipo económico tiene necesariamente que exteriorizarse mediante una relación jurídica y, a la vez, toda relación jurídica es la forma necesaria de manifestarse de una relación económica, es decir, esta última es su contenido necesario.²⁹ Nótese que esto no implica una preeminencia ontológica de una por sobre otra: tanto el contenido como la forma de manifestación son

²⁸ Para una recopilación de estos aportes y una exposición de sus diferencias ver: ANITUA, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

²⁹ INIGO CARRERA, “Acerca del carácter de la relación base económica – superestructura política y jurídica: la oposición entre representación lógica y reproducción dialéctica”, en CALIGARIS/FITZSIMONS (comps.), *Relaciones económicas y políticas. Aportes para el estudio de su unidad con base en la obra de Karl Marx*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Económicas, 2012, p. 14.

igualmente esenciales puesto que sin contenido la forma de manifestación es una contradicción en sí misma debido a su vacuidad (pues no manifestaría nada) y, a la inversa, el contenido sin manifestación es una abstracción del pensamiento pero no algo real dado que la realidad de un contenido no tiene otra forma de expresarse que haciéndose manifiesta.

Por lo tanto, si el entramado de relaciones sociales se encuentra históricamente determinado y si esa determinación consiste esencialmente en la unidad existente entre lo que de buenas a primeras aparece como algo abstractamente separado, es decir, la unidad entre lo económico y lo jurídico-político-ideal, la pregunta surge de suyo: ¿qué relaciones económicas le subyacen a la prisión en cuanto institución jurídica? Y, consecuentemente, ¿de qué forma esta expresa a aquellas? Intentar un primer aporte a la resolución de estos interrogantes será la tarea que a continuación se habrá de realizar.

IV. Contexto de la problemática y formulación específica de la hipótesis

1. Especificidades de la acumulación de capital en Argentina

Ya desde un principio la circunscripción geográfica a la que habrá de atenerse esta investigación está dada debido a que el foco de atención está ubicado específicamente en las modificaciones que ha sufrido la estructura de la prisión en Argentina y que la han llevado a adquirir características que la acercan al tipo ideal "prisión-depósito". Consecuentemente, las relaciones económicas que aquí habrán de exponerse son las que también específicamente pertenecen a dicho país. Sin embargo, esto no significa considerar al proceso de acumulación de capital en Argentina como abstraído del proceso de acumulación mundial puesto que el capitalismo argentino, sin perjuicio de sus particularidades, se encuentra inmerso en, y determinado por, el capitalismo mundial; o, puesto de un modo más riguroso, el proceso de acumulación de capital es nacional por su forma pero mundial por su contenido.³⁰ Entonces surge la cuestión: ¿qué es lo distintivo de la acumulación de capital en Argentina? Y, por otro lado, ¿cómo influye esa peculiaridad en la configuración de la cárcel en Argentina? Por supuesto, desarrollar el tema detenidamente implicaría exceder en demasía los límites de este trabajo. Es por ello que, a modo de síntesis, se han de señalar los aspectos más determinantes del movimiento histórico del proceso de acumulación en Argentina.

³⁰ IÑIGO CARRERA, *El capital: razón histórica, sujeto revolucionario y conciencia*, Buenos Aires, Imago Mundi, 2008, p. 109.

En primer lugar, se trata de un recorte nacional de acumulación que posee un mercado interno comparativamente pequeño y que, por otra parte, no tiene dentro de sus límites territoriales demasiados capitales que puedan producir en el nivel de productividad que demanda la competencia a nivel mundial. Esto implicó que históricamente los capitales argentinos dependiesen para su reproducción de las transferencias estatales que encontraban su fuente de financiamiento en la renta de la tierra. En segundo lugar, dadas las condiciones particulares de reproducción del capital en el interior del país, capitales extranjeros con la capacidad de competir en el nivel mundial desprenden fragmentos suyos para producir en el nivel local. Lo hacen, entre otras razones, debido a la ventaja que supone el poder poner a producir capital que para el mercado mundial es obsoleto pero que para la escala requerida por el mercado interno argentino es suficiente. Así:

“La reproducción de esta base lleva consigo la apertura continua de la brecha absoluta de productividad del trabajo, hasta resultar en el estancamiento y retroceso de la masa de valor producida por la economía nacional, generando una creciente población obrera sobrante para las necesidades del capital. Con lo cual, lejos de superar su base específica, esta modalidad nacional de acumulación de capital la reproduce incorporando a ella, como pilar principal, la caída creciente del salario por debajo del nivel requerido para la reproducción normal de la fuerza de trabajo nacional”.³¹

Esto se refleja de manera elocuente en la constante apertura de la brecha entre la curva de crecimiento del empleo y la de crecimiento de la productividad.³² Es por ello que, a pesar de que la velocidad de crecimiento poblacional argentino se ha desacelerado desde 1960, la demanda de fuerza de trabajo se ha ido estancando a una velocidad mayor.³³

³¹ INIGO CARRERA, *La formación económica de la sociedad argentina. Vol. 1 – Renta agraria, ganancia industrial y deuda externa. 1882-2004*, Buenos Aires, IMAGO MUNDI, 2007, p. 72.

³² Ver KENNEDY, “Economía política de la contabilidad social: vínculos entre la teoría de la riqueza social y sus formas de cuantificación”, Tesis doctoral N° 001501/1208 de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, p. 305. Disponible en: http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tesis/1501-1208_KennedyD.pdf [enlace verificado el 7 de diciembre de 2017].

³³ INIGO CARRERA, “La fragmentación internacional de la subjetividad productiva de la clase obrera”, Buenos Aires, CICP, p. 1.

2. Sobre la población obrera sobrante

Todo ello tiene como resultado que una porción de la población del país se encuentre determinada como sobrante para las necesidades de la acumulación de capital en el nivel local. Esto es, se trata de un sector de la población que, con cada aumento de la composición orgánica del capital, se ve degradado en su subjetividad productiva y, eventualmente, se ve expulsado del proceso de producción en la medida de que su participación en el proceso productivo se va tornando superflua.³⁴ Para más especificidad resulta oportuno recurrir a quien concibió esta idea:

“Como la demanda de trabajo no está determinada por el volumen del capital global, sino por el de su parte constitutiva variable, ésta decrece progresivamente a medida que se acrecienta el capital global [...]. Esa demanda disminuye con relación a la magnitud del capital global, y en progresión acelerada con respecto al incremento de dicha magnitud. Al incrementarse el capital global, en efecto, aumenta también su parte constitutiva variable, o sea la fuerza de trabajo que se incorpora, pero en proporción constantemente decreciente [...]. Esa disminución relativa de su parte constitutiva variable, acelerada con el crecimiento del capital global y acelerada en proporción mayor que el propio crecimiento de éste, aparece por otra parte, a la inversa, como un incremento absoluto de la población obrera que siempre es más rápido que el del capital variable o que el de los medios que permiten ocupar a aquélla. La acumulación capitalista produce de manera constante, antes bien, y precisamente en proporción a su energía y a su volumen, una población obrera relativamente excedentaria, esto es, excesiva para las necesidades medias de valorización del capital y por tanto superflua”.³⁵

Ahora bien, este sector de la población obrera admite una gradación según cuán expulsada del mercado de venta de la fuerza de trabajo se encuentre. Así, podemos identificar cuatro grados:³⁶

³⁴ IÑIGO CARRERA, *supra* nota 33, pp. 3 y 4.

³⁵ MARX, *El capital*, t. I., vol. 3, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 783-784.

³⁶ La clasificación que a continuación se expone es, en esencia, extraída de IÑIGO CARRERA, *supra* nota 33, p. 4 y, a la vez, se encuentra complementada por otra de la misma tónica extraída de KABAT, “La reserva.

a. población obrera sobrante de carácter flotante: es aquella que entra y sale de la esfera productiva en función del ritmo de la acumulación. Es decir, ingresa a la producción cuando la economía se encuentra en una fase de crecimiento y el capital precisa de mayor cantidad de mano de obra para cubrir la demanda acrecentada de fuerza de trabajo. Ni bien la economía se enfría o se deprime esa mano de obra extra deja de ser necesaria y, por ende, es expulsada de la producción.

b. población obrera sobrante de carácter latente: consiste en aquel sector de la población obrera que encuentra velada su calidad de sobrante por el hecho de que fácticamente sí participan del proceso productivo. Su participación se debe a una injustificada baja productividad del sector productivo al que pertenecen. Cuando esta anomalía cesa, se ven expulsados de dicho sector y obligados a migrar hacia otros que puedan absorber su oferta de fuerza de trabajo. Un ejemplo de este sector es el empleo público, altamente improductivo, pero mantenido a fin de contener a ese sector de la población que de otro modo se encontraría desempleada.

c. población obrera sobrante estancada: es aquella que solo puede vender su fuerza de trabajo a condición de hacerlo por debajo de su valor. En este caso, vale señalar que el valor de la fuerza de trabajo está determinado por el precio de las subsistencias, es decir, de los medios de consumo que el obrero promedio precisa consumir para reproducir su fuerza de trabajo. Si se tiene esto en consideración, se llega al resultado de que esta porción de la clase obrera reproduce deficientemente su vida.

d. población obrera sobrante consolidada: en esta categoría caen todos aquellos que no pueden vender su fuerza de trabajo a ningún precio. Es por ello que la reproducción de su vida se encuentra atada a factores externos, sea la caridad, el asistencialismo estatal o, simple y crudamente, la mera contingencia de encontrar algo que consumir en su deambular por el mundo.

Tener en cuenta esta distinción que se da en el interior de la población obrera sobrante habrá de ser útil a la hora de determinar su nivel de incidencia en la población argentina en general y, por otro lado, la correlación existente entre la magnitud de la población obrera sobrante y la de la población carcelaria.

Mapeo de las capas obreras desocupadas” en *El Aromo N° 10*, disponible en: <http://razonyrevolucion.org/la-reserva-mapeo-de-las-capas-obreras-desocupadas/> [enlace verificado el 17 de abril de 2017].

3. Formulación hipotética de la relación entre las modificaciones en la configuración de la prisión y el aumento de la población obrera sobrante

Ya demarcado y recorrido el curso conceptual aquí propuesto es posible proceder a formular la hipótesis que se pretende defender. Pues bien, lo que aquí se postula es que, por una parte, el aumento de la población obrera sobrante impacta en la magnitud del grueso de personas que forman parte de la población carcelaria, lo que hace que esta crezca considerablemente. Por otra parte, se sostiene que el hecho de que la configuración de la prisión tome características que la acercan al tipo ideal "prisión-depósito" se explica, en parte, a partir de lo anterior, es decir, de la circunstancia de que las personas que engrosan las filas de la población carcelaria están determinadas como sobrantes para las necesidades del capital.

Como se ve, la primera aseveración es de carácter cuantitativo y la segunda de carácter cualitativo. De este modo, se deduce que la primera hipótesis precisa de un análisis correspondientemente cuantitativo para ser probada. A ello estará dedicado el siguiente acápite. En cambio, la segunda es pasible de ser fundamentada, *a priori*, argumentativamente. Así, se sostiene que los establecimientos carcelarios adquieren rasgos que los asemejan al tipo ideal "prisión-depósito" justamente porque la porción de la población que ha de depositarse allí (redundancia intencionada) no posee ninguna utilidad para el capital. Esto es, la reproducción de su vida (y, por ende, la de su fuerza de trabajo) es un asunto que el capital no está dispuesto a atender debido a, por un lado, la basta oferta de fuerza de trabajo de la misma calificación existente en el mercado laboral y, por otro, la escasa necesidad por parte del capital de ese tipo de fuerza de trabajo.

Entonces, ya no se trata de corregir o disciplinar, ni mucho menos de rehabilitar o resocializar, sino que simplemente se trata de gestionar de la manera más eficiente posible el aislamiento de un sector de la población que resulta superfluo para las necesidades de la acumulación de capital. Sector de la población que, vale remarcar, ha caído bajo la esfera del poder punitivo justamente porque ante la imposibilidad de reproducir su vida de manera normal se ha visto forzado a recurrir al delito como forma paliativa (y degradante) de realizar dicha reproducción.³⁷ Esto significa que no solo concurren como factores explicativos de la cantidad de

³⁷ Según el informe anual del SNEEP 2015 el delito de robo (es decir, un delito que atenta directamente contra la propiedad privada y que uno bien puede asumir se comete para luego realizar un posterior consumo con lo adquirido mediante dicho delito) es el que mayor preeminencia tiene, con 28.863 menciones sobre 71.464 casos.

personas de bajo poder adquisitivo apresadas la selectividad de las agencias de aplicación del poder punitivo y la vulnerabilidad al poder punitivo,³⁸ sino que también, complementariamente, se erige como factor *objetivo* un dato duro: quien no puede reproducir su propia vida en la forma normal que le corresponde a la sociedad capitalista se ve compelido a buscar alternativas anormales de reproducción de la propia vida o, en los términos de DURKHEIM, es instado a tener un comportamiento anómico. Si se considera además que esto no es la decisión unilateral de un individuo aislado (es decir, no se trata aquí de una “robinsonada”), sino que más bien quien eventualmente se ve forzado a elegir una forma alternativa de reproducir su vida ya se encuentra atravesado y permeado por un contexto de vulnerabilidad social extendido a través del tiempo y, por ende, con un gran arraigamiento cultural, si se considera todo eso, digo, el delito se presenta como una elección para nada irracional.

Con todo, si bien no resulta lógico postular que toda la población encarcelada es necesariamente población obrera sobrante lo cierto es que las estadísticas del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) para el año 2015 demuestran que de las 71.464 personas privadas de su libertad consultadas (cifra que corresponde al 98,3% de la población total informada) un 45% se encontraba desocupada al momento de ingresar a la prisión y tan solo un 15% se encontraba trabajando a tiempo completo. Por otra parte, en lo referido a la capacitación laboral, el 52% de la población carcelaria no tenía ni oficio ni profesión al momento de ingresar a la prisión. También se destaca que el 84% de la población carcelaria, al momento de ingresar al establecimiento, no poseía el secundario completo. Peor aún, un 28% siquiera tenía el primario completo.³⁹

Todas estas cifras representan un claro indicio de que gran parte de la población encarcelada se encontraba ya en una grave situación de vulnerabilidad social antes de entrar a la prisión, lo cual se corresponde con el fenómeno del crecimiento de la población obrera sobrante mencionado anteriormente. Así, es posible concluir que, aunque no de manera exclusiva, la prisión sirve como una forma de contener a este creciente sector de la población (probablemente, la que mayor nivel de conflictividad demuestra dentro de ese sector).⁴⁰ Por supuesto que, no obstante la fundamentación *a priori*, para afirmar esta segunda hipótesis de manera terminante es preciso probar que existe la mentada correlación cuantitativa.

³⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2.ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 2002, pp. 9-13.

³⁹ Informe anual del SNEEP 2015, pp. 11-12.

⁴⁰ Es este un factor al que, a fin de afinar la medición, bien podría agregarse la consideración del sector consolidado de la población obrera sobrante, conforme a las clasificaciones antes mencionadas.

V. Determinación cuantitativa

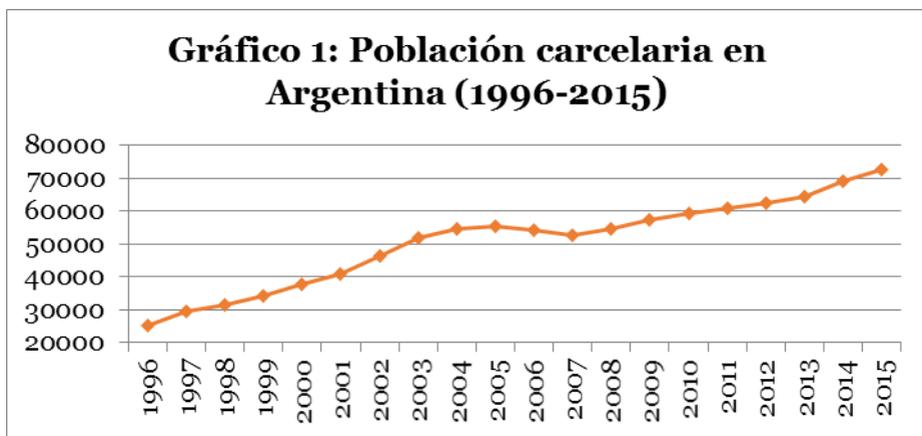
Para poner de manifiesto la relación mencionada es necesario lograr cierto grado de commensurabilidad entre ambos aspectos a ser comparados. Es por ello que primero es menester realizar un análisis cuantitativo. Así, a causa de la posibilidad de recurrir a estadísticas anuales que permiten realizar un ejercicio comparativo aquí se opta por considerar al aumento de la población carcelaria como variable indicativa del grado de acercamiento a la “prisión-depósito”.⁴¹ Por otra parte, se toma como síntoma o indicio de un aumento de la población obrera sobrante, por un lado, el aumento de la tasa de desempleo, por otro lado, la baja del salario real y, finalmente, el aumento de la pobreza estructural o pauperismo.

1. Aumento de la población carcelaria

Considerando la primera variable (Gráfico 1) se observa que en Argentina, teniendo en cuenta los establecimientos presidiarios que dependen tanto del Servicio Penitenciario Federal como de los servicios penitenciarios provinciales, en el año 1996 la población carcelaria ascendía a 25.163 mientras que para el año 2015 trepó a los 72.693. Esto significa un aumento de un 189% aproximadamente en 19 años.

⁴¹ La elección de este elemento como única variable indicativa constituye una clara limitación del poder explicativo del análisis aquí presente. Sin embargo, se lo asume como un costo a pagar a fin de priorizar la economía espacial. Un posterior desarrollo bien podría ampliar la cantidad de variables indicativas, considerando, por ejemplo, el nivel de hacinamiento o el paulatino empeoramiento de las condiciones de vida dentro de la prisión. No obstante, vale remarcar nuevamente que estas características bien pueden deducirse de la que aquí se considera para la comparación.

Gráfico 1: Población carcelaria en Argentina (1996-2015)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del informe anual 2015 del SNEEP.

Esta cifra resulta aún más reveladora si se considera que en el mismo período de tiempo la población del país aumentó de 35.419.683 a 43.416.755, lo que implica un aumento en términos porcentuales mucho menor que el registrado en el de la población carcelaria: tan solo un 22,5%.⁴² Esto además significa que, basando el cálculo en los datos anteriores, la tasa de encarcelamiento ha aumentado de 71 personas presas cada 100.000 habitantes en 1996 a 167 cada 100.000 habitantes en 2015; es decir, existe un aumento del 135% en la tasa de encarcelamiento.

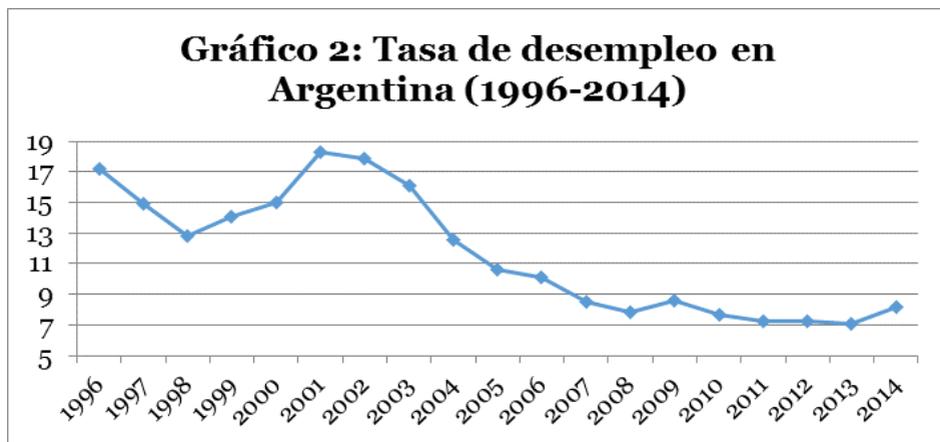
En cuanto al fenómeno de que el crecimiento de la tasa de encarcelamiento se dé a mayor velocidad que el del crecimiento de la población, es ilustrativa la afirmación del informe anual correspondiente al año 2015 de la Procuración Penitenciaria de la Nación, que sostiene que: “[s]i se centra la atención a nivel regional, en Sudamérica se condensa el 6% de la población mundial pero aloja al 9% de los presos del mundo”.⁴³

⁴² Cifras seleccionadas y extraídas de la base de datos del Banco Mundial. Disponible en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL?end=2015&locations=AR&start=1996> [enlace verificado el 15 de abril de 2017].

⁴³ PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN (PPN), *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe anual 2015*, Buenos Aires, Procuración Penitenciaria de la Nación, 2016, p. 29.

2. Aumento de la población obrera sobrante

En lo que respecta a los indicadores relativos a la magnitud de la población obrera sobrante tenemos que, por una parte, la tasa de desempleo (Gráfico 2) se ubica para el año 1996 en el 17,20%. Y, para el año 2014, en un 8,19%. Se registra un descenso de 9,01 puntos porcentuales entre el primero y el último año del rango aquí considerado.



Fuente: Elaboración propia a partir de las cifras extraídas de la base de datos del Banco Mundial.

A primera vista, estos datos generan la apariencia de que no existe una correlación entre la cantidad de personas que se ven privadas de ingresar al mercado de trabajo y la cantidad de personas que son encarceladas. Sin embargo, es necesario tener en cuenta tres factores. En primer lugar, es necesario considerar que el porcentaje real de desempleo es subestimado por las mediciones oficiales, puesto que los criterios allí utilizados son, cuando menos, cuestionables. Una estimación más realista nos revela que, por ejemplo, para el año 2006 la tasa oficial de desempleo asciende a un 10% aproximadamente, mientras que para el mismo año la tasa real se calcula alrededor del 28%. De la misma forma, para 2013, año en el que se registra la cifra más baja (7,1%), la tasa real de desempleo se estima en casi un 25%.⁴⁴ Es decir, bien podría conjeturarse que la tasa de desempleo, como mínimo, se ha mantenido en un orden superior al 20%.

⁴⁴ VILLANOVA, “¿Cuántos ‘desocupados’ hay? Un acercamiento a la magnitud real del desempleo a través de la Encuesta Permanente de Hogares” en *El Aromo*. N° 85. Disponible en: <http://razonyrevolucion.org/cuantos->

En segundo lugar tenemos que, incluso haciendo abstracción de lo anterior (y, por tanto, admitiendo que hubo una sostenida recuperación del empleo post-2001), si se considera un rango temporal más amplio la perspectiva de todos modos cambia radicalmente. Y esto sucede debido a que nos encontramos con que desde el año 1964 hasta el año 1988 la tasa de desempleo osciló entre el 3,8% y el 6,5%.⁴⁵ Es decir, lo que indican los datos es que ni siquiera la cifra más baja de la última década logra alcanzar en su descenso los niveles de la década del ochenta. Dicho de otro modo, la tasa de desempleo más baja de la última década no logra descender hasta alcanzar siquiera los niveles más altos de desempleo que se registran en la década del ochenta.⁴⁶ Esto evidencia que, sin perjuicio de la última recuperación económica (y de los vaivenes económicos en general), los niveles de degradación de las condiciones de reproducción de la vida de la clase obrera han ascendido a un piso más alto del que se encontraban hace unas décadas.

En tercer lugar, es necesario señalar que la caída de la tasa de desempleo se condice con el fuerte descenso del salario real (ver Gráfico 3). Lo que indica que, lejos de mejorar las condiciones de vida de la clase obrera, la recuperación económica solo se erige sobre la base de su pauperización. Y es esto lo que en parte explica el aumento de la población empleada. Puesto de otro modo, lo que deja como resultado la crisis es un sector de la población dispuesto a vender su fuerza de trabajo a un precio cada vez más barato.⁴⁷ Es por eso que los niveles del salario real y sus oscilaciones constituyen la segunda variable a considerar aquí en relación con la población obrera sobrante y la determinación de su magnitud.

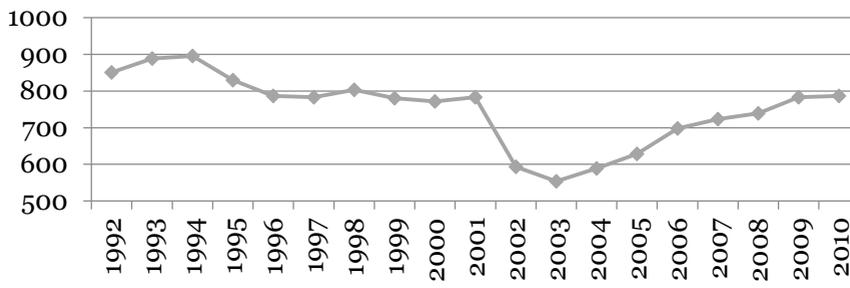
desocupados-hay-un-acercamiento-a-la-magnitud-real-del-desempleo-a-traves-de-la-encuesta-permanente-de-hogares-nicolas-villanova/ [enlace verificado el 13 de abril de 2017]. En lo que respecta a los criterios utilizados para realizar esta estimación (y la consecuente crítica al criterio oficial) me remito al artículo mismo.

⁴⁵ IÑIGO CARRERA/CAVALLERI/MURRINI, “La superpoblación relativa en Argentina actual: un ejercicio de medición” en *PIMSA Documentos y Comunicaciones* N° 77, Buenos Aires, PIMSA, 2010, pp. 111-112.

⁴⁶ Esta es, por otra parte, la conclusión a la que llega IÑIGO CARRERA, considerando, además del nivel de desocupación, el nivel de subocupación (ver IÑIGO CARRERA/CAVALLERI/MURRINI, *supra* nota 45, p. 118).

⁴⁷ RODRÍGUEZ CYBULSKI, “Una década de empleados pobres” en *El Aromo* N° 77, disponible en: <http://razonyrevolucion.org/una-decada-de-empleados-pobres-por-viviana-rodriguez-cybulski/> [enlace verificado el 13 de abril de 2017].

Gráfico 3: Salario real en pesos al valor 1993 (1992-2010)



Fuente: estimación propia sobre la base de KENNEDY, "Economía política de la contabilidad social: vínculos entre la teoría de la riqueza social y sus formas de cuantificación", Tesis doctoral N° 001501/1208 de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.

Conforme a lo señalado anteriormente, el abrupto descenso del salario real que se inicia en el año 2001 (que solo entre 2001 y 2002 representa una disminución del 24,13%) coincide con el inicio del descenso en la tasa de desempleo para el mismo año. Por otra parte, la recuperación del salario real que se inicia en el año 2004 no llega a superar los límites del año 1998, a pesar de que la recuperación económica, en general, es sostenida. Dicho de otro modo, las recuperaciones del salario real no son suficientes como para alcanzar el piso anterior y, por ende, en el largo plazo se evidencia una constante caída del salario real, no obstante sus vaivenes. Como señala KENNEDY:

“Específicamente en lo que hace al salario real, la hiperinflación de 1989 y 1990 y el estallido de la convertibilidad significaron retrocesos similares al ocurrido con la irrupción de la dictadura, que significó que se ubique en niveles históricos cada vez más deprimidos. Por caso, en 2003 su poder adquisitivo era menor que el 60% del poder adquisitivo de 1970. La recuperación de los últimos años, importante en sí misma, alcanzó para que retorne a su nivel de la década del noventa, de modo que en la actualidad el

salario real resulta un 20% inferior al de 1970. De compararse con el nivel alcanzado en 1973-1974, el retroceso sería aún peor”.⁴⁸

En el mismo sentido, IÑIGO CARRERA señala que otro claro indicio del aumento de la población obrera sobrante es el aumento del crecimiento del empleo (45%) comparativamente menor al del crecimiento de la población (49%) en el período que va de 1974 a 2004.⁴⁹ Si a ello se le agrega el hecho de que para el mismo período la masa salarial se reduce en un 38%⁵⁰ la conclusión surge de suyo:

“La multiplicación de la población sobrante para el capital empuja el salario real hacia abajo. A su vez, esta caída multiplica la oferta de fuerza de trabajo por parte de la familia obrera, ante la imposibilidad de sostener su reproducción con las fuentes de ingreso que tenía anteriormente. De modo que la situación de desempleo se torna más aguda todavía que la que muestra la apertura de la brecha entre el crecimiento de la población y el crecimiento del empleo, realimentando la caída del salario real”.⁵¹

Resta por considerar la variable que de manera más cruda da cuenta de la magnitud de la población obrera sobrante consolidada: la pobreza. Según la definición anteriormente dada, se encuentran en esta situación aquellos que se ven despojados hasta de la capacidad de reproducirse biológicamente por su propia cuenta; en otras palabras, se trata de quienes necesitan de la caridad o la ayuda estatal para reproducir su vida y no tienen expectativas de ingresar al mercado laboral. Ahora bien, esto supone un problema dado que las mediciones del nivel de pobreza no responden a este criterio sino a uno relacionado con la capacidad de consumo.⁵² No obstante, las cifras oficiales pueden ofrecer una primera aproximación a la cuestión (ver Gráfico 4).

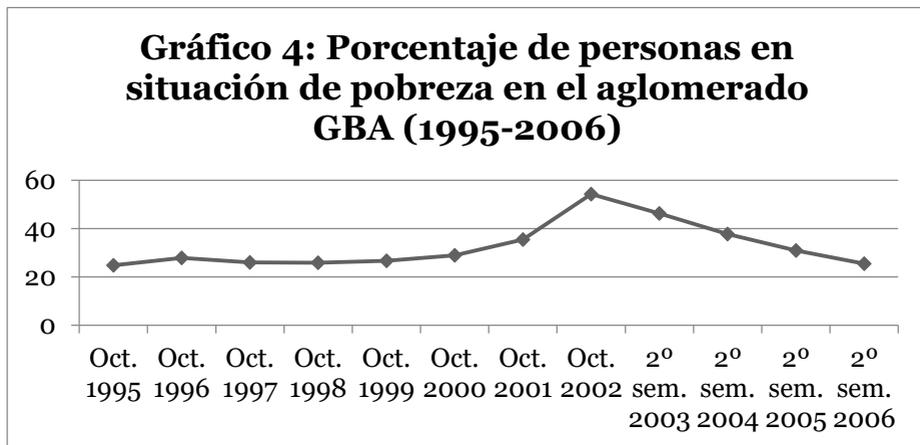
⁴⁸ KENNEDY, *supra* nota 32, p. 304.

⁴⁹ IÑIGO CARRERA, *supra* nota 31, p. 52.

⁵⁰ IÑIGO CARRERA, *supra* nota 31, p. 51.

⁵¹ IÑIGO CARRERA, *supra* nota 31, p. 52.

⁵² Por caso, el Banco Mundial considera pobres a quienes posean un consumo por debajo de la línea del 1,90 USD diarios o del 3,10 USD diarios. Ver: <http://datos.bancomundial.org/tema/pobreza> [enlace verificado el 12 de abril de 2017].



Fuente: Elaboración propia sobre la base del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) (Encuesta Permanente de Hogares [EPH], puntual para el período 1995-2002 y EPH continua para el período 2003-2006).

Nuevamente, si bien producto de la recuperación económica post-2001 se registra un descenso del índice de pobreza, lo cierto es que, considerado el largo plazo, esa disminución no supone de ningún modo un regreso a los niveles anteriores: “en 1974 en el conurbano bonaerense sólo 5,8% de la población se encontraba por debajo de la línea de pobreza; en 1980 alcanzó a 12,8%; en 1982 llegó a 37,4%; en 1985 bajó a 24%; en 1987 volvió a crecer hasta 33,1%.”⁵³

Conforme a la definición antes mencionada, una buena forma de estimar la cantidad de personas que caen en la categoría aquí en consideración es calcular la cantidad de personas que se ven subsidiadas directamente por el Estado, sea nacional o provincial. Sin embargo, esta medición resulta difícil y tan solo se puede ofrecer una aproximación de un trazo grueso.⁵⁴ Con todo, esta aproximación arroja como resultado que para el año 2009 se calcula que la población subsidiada asciende a 11.006.949,⁵⁵ es decir, aproximadamente un cuarto de la población total del país.

⁵³ INIGO CARRERA/CAVALLERI/MURRINI, *supra* nota 45, p. 130.

⁵⁴ INIGO CARRERA/CAVALLERI/MURRINI, *supra* nota 45, p. 148.

⁵⁵ INIGO CARRERA/CAVALLERI/MURRINI, *supra* nota 45, pp. 149 y 151.

VI. Relación entre el aumento de la población carcelaria y el aumento de la población sobrante

Puede aseverarse que la correlación ha sido establecida desde dos perspectivas. En primer lugar, se hace notorio que, considerado el largo plazo, tanto los momentos de crisis como los de marcada recuperación económica tienen una influencia directa en el aumento de la población carcelaria. Así, tenemos que para el período de 2001-2003, fuertemente marcado por la crisis económica, se registra la mayor tasa de desempleo (18,29%), el más abrupto descenso en salario real (de 782,6 a 553,6 pesos 1993; es decir una caída del 29,26%) y el pico de pobreza más alto para el aglomerado de GBA (54,3%), al mismo tiempo que se registra que la población carcelaria creció en un 26,80%, lo que significó un aumento de casi 11.000 personas privadas de su libertad.⁵⁶ Por otro lado, tenemos que para el período 2006-2007, un claro período de recuperación económica, se registra el descenso más marcado de la población carcelaria al propio tiempo que se registra uno de los puntos más bajos de la tasa de desempleo (8,5%, el primer punto por debajo del 10%), una marcada recuperación del salario real (que para ese entonces se ubicaría en el orden de los 723,5 pesos al valor de 1993) y, finalmente, un descenso al punto más bajo desde 1995 del índice de pobreza para aglomerado de GBA.

No obstante que esas cifras por sí mismas son bastante concluyentes, es necesario señalar que independientemente de los movimientos puntuales de ascenso o descenso, la tendencia general a largo plazo del aumento de la población carcelaria es marcadamente ascendente. Es por eso que, desde una segunda perspectiva, es posible afirmar que esa continua tendencia se condice a su vez con lo que se ha verificado en el análisis de los factores aquí estudiados: que, en última instancia, las recuperaciones de los indicadores nunca llegan a alcanzar los niveles anteriores a la crisis sino que siempre se ubican por encima del piso mínimo anterior y que, por ende, en el largo plazo se registra una constante degradación y pauperización de la población obrera en general y de la población obrera sobrante en particular. Es así que, también desde esta perspectiva más amplia, resulta factible establecer la correlación entre el aumento de la población carcelaria y el de la población obrera sobrante.

⁵⁶ El porcentaje escala a 35,27% si se considera solo el ámbito del Servicio Penitenciario Federal en la Provincia de Buenos Aires según el informe anual SPEEN 2015.

VII. Conclusiones

El punto de partida aquí propuesto sirvió como delimitación metodológica y conceptual. Así, dimos con que, sin perjuicio de la existencia de rasgos que asemejan la "prisión real" argentina al tipo ideal "prisión-depósito", convenía más a la situación concreta del país la caracterización de su gestión del encierro como de economía mixta. Con todo, dicha caracterización adolecía de poder explicativo desde un punto de vista causal, por lo cual resultó necesario volver a nuestra consideración hacia el ámbito del enfoque macrosociológico. Es desde allí que se ha intentado ofrecer una explicación causal de la aparición de los rasgos antes mencionados en la configuración de la prisión argentina.

Ahora bien, el posterior desarrollo de la investigación ha dado como resultado que es posible sostener que, dada la correlación entre el aumento de la población carcelaria y el de la población obrera sobrante, la hipótesis de que la prisión en Argentina ha tomado rasgos característicos del tipo ideal "prisión-depósito" debido al aumento de la población obrera sobrante tiene sustento empírico (sin perjuicio de que para el análisis solo se haya considerado la variable del aumento de la población carcelaria). Puesto de otro modo, si es posible afirmar el aspecto que anteriormente se ha caracterizado como de tipo cuantitativo es posible también afirmar, ya no solo argumentativamente, sino también con el correspondiente sustento empírico, aquella aseveración de tipo cualitativa.

A partir de todo ello resulta lícito formular la conclusión en los términos de la unidad propia de las relaciones sociales en sus distintos aspectos: *las relaciones económicas correspondientes específicamente al recorte nacional de acumulación argentino que, en cuanto tales, implican la determinación de una creciente porción de la clase obrera como sobrante para las necesidades de la acumulación de capital poseen como una de sus formas de manifestación jurídico-política la creciente preponderancia de rasgos propios de la "prisión-depósito" en las cárceles argentinas (y, particularmente, el creciente y continuo aumento de la población carcelaria). Son aquellas relaciones económicas el contenido de esta manifestación y, a la vez, es esta forma particular de manifestación uno de los modos en que necesariamente se realiza la determinación antes mencionada.*

Aseverar esto no significa de ningún modo afirmar que exista una correspondencia inmediata o absoluta entre el contenido y la forma. Así, en el ámbito del desarrollo concreto de la vida presidiaria puede suceder que se den movimientos contradictorios. De hecho, la contradicción en sí misma es un elemento constitutivo de la realidad y, por tanto, como vimos al inicio, los

conceptos no se presentan en la realidad empírica de la misma forma en que lo hacen en la abstracción del pensamiento, es decir, en su pureza. Entonces, al plantear la relación de unidad anteriormente señalada se plantea también este juego de contradicciones que conforman lo que se nos enfrenta de manera inmediata en el plano fenoménico. Así, por ejemplo, un caso donde se verifica una “resistencia” a las determinaciones generales antes enunciadas se da en la cárcel de Devoto, donde la ubicación, la presencia de la universidad y la particular historia de la propia cárcel hacen que se torne más difícil su asimilación a los rasgos de la “prisión-depósito”.⁵⁷

Estas circunstancias más concretas le escapan a la perspectiva macrosociológica aquí tomada, justamente por los objetivos que esta se propone. Y es allí donde radica el incommensurable valor que tiene el artículo de GUAL, puesto que se dedica a realizar un análisis concreto y comparativo de la situación de las cárceles en Argentina; y es que el trabajo de campo es esencial en la investigación. Sin embargo, como el propio trabajo del autor denota, a su vez es posible identificar ciertos elementos relacionados al tipo ideal “prisión-depósito” en esa experiencia de Devoto, lo cual significa que, incluso con sus particularidades, este establecimiento se ve permeado por las determinaciones generales antes mencionadas.

Entonces, la tarea que queda inconclusa es la de exponer de manera transparente la relación que existe entre las determinaciones generales y las que surgen del análisis concreto de cada caso en particular. No quiero decir con esto que GUAL se proponga hacer eso y no lo logre o, peor, que la ausencia de esa arista macrosociológica en su análisis sea una falencia: la propuesta del autor queda claramente delimitada desde un principio y cumple su cometido. Lo que quiero decir es que el esfuerzo aquí realizado viene a proponerse como un aporte o complemento a las bases sentadas por ese trabajo anterior de manera tal que en una futura investigación puedan considerarse tanto los aspectos micro- y macrosociológicos a la hora de estudiar la situación de una prisión en particular. Así de lo que se trata es de exponer cuál es la relación existente entre lo que se nos presenta inmediatamente, es decir, lo aparente, y lo que eso esencialmente es, de modo tal de hacer patente la *unidad* existente entre ambos respectos puesto que, a fin de cuentas, “toda ciencia sería superflua si la forma de manifestación y la esencia de las cosas coincidiesen directamente”.⁵⁸

⁵⁷ GUAL, *supra* nota 4, p. 311, nota 18.

⁵⁸ MARX, *El Capital. El proceso global de la producción capitalista*, t. III, vol. 8, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 1041.

VIII. Bibliografía

ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

D’AURIA, Aníbal, *La crítica radical del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 2016

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1989 [1976].

GUAL, Ramiro, “‘Prisión depósito’ en Argentina. Del ‘cambio epocal catastrófico’ a la ‘economía mixta del encierro’”, en GUAL, Ramiro/ANITUA, Ignacio (comps.), *La privación de la libertad. Una violenta práctica punitiva*, Buenos Aires, Didot, 2016.

— *Visiones de la prisión. Violencia, incomunicación y trabajo en el régimen penitenciario federal argentino*, Tesis de Maestría, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral, 2015.

HEGEL, G.W.F., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (trad. Carlos Díaz), Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1993 [1974].

IÑIGO CARRERA, Juan, *El capital: razón histórica, sujeto revolucionario y conciencia*, Buenos Aires, Imago Mundi, 2008.

— *La formación económica de la sociedad argentina. Vol. 1 – Renta agraria, ganancia industrial y deuda externa. 1882-2004*, Buenos Aires, IMAGO MUNDI, 2007

— “Acerca del carácter de la relación base económica – superestructura política y jurídica: la oposición entre representación lógica y reproducción dialéctica” en Caligaris/ Fitzsimons (comps.), *Relaciones económicas y políticas. Aportes para el estudio de su unidad con base en la obra de Karl Marx*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Económicas, 2012.

— “La fragmentación internacional de la subjetividad productiva de la clase obrera”, Buenos Aires, CICP.

IÑIGO CARRERA, Nicolás, CAVALLERI, Estela y MURRINI, Marina, “La superpoblación relativa en Argentina actual: un ejercicio de medición” en *PIMSA Documentos y Comunicaciones N° 77*, Buenos Aires, PIMSA, 2010, pp. 105-162.

IRWIN, John y AUSTIN, James, *It's about Time. America's Imprisonment Binge*, U.S.A., Wadsworth, 1995.

KABAT, Marina, “La reserva. Mapeo de las capas obreras desocupadas” en *El Aromo N° 10*

MARX, Karl, *El capital. El proceso de producción del capital*, t. I, vol. 3, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

— *El Capital. El proceso global de la producción capitalista. Tomo III. Vol. 8*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012

MELOSSI, Darío/PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica*, México, Siglo XXI, 2005 [1977].

PRATT, John (et. al.), *The new punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Routledge, New York, 2011 [2005].

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN (PPN), *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe anual 2015*, Buenos Aires, Procuración Penitenciaria de la Nación, 2016.

RODRÍGUEZ CYBULSKI, Viviana, “Una década de empleados pobres” en *El Aromo*, n.° 77.

RUSCHE, Georg, KIRCHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Bogotá, TEMIS, 1984 [1939].

SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina” en *Sistema Penal & Violência. Vol. 1.*, Porto Alegre, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

VILLANOVA, Nicolás, “¿Cuántos ‘desocupados’ hay? Un acercamiento a la magnitud real del desempleo a través de la Encuesta Permanente de Hogares” en *El Aromo*, n.° 85.

WEBER, Max, *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 2002.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE AUTORIDADES PENITENCIARIAS ANALIZADA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA OMISIÓN IMPROPIA Y DE LAS INCUMBENCIAS (“*OBLIEGENHEITEN*”)*

Nicolás Eduardo AYESTARÁN*

Fecha de recepción: 1 de octubre de 2017
Fecha de aprobación: 22 de noviembre de 2017

Resumen

La presente investigación tiene por objeto realizar un estudio de la responsabilidad de autoridades penitenciarias respecto de daños sufridos por los internos a su cargo o producidos por estos. En este sentido, se desarrollará un breve análisis genotípico de la omisión impropia y de las incumbencias (*Obliegenheiten*) en el marco del particular fenotipo de los sistemas penitenciarios. De esta manera, el autor considera que estos institutos propios de la dogmática jurídico-penal pueden contribuir a solucionar conflictos que periódicamente se suscitan en el ámbito carcelario, donde las condiciones de sujeto activo y pasivo tienen elementos particulares, muy distintos a los que se observan en cualquier otro entorno. Esto se debe a que el sistema penitenciario se enmarca dentro de lo que puede considerarse una “institución total”. Para abordar esta investigación, es preciso realizar un breve repaso de la existencia de deberes positivos y negativos en derecho penal, y cómo operan estos en el marco de una institución penitenciaria.

Palabras clave: Sistema penitenciario – Instituciones totales – Funcionarios públicos – Deberes positivos y negativos – Omisión impropia – Posición de garante – Incumbencias

Title: Criminal Responsibility of Penitentiary Authorities through the Lens of the Legal Institutes of ‘Commission by Omission’ and Incumbencies (*Obliegenheiten*)

* Dedicado a Mariana Gauto, por su incondicional apoyo y aliento.

* Abogado (Universidad Nacional de San Juan). Estudiante de la Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Nacional de Cuyo). Profesor en la carrera de Derecho (Universidad Nacional de San Juan). Correo electrónico: abog.nicolas.ayestaran@gmail.com/nayestaran@mpf.gov.ar.

Abstract

The main goal of this research is to study the liability of penitentiary authorities for the injuries suffered by inmates or produced by them. Omissions and incumbencies (*Obliegenheiten*) will be briefly analyzed in a genotypic way, taking into account the unique phenotype of the penitentiary systems. The author considers that these theoretical concepts may contribute to solving everyday conflicts that take place in confinement, considering that such places have particular features and limitations, different from anything that may be observed in any other environment. This is why the penitentiary system is considered and framed as a “total institution”. To approach this investigation, it is required to make a brief account of positive and negative duties in Criminal Law and how they operate inside a penitentiary institution.

Keywords: Penitentiary systems – Total institution – Omissions – Incumbencies – Positive and negative duties – Guarantor position

Sumario

I. El sistema penitenciario como institución total; II. Funcionarios penitenciarios como garantes; III. ¿Qué tipo de riesgos se encuentran abarcados en la posición de garante que ostentan los funcionarios penitenciarios? Una posible respuesta a partir de la aceptación de incumbencias en derecho penal; IV. Palabras finales; V. Bibliografía

I. El sistema penitenciario como institución total

Como aclaración previa, y con el objeto de comprender cabalmente el análisis que se desarrollará en lo sucesivo, debe partirse de la siguiente premisa: el recluso que ingresa al sistema penitenciario es introducido en una “institución total”, donde todos los aspectos de su vida se encontrarán sometidos a una regulación fija y predeterminada. Este concepto, acuñado por el sociólogo Erwin GOFFMAN,¹ se refiere a establecimientos u organismos donde todos los aspectos de la vida de una persona sujeta a determinado régimen se encuentran a merced de una única autoridad, sumado a la circunstancia de que cada actividad se realiza con la compañía inmediata de otras personas. En el mismo sentido, esta clase de instituciones (entre las que ubican, además de la prisión, los hospitales y establecimientos educativos) se caracterizan por someter a los individuos a una “omnidisciplina” en la que el Estado dispone de manera total(izante) del tiempo (y del cuerpo)

¹ GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* (trad. OYUELA DE GRANT) Buenos Aires, Amorrortu, 1970, pp. 19-20.

de una persona. A su vez, el Estado puede regular estas cuestiones a voluntad, establecer ritmos, marcar espacios, fijar prácticas y repeticiones. Este régimen de vida se basa en una serie de principios, entre los que se destacan el aislamiento y la comunicación unidireccional (es decir, la no-comunicación).²

En este orden de ideas, y a nivel jurídico-penal, esta particular especie de instituciones conlleva una importante disminución en las posibilidades de autoprotección,³ lo cual se traduce necesariamente en un compromiso específico de mantener indemnes los bienes jurídicos que se refieren a los internos.

Dentro de este marco, el objetivo de este trabajo será determinar cuál es la responsabilidad penal de los funcionarios del servicio penitenciario por las lesiones sufridas por los internos, o que estos últimos pueden causarles a otras personas, durante el tiempo en el que se encuentran sometidos al régimen penitenciario. Para ello, en primer lugar, se analizará la posibilidad de que los funcionarios del servicio penitenciario puedan responder por omisión en estos supuestos (apartado II). En segundo lugar, se analizará cuál sería el alcance de la responsabilidad de los funcionarios en estos supuestos (apartado III). Finalmente, se ofrecerán unas breves reflexiones sobre el tema (apartado IV).

II. Funcionarios penitenciarios como garantes

En primer lugar, debe destacarse que de acuerdo con el derecho vigente en Argentina, las autoridades penitenciarias integran el concepto de “funcionario público”. Así, de acuerdo con las prescripciones de nuestro ordenamiento jurídico interno, debe calificarse como “funcionario público” a toda persona que se encuentre comprendida en el art. 77, CP, que en su tramo pertinente reza: “[...] *Por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*”.

Sin perjuicio del carácter de funcionario público de las autoridades penitenciarias, no cualquier clase o categoría de estos agentes públicos será susceptible de responder eventualmente como autor de un delito de omisión impropia. Lo primero que debemos preguntarnos, entonces, es qué clase de posición de garante ostentan las autoridades penitenciarias, para poder ser

² URRACO-SOLANILLA/NOGALES-BERMEJO, “Michael Foucault: El funcionamiento de la institución escolar propio de la Modernidad”, en *Revista Andaluza de Ciencias Sociales (ANDUCI)*, n.º 12, 2013, pp. 153-167.

³ SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los Delitos de Omisión*, Lima, Grijley, 2004, p. 147.

responsables por omisión respecto de las lesiones que pueden sufrir los internos durante la detención. En particular, ¿recaen sobre ellos posiciones de garante? Y en caso afirmativo, ¿existe algún límite?

En principio, los funcionarios de instituciones penitenciarias tienen un claro deber de intervención en: 1) situaciones de peligro para los internos (o sobre cualquier bien jurídico de estos) y 2) en situaciones de peligro creadas por estos.⁴ En este sentido, y situándonos en la clásica diferencia sostenida por la teoría funcional,⁵ los funcionarios penitenciarios ostentarían una verdadera posición de garante de *protección* de los bienes jurídicos del interno, como así también de su *control* como fuente de peligro.

Sin embargo, no cualquier clase o categoría de funcionario tendrá el deber jurídico-público de actuar como barrera de contención ante cualquier clase de riesgo que amenace con afectar la indemnidad de los bienes jurídicos de los internos, sino que este deber recaerá sobre aquellos que, producto del principio de distribución funcional (propio de estas instituciones) tengan a su cargo la custodia, vigilancia y asistencia de los internos.

Con relación a la naturaleza de los deberes de los funcionarios penitenciarios, y de acuerdo con la clásica diferenciación consagrada por JAKOBS,⁶ considero que por la dinámica propia de los regímenes penitenciarios, los funcionarios son titulares tanto de deberes negativos como así también positivos. En efecto, y con relación a la primera categoría, no caben dudas de que los funcionarios penitenciarios deben organizar su ámbito de libertad de forma tal que de su comportamiento no devengan daños a los internos. Dicho de otra manera, estos deberes se basan en el deber intersubjetivo de respeto *neminem laedere*⁷ y, por esta razón, los internos tienen frente a los agentes penitenciarios un derecho a no ser lesionados. La ley general que vincula los deberes negativos con la responsabilidad por las consecuencias es la del ejercicio previo de libertad con respecto a las esferas jurídicas ajenas, de manera que puede legitimarse frente al propio individuo que es especialmente responsable de lo que suceda a otro por haber ejercido su libertad.⁸ De estas

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 3, p. 93.

⁵ KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga, Schwartz, 1959, p. 283.

⁶ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort, Klostermann 2012, p. 83.

⁷ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, pp. 178 ss.

⁸ ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho Penal”, en *InDret*, 4/2013, p. 5.

instituciones negativas se desprende necesariamente que quien organiza debe responder de aquellas consecuencias que se deriven de su defectuosa organización, ya sea por acción u omisión.⁹

De igual manera, estos funcionarios ostentan también verdaderos deberes positivos, que son propios de quien se encuentra en ejercicio de un “rol especial”, el cual se traduce en la necesidad de preocuparse “de la existencia no disminuida o incluso el fomento de un círculo de organización y en ese sentido conformar un mundo en común con la persona favorecida”.¹⁰ Tales deberes derivarían de la existencia de instituciones diferentes a la libertad de organización y libertad por las consecuencias (propio de los deberes negativos), pero con la misma trascendencia que aquellas, dado que la infracción de estos deberes permite la imputación del resultado por comisión por omisión.¹¹

Retomando el análisis de infracción a deberes positivos, debe destacarse que lo relevante no es, aunque exista, dominio sobre un suceso, sino que lo verdaderamente trascendente es que se verifique la infracción de un deber especial que solo le competa al autor, es decir, que sea impuesto por una institución positiva.¹² En algunas ocasiones, el legislador no ha establecido tales

⁹ Generalmente, para explicar el funcionamiento de estos deberes, se recurre al clásico ejemplo propuesto en 1883 por ROTERING: se puede vulnerar la regla contenida en el proverbio *neminem laedere* conduciendo un carruaje contra un peatón, o no tomando las riendas que se sueltan. Entonces, quien organizó defectuosamente la conducción del carruaje deberá responder por lo organizado, ya sea actuando (tomando las riendas) u, en su caso, omitiendo (no conduciendo contra los peatones), cfr. ROTERING, “*Über die Verbindlichkeit des Handelden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs aus seiner selbst schuldlos erzeugten Gefahr*”, GS 34 (1883), pp. 207. Esta tesis es la sencilla consecuencia de los principios básicos del Estado de Derecho: quien organiza, a quien se otorga libertad de organizar, responde por las consecuencias de su organización y, en última instancia, “*libertad de organizar sin contraer responsabilidad no es libertad, sino libertinaje*”.

¹⁰ JAKOBS, *supra* nota 6, p. 83.

¹¹ Sin embargo, este particular efecto no es monopolio de las instituciones positivas, ya que la infracción de deberes negativos también da origen a esta clase de imputaciones. Por ello, es necesario emanciparse de aquellas tendencias que asimilan la distinción entre deberes positivos y negativos con la de acción y omisión, según las cuales las conductas omisivas infringirían deberes positivos, mientras que las activas infringirían deberes negativos. Actualmente, gran parte de la doctrina jurídico-penal está de acuerdo en que ambas categorías de deberes pueden transgredirse tanto por acción como por omisión. Tampoco debe sostenerse que la no realización de prestaciones positivas a favor de un bien jurídico determinado se traduzca en infracción de deberes positivos, ya que también pueden constituir una vulneración a deberes negativos. Dicho de otra manera, el cumplimiento de deberes negativos también incluye la realización de prestaciones positivas y, a su vez, la no mejora de esferas de organización ajenas puede constituir, bajo determinadas circunstancias, una forma de menoscabarla.

¹² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Delito de infracción de deber”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. VIII, Buenos Aires, B de F, 2014, p. 293.

deberes de fomento expresamente positivados, mientras que en otras oportunidades sí. Este sería el caso de los delitos cometidos por funcionarios en general, de muchas de las figuras típicas cometidas en perjuicio de la administración pública. Entonces, respecto de algunos tipos penales, el legislador no ha atendido a la naturaleza externa del comportamiento desplegado por el autor, sino que el fundamento de la sanción reside en el incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial o deber positivo.¹³

La pregunta que surge, entonces, es la de qué tipo de deber se infringe cuando un agente penitenciario no realiza un acto propio de su haz de actividades y de ello se deriva un daño para un bien jurídico de titularidad de un interno, por ejemplo, una afectación a su derecho a la vida. *Prima facie*,¹⁴ nos encontramos ante la lesión de un deber positivo, toda vez que el agente

¹³ La noción de “institución” es definida por JAKOBS como la forma de relación permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituirla. Sin embargo, limita el alcance de este concepto a “instituciones fuertes” jurídicamente reconocidas, como la relación paterno-filial, el matrimonio y los “deberes genuinamente estatales” (véase, JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión* [trad. SÁNCHEZ-VERA], Bogotá, Universidad del Externado, 1996, pp. 53 ss.; ÍDEM; *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación* [trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO], 2.ª ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991]; ÍDEM, *supra* nota 6, p. 63). Solo a estas instituciones se les otorga un importante efecto, determinante para esta investigación: en un sentido jurídico-penal, la infracción de estos deberes positivos equivaldría a la infracción de un deber negativo, lo que permitiría imputar al autor la producción de un resultado lesivo. Lo decisivo en estos casos es que el hombre no solo configura el mundo externo, sino que producto de relaciones sociales y de producción se encuentra inmerso en un mundo configurado *ex ante*. En este mundo, ostenta un “estatus especial” que obliga a edificar un mundo en común con el bien jurídico protegido. Así, los deberes de los padres frente a sus hijos o los típicos deberes estatales (v.gr. el Estado debe proveer servicio de justicia gratuito a quien no puede afrontar las erogaciones que ello implica). Para determinar si corresponde atribuir a la lesión de estas instituciones una consecuencia idéntica a la vulneración de deberes negativos, deberá atenderse, entonces, a la naturaleza de la institución, a los derechos y obligaciones que emergen, como así también a los compromisos asumidos. Sin perjuicio de ello, y sin ánimo de desarrollar el debate existente en este punto, estimo que existen instituciones —por fuera del listado taxativo propuesto por JAKOBS— con un fuerte grado de influencia e impacto en los individuos que las integran, dado que generan complejos entramados de derechos y obligaciones y crean expectativas de comportamiento. En este punto, es decir, para verificar si en el marco de relaciones institucionales es posible imputar penalmente un resultado al infractor de un deber, lo relevante para la teoría de la imputación penal no es la lesión de la institución en sí, sino el haz de derechos y deberes previamente determinados. Esto permitirá determinar, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, qué riesgos serán prohibidos y cuales permitidos, todo ello de acuerdo con normas extrapenales.

¹⁴ Se utiliza esta construcción porque en supuestos particulares también podría surgir una responsabilidad, por omisión, en virtud de una violación a un deber negativo (por ejemplo, por injerencia). Sin embargo, los

vulneraría la misión de mejorar ese mundo común que existe entre el bien jurídico y él. Sin embargo, ¿esto es suficiente, en los casos de omisiones, para fundamentar una responsabilidad por homicidio? Entiendo que esto no es suficiente, dado que, como señala ROBLES PLANAS, existe una diferencia entre las violaciones a los deberes positivos y negativos al momento de fundamentar una responsabilidad por omisión.¹⁵ En el caso de responsabilidad por omisión a través violaciones a deberes negativos, existe un acto de autonomía que permite fundamentar una responsabilidad penal equivalente a la causación activa del resultado. Sin embargo, ese ejercicio de autonomía no está presente, en principio, en las meras relaciones institucionales en las que no medió una asunción específica de cierta protección de un bien jurídico o de control de un riesgo.

De ello se colige que estos funcionarios públicos, al violar sus deberes positivos, en principio no realizan una acción equivalente a la causación activa del resultado (a diferencia de los supuestos de violaciones a sus deberes negativos) y, por tanto, su quebrantamiento solo dará lugar a un delito de omisión propia (por ejemplo, un incumplimiento de deberes de funcionario público, en los términos del art. 248, CP, o una omisión de auxilio en los términos del art. 108, CP), si existiese.¹⁶ En consecuencia, considero que solo si el funcionario penitenciario ha asumido un compromiso *específico* de control de riesgos respecto de bienes jurídicos que atañen a los internos, su quebrantamiento al deber positivo dará lugar a la posibilidad de imputar el resultado lesivo por comisión por omisión.¹⁷

El lector informado se dará cuenta de que el postulado efectuado en el párrafo precedente encuentra pleno asidero en la concepción sobre los delitos de omisión impropia acuñada por SILVA SÁNCHEZ, quien considera absolutamente imprescindible la existencia de un compromiso voluntario de asunción del riesgo específico del que se trate y para el bien jurídico que resulte

casos problemáticos, y más usuales, son los que implican una violación a deberes positivos, lo que será analizado a continuación.

¹⁵ Véase, por todos, ROBLES PLANAS, *supra* nota 8, pp. 13 ss.

¹⁶ También críticos de la conclusión general de que los funcionarios públicos son responsables por omisión respecto de todo lo que sucede en el marco de sus funciones, sin requisitos adicionales, SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 412.

¹⁷ Recuérdese que en los delitos que infringen deberes negativos, el propio ámbito de organización no se limita al cuerpo del autor como unidad psicofísica, sino que también abarca la administración de derechos que se le atribuyen con exclusión de los demás (conf. NAVAS, “Acción y omisión en infracción de deberes negativos en derecho penal”, en *Política Criminal*, vol. 10, n.º 20, 2015. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A8.pdf [enlace verificado el 18 de diciembre de 2017].

afectado. Dicho de otra manera, se requiere, para la realización típica por comisión por omisión, que el sujeto eventualmente situado en una posición de responsabilidad agravada (por ejemplo, por una disposición de derecho público) *haya adoptado el compromiso efectivo y específico de actuar como barrera de contención de riesgos determinados*,¹⁸ ya que es a partir de ese compromiso que puede sostenerse que existe una equivalencia, una identidad estructural entre las formas de realización típica. Este “compromiso material” se adquiere mediante la realización de actos inequívocos de contención del riesgo, los cuales suscitan en la colectividad como en los potenciales afectados la impresión de que un determinado conjunto de riesgos se encuentra “bajo control”, es decir, se provoca un efecto de confianza y de abandono, tanto en el sujeto potencialmente afectado, como en terceros potencialmente intervinientes.¹⁹

Por ello, SILVA SÁNCHEZ resalta enfáticamente que la realización típica por comisión por omisión requiere una “plena identidad estructural y material en el plano normativo” entre comisión activa y la realización omisiva”. Los tipos penales no contienen simples descripciones naturalistas de fenómenos, sino que delimita los hechos que, tras una ponderación de argumentos a favor y en contra, son considerados “significativos” para el derecho penal por introducir riesgos en bienes jurídicos de forma tal que ese suceso es merecedor de una pena. Ello implica que la “realización típica” es un concepto normativo.²⁰ Entonces, si el sujeto que adopta el compromiso inequívoco de mantener la indemnidad de un bien jurídico determinado permite o tolera que un riesgo, el cual debía neutralizar en virtud del compromiso asumido, se concrete en el resultado, este deberá serle imputado al omitente. Si bien el sujeto no causa activamente el resultado, domina la correspondiente relación de riesgo de igual forma que el autor de una comisión activa.²¹

De esta manera, se deja de lado cualquier tipo de vestigio de concepciones formalistas, pues no se trata, en rigor, de qué clase de deber se infringe, sin más, sino de si se *realiza el tipo* en el nivel de estructuras normativas.²² Por tanto, el funcionario penitenciario debe cumplir con ciertos deberes positivos en las prisiones y, en lo que se refiere a la protección de los bienes del interno siempre, será responsable (por omisión) si se produce una afectación evitable, siempre y cuando la función de protección, en el caso concreto, haya sido asumida por el funcionario.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 3, p. 104.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2015, p. 471.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 19, p. 471.

²¹ Esta noción de “dominio” también es uno de los ejes fundamentales de la construcción teórica desarrollada por MIR PUIG y SCHÜNEMANN respecto de la figura dogmática de la omisión impropia.

²² SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 19, p. 471.

III. ¿Qué tipo de riesgos se encuentran abarcados por el deber positivo del funcionario penitenciario? Una posible respuesta a partir de la aceptación de incumbencias en derecho penal

La pregunta que surge en este contexto, es la de qué riesgos se encuentran abarcados el deber positivo del funcionario penitenciario y que eventualmente deberá asumir. Para ofrecer una respuesta, también aquí es interesante traer a colación la postura restrictiva adoptada por SILVA SÁNCHEZ, la cual dará pie para introducir una propuesta basada en la aceptación de incumbencias en derecho penal.

El autor español citado, en su artículo titulado “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”,²³ responde al interrogante aludido y señala que los compromisos materialmente asumidos por esta clase de agentes (cacheos, registros, requisas, etc.) expresan inequívocamente la obligación, entre otras, de evitar fugas, impedir que de los internos se deriven agresiones dolosas, tanto para otros internos como para terceros. Nuevamente esto debe ser analizado a la luz del carácter de “institución total” de las penitenciarías, donde el interno, a raíz de estos controles y registros, encuentra disminuida sus posibilidades de autoprotección, y su seguridad queda en manos de los funcionarios penitenciarios, que asumen el compromiso de su protección. Concluye el autor español que este compromiso previamente adoptado, el cual se traduce en actos inequívocos de control, solamente se limita a situaciones de *agresiones dolosas*. Solo en este tipo de situaciones encuentra el autor una equiparación estructural entre actuar y omitir en el plano normativo, por cuanto estos serían los únicos riesgos que ingresarían dentro de su competencia jurídico-pública.

En este sentido, si el funcionario penitenciario no impide, cuando puede hacerlo, hechos de esta naturaleza, responderá por comisión por omisión, ya sea dolosa o imprudentemente, según la configuración de su no-impedimento. Si el hecho no impedido se tradujera en lesiones culposas, SILVA SÁNCHEZ admite que sobre el funcionario penitenciario recae un deber jurídico de asistencia, ya que el interno se encuentra en una relación de dependencia respecto de él, pero entiende que ello no es suficiente para sostener una identidad estructural en el plano normativo entre actuar y omitir, y por ello considera que solo se configura una omisión pura agravada.²⁴

²³ Publicado en el marco de la obra *Estudios sobre los Delitos de Omisión*, citada *supra* nota 3.

²⁴ O, según su terminología, una “omisión pura de garante”.

Sin embargo, considero que no asiste razón al autor español en este punto. En primer lugar, al analizar la labor de los integrantes de la administración penitenciaria solo en relación con los daños que puedan derivarse de los internos, tanto a otro recluso como hacia terceros, limita su análisis solo a la función de garante en su modalidad de *control* y soslayan su incuestionable posición de garante de *protección* de los internos, tanto de su integridad psico-física como así también de otros bienes jurídicos. Es decir, estos riesgos también estarían abarcados por el deber positivo del funcionario, que por su particular posición institucional debe velar por la seguridad de quien se encuentra sometido al poder estatal. Entonces, el problema de la posición del mencionado autor está en que la asunción material llevada a cabo por los funcionarios no implicaría una asunción efectiva de una protección *también* respecto de actos imprudentes de terceros.

En segundo lugar, encuentro desacertado *materialmente* excluir de la responsabilidad por comisión por omisión las agresiones imprudentes que puedan sufrir los bienes jurídicos de titularidad de los internos o las provocadas a terceros por estos. Recuérdese que se está en presencia de personas que tienen disminuidas sus posibilidades de autoprotección, lo que debe ser compensado a través de prestaciones estatales positivas. En este marco, entonces, una responsabilidad fuerte por omisión parecería estar justificada.

Para solucionar este problema, estimo que en este punto puede resultar útil recurrir a la noción de “incumbencias” (*Obliegenheiten*) en derecho penal. En este trabajo, por razones expositivas, no ingresaré en asuntos tangenciales como su origen iusprivatista o el uso inflacionario que se le asigna al término,²⁵ sino que centraré el análisis en su operatividad para restablecer los juicios de imputación y, en concreto, la imputación de carácter extraordinario.^{26 27} Esta tiene lugar en aquellos supuestos en que un defecto en el sujeto impide la imputación ordinaria, que sin embargo se restablece en aquellos supuestos donde se hace responsable al sujeto del defecto en cuestión. A continuación, se apreciará de qué manera este instituto dogmático puede contribuir a solucionar problemas prácticos que se generan en el ámbito penitenciario.

²⁵ MONTIEL, “¿Existen las *Obliegenheiten* en Derecho penal?”, en *InDret*, 4/2014.

²⁶ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 274-386; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2008, pp. 533-534.

²⁷ Existen otros autores que le asignan otro carácter a las incumbencias. Por ejemplo, CÓRDOBA establece que no se trata de deberes jurídicos, sino de cargas. Dicho de otra manera, se trata un deber estatuido en el propio interés de la persona a la que obliga, un deber consigo mismo (CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 153 ss.).

Antes de adentrarse en esta temática es imprescindible formular una importante aclaración respecto de qué implica la noción de “imputar”. Al efecto, resulta de inconmensurable valor el aporte de HRUSCHKA, que distingue entre reglas de conducta y reglas de imputación. Las primeras están compuestas por un sistema de prohibiciones, prescripciones, eximentes y permisiones.²⁸ Estas reglas tienen, a su vez, una doble dimensión. En su dimensión “prospectiva” definen qué acciones del respectivo sistema de reglas hay que entender como prescriptas y prohibidas. Los destinatarios de este tipo de normas son los ciudadanos sometidos a ellas y le otorgan al destinatario pautas de comportamiento en función de la configuración de sus acciones futuras, puesto que no son meras descripciones sino, por el contrario, mensajes normativos.²⁹ También cumplen una función “retrospectiva” (*applicatio legis ad factum*) y así las respectivas prohibiciones, mandatos y excepciones (de las prescripciones y mandatos) se encuentran asociados respectivamente, en esta dimensión, a los correspondientes tipos comisivos, tipos omisivos, tipos eximentes y tipos de justificación. El destinatario de esta clase de normas es el juez. Las normas de conducta en esta dimensión sirven como parámetro de medición de lo actuado por el sujeto. También existen, como se anticipó, reglas de imputación, las cuales lógicamente presuponen la existencia de reglas de conducta dirigidas al destinatario, para que este las perciba como tales (función prospectiva).³⁰

En este orden de ideas, resulta de relevante importancia indagar respecto del fundamento de la imputación extraordinaria en función de las incumbencias, cuya naturaleza parecería encontrar asidero en las reglas de conducta y no de imputación, ya que estas establecen cómo se debe actuar. SÁNCHEZ-OSTIZ se pregunta, en este punto, si las incumbencias son imperativos hipotéticos o categóricos.³¹ Como imperativo, una proposición expresa un mensaje obligante, una expresión que pretende influir en su destinatario en términos de constricción. Para desarrollar esta cuestión, aconseja sujetarse a la doctrina de Kant. Así, el imperativo es una regla que exige una acción en términos de constricción al destinatario; es un principio objetivo de conducta. Son imperativos hipotéticos aquellos que presentan la necesidad de la acción como medio para conseguir otra cosa. Por su parte, son imperativos categóricos aquellos que presentan una acción por sí misma y no como medio para conseguir algo diverso.

²⁸ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Buenos Aires, B de F, 2008, p. 5.

²⁹ CORDINI, “La teoría de la imputación en Hruschka y sus implicancias en la teoría del delito”, en *Papeles del Centro de Investigaciones*, año 3, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2013, p. 8.

³⁰ CORDINI, *supra* nota 29, p. 9.

³¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, *InDret*, 1/2015, p. 11.

Las normas de conducta expresan un mensaje que se hace operativo por obra del destinatario, quien no solo es receptor del mensaje, sino que contribuye a concretarlo.³² El destinatario es un co-configurador de la norma. Dentro de este marco, las incumbencias se presentan en un doble sentido: a) en un primer momento se observan las incumbencias *de conocer*, referidas tanto a la norma como a los datos fácticos (por ejemplo, la norma sería “está prohibido lesionar a otro”, mientras que los datos fácticos serían “si manejo un instrumento peligroso, creo un verdadero riesgo de lesionar a otro”). Pero, ¿basta con conocer el contenido de la norma para que su destinatario pueda contribuir a su operatividad? La respuesta debe ser necesariamente negativa, ya que se necesita también que el sujeto destinatario se encuentre en condiciones de cumplir el mensaje contenido en la norma. En este sentido, debe hablarse también de b) incumbencias *de disposición*. Por ello, SÁNCHEZ-OSTIZ resume el contenido de estas incumbencias de la siguiente manera: “‘si eres destinatario de una norma, preocúpate de conocer esta y las circunstancias del caso para saber cuál es tu deber’ (i), ‘y procura mantenerte en disposición de poder cumplirlo’ (ii), [...] ‘de lo contrario, se te imputará igualmente’”.³³

Entonces, puesto que la condición de aplicación y vigencia de una norma parte de la premisa de que el destinatario es quien deducirá de ella el deber y contará con los datos fácticos para los que rige eventualmente dicho deber, la incumbencia se presenta y opera como un imperativo hipotético.

Ahora bien, resulta imprescindible realizar una breve referencia a la relación existente entre incumbencias y deber de cuidado. Así, la imputación extraordinaria posibilita restablecer la imputación y afirmar que el sujeto es artífice de un hecho (*imputatio facti* o imputación de primer nivel). Una vez imputado de manera extraordinaria un proceso como hecho, a pesar del defecto de imputación, entra en juego el “deber de cuidado” para valorar si el hecho es típicamente antijurídico a los efectos del precepto del delito —imprudente— (imputación de segundo nivel o *imputatio iuris*). Entonces, la incumbencia opera para restablecer la imputación del hecho, que luego se valora con arreglo al deber de cuidado respectivo.³⁴

Veamos cómo puede funcionar este instituto dogmático en el contexto de sistemas penitenciarios y de qué manera puede contribuir a solucionar entramados de imputación de

³² SÁNCHEZ-OSTIZ, “Existencia y operatividad de las incumbencias jurídico-penales”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.) *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. XIII, Buenos Aires, B de F, 2017, pp. 41-60.

³³ SÁNCHEZ-OSTIZ, “Imputación e incumbencias en Derecho penal”, en *Polit. Crim.*, vol. 12, n.º 24, 2017, p. 1219.

³⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, *supra* nota 32, p. 53.

características complejas. A tal efecto, puede resultar útil traer a colación un caso sucedido en la provincia de Neuquén en el año 2012, en el que un interno sufrió quemaduras en su cuerpo a raíz de un incendio ocurrido en el interior de la celda en que se encontraba. En este caso, el tribunal interviniente consideró que: “[a]un admitiéndose la participación de la víctima del incendio ocurrido en una celda, ello no exime de responsabilidad al Estado, pues la existencia de un líquido acelerante en posesión o a disponibilidad de los internos, traduce la omisión del servicio penitenciario de velar por la seguridad y el orden dentro de la prisión, y una violación del deber de protección de los reclusos, que podría haberse evitado con su debido cumplimiento”.³⁵ Si bien en este caso el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén se limitó a establecer una condena de daños y perjuicios contra el estado provincial, considero que esta no es la solución adecuada (o, al menos, no es suficiente) y el recurso a la noción de incumbencias puede brindar una interesante respuesta.

Como puede diáfamanamente apreciarse, en el caso comentado en el párrafo precedente se produjo una lesión imprudente a un bien jurídico de titularidad de un interno y ello fue una consecuencia directa de la falta de cumplimiento de funcionarios penitenciarios de los deberes que les incumbían. En este orden de ideas, la administración penitenciaria, que asume un compromiso inequívoco de disminuir el conjunto de riesgos al que se encuentran expuestos los internos, quienes además cuentan con limitadísimas posibilidades de autoprotección, no logró este cometido. En efecto, si los agentes penitenciarios hubiesen ejercido adecuadamente sus funciones de control, habrían advertido que se ingresaba a la institución penitenciaria un elemento peligroso susceptible de ocasionar graves daños a bienes jurídicos de los internos y habrían disminuido en consecuencia el núcleo de riesgos a los que estos están expuestos.

En este entendimiento, los funcionarios penitenciarios conocían plenamente el contenido de la norma que establece que deben velar por la seguridad de los internos,³⁶ pero como consecuencia de no ejercer los controles pertinentes, al momento de suceder la lesión a la integridad física de aquellos, no se encontraban en condiciones de evitar el resultado. Puede entonces advertirse que se vulneró la doble vertiente de las incumbencias, tanto en su faz de *conocer* como de *disposición*. Cómo lógico corolario de ello, los agentes penitenciarios no podrían invocar válidamente ningún tipo de eximente o de exclusión de responsabilidad (en este caso, la falta de asunción efectiva de la función de protección respecto de los riesgos generados de modo

³⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN, “M.L.J. c. Provincia de Neuquén”, sentencia del 27 de agosto de 2012 (LLPatagonia 12/2012, 638).

³⁶ V.gr. Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal (20.416), art. 5.º inc. “a”.

imprudente), toda vez que la infracción de incumbencias trae aparejado el restablecimiento del juicio de imputación.

Incluso, este razonamiento puede funcionar también como un típico caso de *omissio libera in causa*, donde el autor no puede impedir que se perfeccione un resultado típico por carecer, al momento de la consumación, de la capacidad de evitarlo, situación provocada por el propio sujeto, quien con una conducta previa crea su ulterior incapacidad de actuar. Entonces, en la *actio praecedens* se produce la infracción a una *Obliegenheit* que deriva luego en la incapacidad de evitación del resultado, razón que legitima, por la infracción de una incumbencia, atribuir al sujeto el resultado ocasionado a pesar del defecto de imputación. Incluso, algunos autores recurren a esta figura dogmática para solucionar problemáticas de imputación en casos de pluralidad de intervinientes, particularmente respecto de aquellos que prestan aportes en la fase previa al comienzo de ejecución, con lo cual se mantienen indemnes los principios de culpabilidad y autorresponsabilidad.³⁷

Puede observarse, entonces, cómo la noción de “incumbencias” en derecho penal viene a introducir significativos cambios en las concepciones doctrinarias más arraigadas en materia de omisión impropia y posición de garante, cuya implementación repercutirá en los juicios de imputación que puedan llegar a formularse, ya que el deber de mantener la indemnidad de determinados bienes jurídicos se expandirá a nuevas situaciones que antes no se encontraban abarcadas —particularmente, tal como se señaló precedentemente, casos de agresiones imprudentes también se encontrarán englobados bajo la órbita de la posición de garante que ostentan algunos funcionarios—. Todo esto se traduce en una clara reducción de los espacios de riesgo permitido de funcionarios o agentes que actúan dentro del marco de instituciones totales.

IV. Palabras finales

A modo de colofón, puede concluirse, al menos provisionalmente, que el ámbito de los sistemas carcelarios es un territorio propicio para evaluar el impacto que puede producir la aplicación de figuras dogmáticas de la ciencia jurídico-penal.

En este sentido, ciñéndonos particularmente a la responsabilidad penal de los funcionarios de esta especial clase de institución, puede afirmarse que la noción de “incumbencia”, ofrece una

³⁷ VACHELLI, “Una aplicación para la figura de la *omissio libera in causa* en la teoría de la participación delictiva”, en *Revista República y Derecho*, vol. I, Mendoza, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 2016.

interesante herramienta para evaluar si determinadas lesiones a bienes jurídicos producidas en el ambiente penitenciario y cometidas en perjuicio de internos u ocasionadas por estos a terceros, pueden ser imputadas a los agentes de la administración penitenciaria y con qué alcance.

Estos estudios de dogmática penal aplicada a distintos fenotipos, como el caso de los servicios penitenciarios, permiten observar que los juicios de imputación no siempre resultan lineales, sino que también pueden ser circulares, toda vez que aun cuando existen defectos de imputación, pueden ser restablecidos siempre que el sujeto haya creado libremente esa irregularidad o, dicho de otra manera, el individuo es responsable del defecto de imputación. En efecto, quien opera jurídicamente en el sistema penal muchas veces puede encontrarse con ámbitos en los que resulta sumamente complejo establecer juicios de imputación y la propuesta que aquí se postula habilitaría a mantener dichos juicios aun en casos en que, *prima facie*, no pueda apreciarse de forma diáfana una relación lógica entre un suceso y un sujeto determinado.

Las incumbencias (*Obliegenheiten*), como pautas de comportamiento que posibilitan el fiel cumplimiento de determinadas reglas de conducta, ofrecen una nueva óptica para analizar aquellas conductas que combinan imprudencia con omisión impropia y que son frecuentes en algunos ámbitos como el aquí analizado. Así, nos encontramos ante una interesante ampliación de casos donde pueden operar juicios de imputación extraordinaria para fundamentar, a través de reglas adversativas, la responsabilidad penal por un suceso determinado. Dicho de otra manera, el aporte esencial de esta figura dogmática radica en que podrá imputarse a un agente un determinado hecho no meramente por haber violado un deber positivo, sino por actuar en forma contraria a ciertas incumbencias, tanto de *conocimiento* como de *disposición*.

Decididamente, resulta imperativo analizar profundamente estas figuras dogmáticas y su operatividad en distintos escenarios, circunstancia que permitirá comprender cómo deben evaluarse las cadenas de imputación en delitos en los que funcionarios públicos registran distintos niveles de intervención delictiva.

V. Bibliografía

CORDINI, Nicolás Santiago, “La teoría de la imputación en Hruschka y sus implicancias en la teoría del delito”, en *Papeles del Centro de Investigaciones*, año 3, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2013.

CÓRDOBA, Fernando J., *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* (trad. OYUELA DE GRANT), Buenos Aires, Amorrortu, 1970.

HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988.

— *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Buenos Aires, B de F, 2008.

JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión* [trad. Sánchez-Vera], Bogotá, Universidad del Externado, 1996, pp. 53 ss.

— *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación* [trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo], 2.ª ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991];

— *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort, Klostermann 2012.

KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga, Schwartz, 1959.

MONTIEL, Juan Pablo, “¿Existen las *Obliegenheiten* en Derecho penal?”, en *InDret*, 4/2014.

NAVAS, “Acción y omisión en infracción de deberes negativos en derecho penal”, en *Política Criminal*, vol. 10, n.º 20, 2015. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A8.pdf [enlace verificado el 18 de diciembre de 2017]

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Deberes negativos y positivos en Derecho Penal”, en *InDret*, 4/2013.

ROTERING, “Über die Verbindlichkeit des Handelden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs au seiner selbst schuldlos erzeugten Gefahr”, en *GS* 34, 1883.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2008.

— “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, *InDret*, 1/2015.

— “Existencia y operatividad de las incumbencias jurídico-penales”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.) *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. XIII, Buenos Aires, B de F, 2017, pp. 41-60.

—“Imputación e incumbencias en Derecho penal”, en *Polit. Crim.*, vol. 12, n.º 24, 2017, p. 1219.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Delito de Infracción de Deber”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.) *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. VIII, Buenos Aires, B de F, 2014, pp. 288-317.

SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 412.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Estudios sobre los Delitos de Omisión*, Lima, Grijley, 2004.

— *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2015.

URRACO-SOLANILLA, Mariano/NOGALES-BERMEJO, Gema, “Michael Foucault: El funcionamiento de la institución escolar propio de la Modernidad”, en *Revista Andaluza de Ciencias Sociales (ANDUCI)*, n.º 12, 2013.

VACHELLI, Ezequiel, “Una aplicación para la figura de la *omissio libera in causa* en la teoría de la participación delictiva”, en *Revista República y Derecho*, vol. I, Mendoza, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 2016.

Jurisprudencia nacional:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN, “M.L.J. c. Provincia de Neuquén”, sentencia del 27 de agosto de 2012 (LLPatagonia 2012 -diciembre-, 638).

EL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO Y EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE

Prof. Dra. Ingeborg PUPPE, Bonn*

Fecha de recepción: 26 de octubre de 2017
Fecha de aprobación: 20 de noviembre de 2017

I. Delimitación del problema

Cuando en el año 2003 defendí públicamente por primera vez, en un simposio en Barcelona, el punto de vista de que el reconocimiento de un consentimiento hipotético como sustituto del consentimiento real del paciente insuficientemente informado ignora el derecho a la autodeterminación del paciente y paraliza, *de facto*, su protección jurídico-penal, se me presentó de inmediato la siguiente pregunta: ¿Cómo pretende solucionar sin el instituto del consentimiento hipotético el caso en el cual el paciente manifiesta posteriormente que está conforme con la operación? En definitiva también en este caso el médico ignoró el derecho de autodeterminación del paciente y el derecho penal no reconoce, por razones bien ponderadas, una autorización ulterior de una injerencia punible. ¿Y es que no necesitamos el instituto del consentimiento hipotético para evitar que también en este caso sea penado el médico por una lesión corporal, a pesar de que el paciente no se siente lesionado, de ninguna manera, en sus derechos? Aquí hay que distinguir dos casos. El primero es el del paciente que está conforme con el resultado del tratamiento porque no se ha realizado el riesgo respecto del cual no ha sido informado por el médico. Esto ya se encuentra abarcado por el consentimiento brindado efectivamente por el

* Publicado originalmente bajo el título “Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten”, en *ZIS*, 6/2016, pp. 366-372. Traducción del alemán de Leandro A. DIAS (Universidad de Buenos Aires/Universidad Torcuato Di Tella), revisada por la LL. M. Noelia T. NÚÑEZ (Universidad de Buenos Aires/Centro de Estudios de Derecho Penal y Proceso Penal Latinoamericano – Göttingen Universität). Se ha decidido mantener, en la medida de lo posible, el estilo de citas original.

paciente. Este último no resulta completamente ineficaz a causa del déficit de información, sino solo deficiente. El paciente sí se ha manifestado de acuerdo con la intervención como tal y no se ha realizado el riesgo que no pudo aceptar por el déficit de información.¹

Más difícil de resolver es el caso de que si bien se realizó en los hechos el riesgo respecto del cual el paciente no fue informado, de todos modos el paciente posteriormente acepta la ponderación de riesgos del médico y asume el riesgo. Como ya se señaló, una justificación por medio de una autorización ulterior no es reconocida por el derecho penal.² Una razón para esto es que existe un interés público en la persecución de un hecho punible, respecto del cual el lesionado no puede disponer. Una segunda razón reside en que el autor del hecho punible tampoco puede ser entregado a lo que surja y a ciertos efectos secundarios que amenazan producirse, como por ejemplo que el autor del hecho punible tenga que pagar un rescate o que se coaccione al lesionado para que se mantenga en silencio.³ Y de hecho el derecho penal reconoce una institución como la instancia privada para algunos delitos, que en sus efectos procesales se parece mucho a una autorización ulterior. Esto ya rige, según el § 230, StGB, para aquellos delitos que entran en consideración cuando un médico realiza un tratamiento tras informar deficientemente, a saber, la lesión corporal imprudente en casos de un déficit de información imprudente y, en el peor de los casos, una lesión corporal dolosa si el déficit de información fue doloso. Pues bien, aquí en los hechos la persecución penal, en lo que concierne al destino del autor, es dejada en manos del lesionado, quien por lo demás es libre de hacer valer sus derechos a través del derecho civil. Si el paciente, en los resultados, está de acuerdo con el tratamiento curativo y los riesgos que se han producido, entonces él no instará la acción penal y la fiscalía en tales casos tampoco podrá afirmar un interés público, a menos que sospeche un manejo deshonesto entre paciente y médico, como por ejemplo, el del pago de un rescate.

¹ KUHLEN, en: BRITZ/JUNG/KORIATH/MÜLLER (eds.), Grundfragen staatlichen Strafans, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, p. 431 (436 ff.); ÍDEM, en: SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, p. 331 (342); WIDMAIER, en: HEINRICH/JÄGER/ACHENBACH/AMELUNG/BOTTKE/HAFFKE/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, t. 1, 2011, p. 439 (445 ss.); DUTTGE, en: HOYER/MÜLLER/PAWLK (eds.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, p. 179 (190 s.)

² Nada más y nada menos que una autorización posterior termina siendo la propuesta de ZABEL (GA 2015, p. 219 [233]) de que el paciente, con posterioridad a la intervención curativa, podría manifestar si su consentimiento es eficaz, a pesar de su error.

³ RÖNNAU, JuS 2014, p. 882 (884); SOWADA, NSTZ 2012, p. 1 (6).

El problema fáctico que con la ayuda del instituto del consentimiento hipotético podría ser resuelto se limita así a la siguiente constelación de casos: el paciente no fue informado de un riesgo relevante, o no fue informado correcta e íntegramente, según las reglas generales sobre el deber de informar. Este riesgo se ha realizado con la acción curativa y el paciente no está de acuerdo con esto ulteriormente, pues se siente lesionado en su derecho de autodeterminación.

II. El derecho de autodeterminación y la voluntad hipotética

Según ROSENAU, el reproche de que el reconocimiento de un consentimiento hipotético socava el derecho de autodeterminación del paciente y que le proporciona al médico la posibilidad de imponerle a su paciente cualquier tratamiento (en ese momento) compatible con la *lex artis* revela un “error fundamental”. “El tipo del § 223, StGB, tiene en miras el bien jurídico de la integridad corporal y no puede ser reinterpretado en un tipo de la protección de la autodeterminación”.⁴ Empero, la protección de un interés individual no se debe separar de la protección del derecho de disponer de ese interés, pues de lo contrario se lo somete a una razón soberana heterónoma. Esto también rige para el interés en la integridad corporal.⁵

Algunos autores niegan que el reconocimiento de un consentimiento hipotético ignore el derecho de autodeterminación del paciente, dado que más bien lo realizaría, porque obligaría a esforzarse por investigar la voluntad hipotética de ese paciente y no se sometería el interés a ninguna clase de razón soberana, como sería la *lex artis* médica u otras reglas de decisión heterónomas.⁶ Pero incluso si fuese posible encontrar una declaración inequívoca y, como hoy se expresa, robusta, sobre cómo el paciente habría decidido en una situación de conflicto si se le hubiese preguntado como es debido, no se tiene en consideración que el derecho de autodeterminación del paciente queda subordinado a la decisión averiguada de esa forma, como si fuese la decisión tomada por el propio paciente. Esto es así porque desde el punto de vista de la autodeterminación hay una diferencia entre que alguien se someta a un riesgo o a un mal por decisión propia, por las razones que fuesen, y que a esa persona se le imponga o endose ese riesgo

⁴ ROSENAU, en: BLOY/BÖSE/HILLENKAMP/MOMSEN/RACKOW (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, p. 683 (696); BEULKE, *medstra* 2015, p. 67 (69).

⁵ PUPPE, *GA* 2003, p. 764 (765); TAG, *ZStW*, t. 126 (2015), p. 523 (525); SWOBODA, *ZIS* 2013, p. 18 (30), con referencias adicionales.

⁶ KUHLEN, *JR* 2004, p. 227; ÍDEM, *supra* nota 1 – FS Müller Dietz, p. 442; RÖNNAU, *JZ* 2004, p. 801 (803 s.); BEULKE, *medstra* 2015, p. 67 (64).

o ese mal. El paciente que inicia un proceso de querrela privada contra el médico que lo engañó no se sentiría respetado en su derecho de autodeterminación si el juez le explicase que dicho derecho no estaría lesionado porque él, es decir, el juez, conoce con exactitud que el paciente también habría consentido la intervención médica curativa si hubiese sido informado correctamente.⁷

La pregunta aquí, empero, es la de qué sabe realmente el juez. Él sabe que el paciente en los hechos no ha consentido en asumir el riesgo del tratamiento, porque el médico no le ha informado al respecto. La afirmación de que con una información correcta habría consentido en asumir ese riesgo es pura especulación. El juez elige, según criterios reconocibles objetivamente, una decisión voluntaria ficticia del paciente que entonces toma como base de su evaluación acerca de la conformidad a derecho del comportamiento del médico. ROSENAU considera que esto es inobjetable, porque también siempre se deben, y se pueden, deducir los hechos subjetivos solo con la ayuda de indicios objetivos.⁸ Pero es completamente diferente deducir una circunstancia subjetiva a partir indicios objetivos y luego suponer que tal circunstancia es verdadera, que tomar por base, mediante indicios objetivos, una circunstancia subjetiva de la que se sabe con certeza que no es verdadera.

Pero con ello recién comienzan los problemas del consentimiento hipotético. Nadie puede realizar una declaración con pretensión de veracidad respecto de cómo él mismo u otra persona habría decidido en una situación de conflicto que en la realidad no ha afrontado. La forma lógica de una declaración de esta índole es la de una oración condicional irreal, es decir, una frase que afirma una relación condicional entre dos oraciones subordinadas y que simultáneamente afirma que la primera es falsa. Una oración tal es, desde una observación puramente lógica, siempre verdadera, con independencia de cómo sea el antecedente. Bajo el presupuesto de que el paciente en los hechos no fue informado correctamente, por consiguiente también es verdadera, desde un punto de vista puramente lógico, no solo la oración de que dice que él también habría estado de acuerdo con la intervención curativa si hubiese sido informado correctamente, sino también la oración que dice que no habría estado de acuerdo si hubiese sido informado correctamente. Una oración de este tipo tiene solo un sentido de paráfrasis de leyes generales que no solo tendrían que

⁷ Cfr., por ej., BGHR, § 223, párr. 1, intervención médica 2, con anotación de PUPPE, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, t. I, 3.^a ed., 2016, § 11, n.º m. 18 ss. En este caso, sin embargo, el derecho de autodeterminación del paciente no fue lesionado en los hechos, porque él ya había sido informado por otros médicos sobre los riesgos de la intervención curativa.

⁸ ROSENAU, *supra* nota 4, p. 692.

determinar los acontecimientos reales, sino también los ficticios.⁹ No conocemos tales leyes generales para el comportamiento humano, ni sabemos, hoy como ayer, a pesar de todos los experimentos de las neurociencias, si tales leyes estrictas son válidas para el comportamiento humano.¹⁰ Los defensores del consentimiento hipotético rechazan esto por considerarlo una sabiduría teórica y señalan que en la vida cotidiana muy frecuentemente se alzan aseveraciones de esta clase, por ejemplo la frase: Aílton, en el año 2003, habría extendido su contrato con el Werder Bremen, si el club le hubiese ofrecido más dinero que el Schalke 04.¹¹ Es cierto que en la discusión futbolística o en el debate político se hacen afirmaciones de este tipo y también son tomadas al pie de la letra. Empero, en una sala de audiencia deberían regir estándares de verdad distintos a los que rigen en las discusiones futbolísticas. Sin embargo, en la ciencia jurídica actual se consigue poco con argumentos de lógica. Estos simplemente pueden ser refutados.¹² Mucho más convincente es el argumento de que es incompatible con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2, GG) y con la dignidad humana (art. 1, GG) sustituir legalmente la correspondiente decisión voluntaria de una persona por medio de especulaciones acerca de cómo habría decidido la persona si se le hubiese dado la ocasión debidamente.

No obstante, también la jurisprudencia en ocasiones toma al pie de la letra tales oraciones condicionales irreales y decide la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” como una cuestión de simplemente preguntarle al paciente cómo habría decidido si el médico le hubiese informado de la situación correctamente y de modo acabado.¹³ En la primera sentencia en la cual un médico fue absuelto a causa del consentimiento hipotético del paciente, el BGH, no obstante, no le preguntó al paciente, sino que mencionó, por sí mismo, indicios respecto de que el paciente también se habría manifestado de acuerdo si hubiese sido informado de modo acabado.¹⁴ Incluso con prescindencia de todas las objeciones que se formulan desde la teoría del conocimiento contra tales declaraciones y métodos de prueba, toda nuestra propia experiencia nos enseña que cuando nos encontramos efectivamente en determinadas situaciones en las cuales se debe tomar una

⁹ PUPPE, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, t. 1, 4.^a ed., 2013, comentario previo al § 13, n.º m. 91 y la nota al pie 93, n.º m. 126 ss.; ÍDEM, *supra* nota 7, § 2, n.º m. 49, § 11, n.º m. 12 s., § 19; ÍDEM, JR 2004, p. 470 (471).

¹⁰ De acuerdo SWOBODA, ZIS 2013, p. 18 (28 s.); DUTTGE, *supra* nota 1, p. 189; HEFENDEHL, en: FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON (eds.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, p. 465 (471).

¹¹ KUHLEN, JR 2004, p. 227 (228); SOWADA, NStZ 2012, p. 1 (6).

¹² BEULKE, medstra 2015, p. 67 (74).

¹³ BGH, JR 2004, p. 469; cfr. también BGH, JR 2004, p. 251 (252).

¹⁴ BGHR, § 223, párr. I, intervención curativa 2, con comentario de PUPPE, *supra* nota 7, § 11, n.º m. 18 ss.

decisión, con frecuencia nos comportamos de modo distinto al modo en que con anterioridad hubiésemos creído que nos comportaríamos. A esto hay que añadir que la respuesta de nuestro paciente a la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” puede estar influenciada a menudo por factores que tuvieron lugar con posterioridad a la situación de la decisión, por ejemplo la cuestión de si la intervención salió bien o mal,¹⁵ o también la de cómo se comportó el médico con el paciente en general.

Tomemos como ejemplo el caso de la broca, en el cual el BGH había tomado al pie de la letra la declaración del paciente, quien de ninguna manera habría consentido en la intervención, y confirmó la condena del médico.¹⁶ Al médico acusado se le había quebrado la broca del taladro en el omóplato del paciente durante una perforación. Después de un breve intento infructuoso de quitarlo, simplemente dejó la broca del taladro incrustada en el omóplato y suturó la herida de la operación. Cuando se dio cuenta posteriormente de que esa broca de taladro podría ser vista con facilidad en cualquier radiografía del hombro del paciente, tomó la decisión de quitarla a través de una intervención adicional. Para no tener que hacerse cargo del fracaso de la primera operación ante su paciente, le informó que debía llevar a cabo un pliegue capsular en el otro lado del hombro, lo cual fue consentido por el paciente. De modo entendible, cuando el paciente supo la verdad dejó de estar satisfecho con ese médico. En definitiva, él lo había engañado descaradamente e incluso intentó estafarlo, pues quería facturarle el supuesto pliegue capsular. Además, para poder responder verdaderamente la pregunta sobre “¿qué habría pasado?”, habría que inventar una enorme cantidad de circunstancias ficticias agregadas. ¿De qué modo el médico le habría hecho la pregunta al paciente? ¿Tendría que haberse arrepentido y hecho responsable de su error ante él para pedirle que entendiera la situación y tendría que haber podido explicarle que aun cuando la remoción de la broca del taladro no estaba indicada médicamente, de todos modos se hacía teniendo en cuenta el interés del paciente? Según cómo sean fingidas estas circunstancias acompañantes se podrán considerar más o menos plausibles los fundamentos tanto para responder afirmativamente como también negativamente la pregunta sobre “¿qué habría pasado?”.

La Sala VI en lo Civil del BGH, competente en materia de derecho de la medicina y que en cierto sentido inventó la figura del consentimiento hipotético, nunca se preocupó por responder esta pregunta, sino que desarrolló al respecto un sistema de reglas de prueba finamente

¹⁵ STERNBERG-LIEBEN, en: FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, p. 299 (302); SOWADA, *NStZ*, 2012, p. 1 (6), CONRAD/KORANYI, *JuS* 2013, p. 979 (983); cfr. al respecto BGH, *JR* 1996, p. 69 (71 s.).

¹⁶ BGH, *JR* 2004, p. 469, con anotación de PUPPE.

ponderado. Según estos criterios, el paciente, en el proceso de responsabilidad médica, necesita simplemente hacer plausible que en el caso de haber sido informado correctamente se habría encontrado en un serio conflicto a la hora de decidir. Y según estos criterios, el médico tiene la carga de probar que el paciente de todos modos habría consentido en la intervención.¹⁷ A causa de estos requisitos probatorios, el médico fracasa prácticamente siempre.¹⁸ En el proceso penal el camino no se encuentra allanado a la posibilidad de decidir conflictos de intereses por medio de reglas probatorias. Aquí rige, para todas las cuestiones que puedan ser consideradas relevantes para la decisión, el principio de que en caso de duda la respuesta debe ser la más favorable para el acusado. Así, el juez en el proceso penal tampoco puede orientarse según consideraciones de plausibilidad. A partir del reconocimiento de que la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” no puede ser respondida, ya como una cuestión de principios, cuando existe un vicio en la información relevante para la decisión, el juez tiene que llegar a la consecuencia de que dicha pregunta siempre tiene que ser resuelta a favor del médico. Es decir, una aplicación honesta y consecuente del principio de la duda en el proceso penal siempre debe partir de que el paciente también habría consentido en la realización de la intervención curativa si hubiese sido informado correcta y acabadamente. Por consiguiente, y por medio de una información dolosamente incompleta, el médico puede imponerle al paciente impunemente cualquier intervención curativa que se encuentra en el marco de la *lex artis*.¹⁹ Si no es realizada esta restricción, hecha de cierto modo al pasar, de la aplicación de la figura jurídica del consentimiento hipotético a las intervenciones que se realizan de conformidad con la *lex artis*, entonces regiría también para métodos alternativos.²⁰ Hasta dónde se puede llegar cuando la pregunta por el “¿qué habría pasado?” se extiende a otras causas de justificación, por ejemplo procesales, lo demuestra el alarmante caso Jalloh.²¹

También la causa de justificación del consentimiento presunto resulta superflua con el reconocimiento del consentimiento hipotético. El instituto jurídico del consentimiento presunto permite que un médico pueda orientarse según el consentimiento hipotético del paciente y basarse en dicho consentimiento, cuando no puede recabar el consentimiento real del paciente por

¹⁷ WAGNER, en: SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 5, 6.^ª ed., 2013, § 823, n.º m. 874.

¹⁸ WAGNER, *supra* nota 17, § 823, n.º m. 874; SOWADA, *NStZ* 2012, p. 1 (7).

¹⁹ PUPPE, *GA* 2003, p. 764 (769); OTTO, *Jura* 2004, p. 679 (685); DUTTGE, *supra* nota 1, p. 188; SWOBODA, *ZIS* 2013, p. 18 (22 s.); TAG, *ZStW*, t. 126, 2015, p. 523 (538 s.).

²⁰ Así BGH, *NJW* 2013, p. 1688.

²¹ BGHSt, t. 59, p. 292 (303), con comentario de PUPPE, *supra* nota 7, § 11, n.º m. 25 ss.

razones fácticas, por ejemplo porque el paciente está inconsciente o por alguna otra razón es incapaz de decidir y no se puede esperar un restablecimiento de su capacidad para decidir, en caso de que no se lleve a cabo ningún tipo de intervención médica. Estas restricciones, desde luego, son suprimidas en su totalidad si el médico también puede ser exonerado con un consentimiento hipotético del paciente si no se han cumplido tales restricciones.²² KUHLEN, que ha reconocido esto, quiere neutralizar la objeción al señalar que un médico que apela a un consentimiento hipotético del paciente sin una situación de necesidad sería punible por tentativa, porque de lo contrario el médico sí ignoraría el derecho de autodeterminación del paciente, en tanto estaría presente el disvalor de acción aun cuando decayera el disvalor de resultado.²³ Empero, esto no funciona. La tentativa no es cualquier disvalor de acción, sino la ejecución del dolo de realizar el tipo, sin que estén dados los requisitos objetivos de una causa de justificación, es decir, el exacto reflejo del ilícito objetivo en la conciencia del autor. Por consiguiente, una punibilidad del médico por tentativa solo entra en consideración si, primero, dolosamente engañó al paciente o le informó de la situación de modo incompleto y, segundo, no confió seriamente (sino a lo sumo vagamente) en que el paciente también habría consentido en la intervención si hubiese sido debidamente informado.²⁴ De todos modos, ante el conocimiento de que las afirmaciones sobre la voluntad hipotética del paciente no son un hecho, sino solo especulaciones, el médico acusado puede siempre afirmar, de modo irrefutable, una confianza tal, a menos que el paciente hubiese obtenido la información por otra vía y le hubiese manifestado al médico, sin ser preguntado, que no consentiría en asumir ese riesgo o esa ampliación de la operación.

III. Sobre la clasificación sistemática del consentimiento hipotético en derecho penal

Sin embargo, ¿no son todas estas objeciones al reconocimiento de una voluntad hipotética del paciente como causa de justificación o de exclusión de responsabilidad penal, literalmente,

²² HAAS, GA 2015, p. 147 (151, 157); RÖNNAU, JuS 2014, p. 882 (884); SWOBODA, ZIS 2013, p. 18 (26); SOWADA, NStZ 2012, p. 1 (7). BEULKE, medstra 2015, p. 67 (74), no obstante, no ve ninguna diferencia entre ambas situaciones, porque en todo caso se investigaría la voluntad hipotética del paciente.

²³ KUHLEN, JR 2004, p. 227 (229).

²⁴ PUPPE, JR 2004, p. 470 (471); SWOBODA, ZIS 2013, p. 18 (28); SOWADA, NStZ 2012, p. 1 (8); véase al respecto BGH, NStZ-RR 2007, p. 340 (341); BGH, NStZ 2012, p. 205 (206). Por tanto, en contra de BEULKE, medstra 2015, p. 67 (75), esto rige precisamente cuando el médico obtuvo capciosamente un consentimiento deficiente por medio de un engaño al paciente.

arqueología jurídica*, desde que la Sala VI en lo Civil del BGH reconoció el consentimiento hipotético como causa de exclusión de la responsabilidad y el legislador lo estableció en el § 630h, párr. 2, BGB, como una excepción que puede invocar el médico acusado frente a la ley de derechos del paciente? ¿Puede ser el derecho penal más exigente que el derecho civil?²⁵ Para aclarar la cuestión relativa a si en este ámbito el derecho civil es vinculante para el derecho penal, en primer lugar debe quedar en claro cuál es la posición sistemática del instituto jurídico del consentimiento hipotético en el derecho penal y en el civil. Algunos defensores del consentimiento hipotético lo consideran un nuevo instituto que sobrevuela libremente en el ámbito sistemático del delito y que, en cierto sentido, serviría para reajustar de un modo equitativo los riesgos entre el médico y el paciente. Con ello, se compensarían las exigencias, que según el punto de vista de muchos penalistas son desmesuradas, que rigen respecto del deber de informar del médico, en la medida en que el médico no sería responsabilizado penalmente por la existencia de un defecto en la información brindada, según esta determinación del deber.²⁶ Ahora, en los casos que se conocen por el momento, y en los cuales los médicos fueron absueltos a causa de un consentimiento hipotético del paciente, no se estaba en presencia de defectos leves al informar, sino de defectos realmente importantes, e incluso de engaños realizados conscientemente.²⁷ Si los deberes de información de los médicos son desmesurados, entonces justamente tienen que ser reducidos de un modo adecuado, incluso si esto es incómodo y difícil de realizar en la praxis.²⁸ No se deben corregir las consecuencias de deberes de información desmesurados de un modo tal que se suprima de manera general la protección jurídico-penal del deber de informar de los médicos por medio del reconocimiento de un consentimiento hipotético.

* La expresión original es “Schnee vom vorigen Jahrtausend”, cuya traducción literal sería “nieve del milenio pasado”. Dado que una traducción literal luce cuando menos extraña, se ha decidido traducir la frase como “arqueología jurídica” [Nota del traductor].

²⁵ Se contesta negativamente esta pregunta en las contribuciones de KUHLEN, ZStW, t. 126, 2015, p. 693 (694); ROSENAU, en: SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), Strafrecht, Kommentar, 2.^a ed., 2014, comentario previo al § 32, n.º m. 53, con referencias adicionales; BEULKE, medstra 2015, p. 67 (73).

²⁶ ZABEL, GA 2015, p. 219 (220); ROSENAU, *supra* nota 4, p. 698.

²⁷ BGH, JR 2004, p. 251 s.; BGH, NStZ 1996, p. 34. Lo mismo rige en aquellos casos en los cuales el BGH revocó la absolución del tribunal de primera instancia, BGH, NStZ, 2012, p. 205; BGH, NStZ-RR 2007, p. 340.

²⁸ SALIGER, en: FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA, *supra* nota 14, p. 257 (269 ss.); STERNBERG-LIEBEN, *supra* nota 14, pp. 306 ss.; TAG, ZStW, t. 126, 2015, p. 523 (543 ss.).

Por consiguiente, ¿en qué contexto sistemático dentro del derecho penal surge la pregunta de si un paciente informado de modo insuficiente habría consentido en la realización de la intervención curativa si hubiese sido informado correctamente? Para KUHLEN, el protagonista más importante de la teoría del consentimiento hipotético, no se produce ninguna diferencia si se lo clasifica sistemáticamente en la imputación objetiva o en la justificación.²⁹ “De hecho, lo cierto es que en realidad el resultado es exactamente el mismo si la cuestión se centra en la contrariedad al deber definitiva, porque se está en presencia de una acción que objetivamente no está justificada, o bien en la contrariedad a deber *prima facie*, porque la acción no está vinculada a un riesgo típicamente desaprobado”.³⁰ En ambos contextos surge la pregunta de si el autor habría evitado el resultado con un comportamiento alternativo conforme a derecho y justamente esa pregunta debería responderse negativamente si el paciente también habría consentido en la realización de la intervención curativa si hubiese sido informada correcta e íntegramente. KUHLEN, por consiguiente, establece una relación de imputación entre el defecto en la información y la realización de la intervención curativa.³¹ Empero, antes de plantear la pregunta por la evitabilidad por medio del comportamiento alternativo conforme a derecho uno tiene que cerciorarse de qué es lo que se debe evitar. No debe ser evitada la realización de la intervención médica curativa que el médico llevó a cabo sin el consentimiento eficaz del paciente, sino la realización de una intervención médica curativa sin su consentimiento. Este resultado se puede impedir de dos formas: o bien se adapta la intervención curativa a la voluntad del paciente o la voluntad del paciente se adapta a la intervención curativa propuesta por el médico. Desde el punto de vista de la autodeterminación del paciente, ambas alternativas son equivalentes. Pero si el médico hubiese informado correcta e íntegramente al paciente, entonces habría tenido lugar una de estas dos alternativas y, por consiguiente, se habría evitado el ilícito de resultado.³² Esto no sería ningún reconocimiento de la teoría de la evitabilidad por medio de un comportamiento alternativo

²⁹ KUHLEN, JR 2004, p. 227 (229); en contra DUTTGE, *supra* nota 1, p. 190.

³⁰ KUHLEN, *supra* nota 29, p. 227 (228); cfr. también ROSENAU, *supra* nota 4, p. 694 s.; en contra DUTTGE, *supra* nota 1, p. 190.

³¹ KUHLEN, *supra* nota 1, FS Müller-Dietz, p. 436; ÍDEM, JR 2004, p. 227 (228); ÍDEM, *supra* nota 1, FS Roxin, pp. 337, 339 ss.

³² SWOBODA, ZIS 2013, p. 18 (25); cfr. también SCHLEHOFER, en: PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER/STÜBINGER/VERREL/ZACZYK (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, p. 953 (970), quien también advierte que la acción típica del médico no consiste en brindar información incompleta, sino en realizar la intervención curativa con posterioridad a brindar la información incompleta (p. 969). Por consiguiente, la omisión habría sido el comportamiento alternativo conforme a derecho.

conforme a derecho, pero no puedo ocuparme aquí de los defectos y déficits básicos que sufre esta teoría.³³

En la primera sentencia en la cual el BGH introdujo en asuntos penales el instituto del consentimiento hipotético para fundamentar con ello la absolución del médico acusado, el tribunal formuló con las siguientes palabras la pregunta de cómo habría decidido el paciente en caso de haber sido informado correcta e íntegramente: “No obstante, se debe confirmar la absolución porque la Sala en lo Penal defendió, sin errores de fundamentación, la opinión de que la contrariedad al deber no sería causal de las lesiones corporales. Derivó esto de la consideración de que el querellante finalmente encontró en el acusado un médico que habría acatado su deseo apremiante de corregir mediante una operación la molesta mala posición de su rodilla, de que tuvo, en gran medida, una confianza incondicional en la capacidad médica y en la práctica quirúrgica del acusado y de que, por tanto, también habría consentido en la operación si hubiese sido informado de todos los riesgos asociados”.³⁴ Por consiguiente, el defecto en la información es tratado sistemáticamente como un defecto en el tratamiento médico y, en correspondencia con ello, se analiza el requisito de la causalidad de la lesión al deber de cuidado para la realización de la intervención médica curativa, que es tratada como el resultado a evitar de la lesión corporal.

En ese sentido, el déficit de información puede devenir causal respecto de la intervención curativa como resultado de la lesión corporal, en tanto es causal respecto del consentimiento del paciente y este último es, en ese sentido, causal respecto de la intervención curativa llevada a cabo por el médico, en tanto esta última no habría sido llevada a cabo de ningún modo sin consentimiento. Empero, la importancia del consentimiento en el derecho no está dada por el hecho de que causa la intervención médica, sino porque la justifica. Por tanto, desde un principio es un error sistemático aplicar a los defectos de información la teoría de la causalidad de la lesión al deber de cuidado respecto de la lesión al bien jurídico.³⁵ Entonces, al ser aplicada la teoría de la

³³ Véase al respecto PUPPE, JZ 2008, p. 488 (492 ss.); ÍDEM, GA 2015, p. 203 (209 ss.), en especial en casos de cursos causales psíquicos, BGSt, t. 13, p. 13.

³⁴ BGHR, § 223, párr. 1, consentimiento 2, con comentario de PUPPE, *supra* nota 7, § 11, n.º m. 18 ss.

³⁵ PUPPE, GA 2003, p. 764 (770); ÍDEM, *supra* nota 7, § 11, n.º m. 23 s.; DUTTGE, *supra* nota 1, p. 185 s.; GROPP, en: HOYER/MÜLLER/PAWLIK, *supra* nota 1, p. 197 (206 s.); SCHLEHOFER, *supra* nota 32, p. 953 (969 s.); HAAS, GA 2015, p. 147 (155); STERNBERG-LIEBEN, *supra* nota 14, p. 301 s.; SWOBODA, ZIS 2013, p. 18 (21, 24, 27); PAEFFGEN, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *supra* nota 9, comentario previo al § 32, n.º m. 168a, con nota al pie 864; JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, p. 25 s.; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2015, p. 25 s. Contra HEFENDEHL, *supra* nota 10, pp. 474 ss., la cuestión de que la relación entre el déficit en el

conditio sine qua non a este supuesto problema de causalidad,³⁶ surge la pregunta irreal acerca de si la intervención curativa también habría ocurrido si el médico no hubiese incurrido en un defecto de información. Por consiguiente, mentalmente se añade un cumplimiento “hipotético” del deber de información por parte del médico y se puede especular entonces sobre la cuestión de si —con seguridad, posiblemente o al menos no puede descartarse la posibilidad de que— el paciente habría estado de acuerdo con la intervención, de modo que se habría llegado a la misma intervención curativa, si bien a causa de un consentimiento distinto en cuanto al contenido. Por tanto, justamente el déficit de información no sería en sí mismo causal respecto de la injerencia. No obstante, en este análisis de la causalidad se pasaría por alto la diferencia entre una intervención curativa abarcada por un consentimiento real que se produjo con anterioridad a la intervención, aunque no en cuanto al contenido, y una intervención curativa abarcada por el consentimiento que el paciente habría otorgado (con seguridad, tal vez o cuya posibilidad de otorgamiento al menos no pueda descartarse) si hubiese sido informado correctamente, es decir, justamente el consentimiento hipotético.

No obstante, todavía se puede aplicar el análisis de la causalidad del déficit en el consentimiento o, como lo expresaría KUHLEN, de la causación del acontecimiento ulterior por el déficit en el consentimiento, de otro modo, es decir, de tal forma que uno debería preguntarse si el déficit de información causó el consentimiento real del paciente. Si se realiza el análisis según el método, ampliamente conocido, que consiste en suprimir y añadir mentalmente y se pregunta si el paciente habría consentido si el médico lo hubiese informado íntegramente, entonces uno se enfrenta nuevamente a la cuestión de si la responsabilidad del médico depende de la teoría del consentimiento hipotético, es decir, a la pregunta sobre “¿qué habría pasado?”. Empero, y como el BGH muy tempranamente explicó en una sentencia acertada, el curso causal real no pierde su existencia a causa de que en otras circunstancias se presentase otro curso causal en su lugar, pero que no se presentó.³⁷ Ninguna de todas las posibles especulaciones respecto de la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” modifica en absoluto el simple hecho de que el paciente que no fue informado sobre un riesgo o sobre una posible ampliación de la operación no tomó una decisión

nivel del contenido del consentimiento causado por medio de un defecto en la información y la intervención curativa no es una relación causal tampoco se modifica si se toma por base una estructura del delito bipartita, en lugar de una tripartita, es decir, si se integran las condiciones de justificación en la descripción del tipo.

³⁶ Para una crítica fundamental de este método para determinar la causalidad y verificarla en el caso individual, PUPPE, GA 2010, p. 551; ÍDEM, *supra* nota 9, comentario previo al § 13, n.º m. 90 ss.

³⁷ BGHSt, t. 13, p. 13; hoy en día lamentablemente de otra opinión BGH, NStZ, 2010, p. 88; ambos con comentario de PUPPE (*supra* nota 7), n.º m. 43 ss.

sobre ese riesgo o sobre esa posible ampliación de la operación, ni mucho menos se manifestó de modo positivo a su respecto. En todo caso, podría regir otra cosa si el paciente se hubiese procurado la información necesaria para tal decisión por otras vías.³⁸ Por lo demás, el diagnóstico meramente fáctico es que la decisión adoptada en los hechos por el paciente y el consentimiento por él expresado no abarcan ese riesgo, ni esa ampliación de la operación.

IV. Sobre la clasificación sistemática del consentimiento hipotético en el derecho civil

De hecho debería generar sorpresa, al menos hasta cierto punto, que precisamente un tribunal civil haya inventado el instituto jurídico del consentimiento hipotético para rechazar la responsabilidad de médicos por un tratamiento curativo que no se encuentra abarcado por el consentimiento real del paciente porque este último está basado en un déficit de información. ¿Qué civilista consideraría válido un acto jurídico sujeto a aprobación o a autorización si no cuenta con la aprobación necesaria, con el fundamento de que la persona habilitada para dar su aprobación probablemente la habría brindado si tal aprobación hubiese sido requerida debidamente? Empero, en las correspondientes sentencias se busca en vano una fundamentación sistemática de la relevancia de la pregunta de si el paciente también habría estado de acuerdo con la intervención si hubiese sido informado conforme al ordenamiento jurídico. Esta pregunta sobre “¿qué habría pasado?” es planteada más bien de un modo absolutamente súbito y es considerada relevante desde el vamos.³⁹ No obstante, en una sentencia hay una formulación que indica que no se trata de una justificación o de una restricción de la responsabilidad a causa del consentimiento hipotético, sino más bien de una relación causal entre el déficit de información, es decir, el error del paciente, y el consentimiento real.⁴⁰ Como se acaba de explicar, por tanto, no es necesaria la averiguación de tal relación causal, porque el error del paciente no causa el consentimiento, sino que determina su contenido. Además, la causalidad del error respecto del consentimiento real tampoco depende de la pregunta sobre “¿qué habría pasado?”, pues el proceso causal real que condujo a la resolución del paciente de manifestar su acuerdo con la intervención no pierde su existencia a causa de que bajo otros presupuestos se presentaría con seguridad o probablemente (o

³⁸ En el caso BGHR, § 223, párr. 1, consentimiento 2, esto fue probablemente lo que ocurrió en los hechos. El paciente ya había consultado a otros dos médicos, que se habían rehusado a realizar la operación exigida por él, precisamente a causa de los riesgos que posteriormente se realizaron.

³⁹ Cfr., por ej., BGHZ, t. 90, p. 103 (111); BGH, NJW 1980, p. 133 (134).

⁴⁰ En BGH, NJW 1980, p. 133 (134) se habla de la “causalidad del déficit de información para la decisión de consentir”.

no podría descartarse su presencia) otro proceso causal en su lugar, que habría llevado al mismo resultado, pero que en los hechos no tuvo lugar.⁴¹ Por consiguiente, no nos queda más remedio que emprender la tarea de buscar una fundamentación para que la responsabilidad del médico por un riesgo que se ha realizado por medio de su intervención, pero que a causa de un déficit de información no estaba abarcado por el consentimiento del paciente, debe depender de si el paciente habría expresado su acuerdo con la asunción de ese riesgo si hubiese sido informado íntegramente, tal como era requerido.

El único punto de conexión se brinda para resolver la pregunta sobre “¿qué habría pasado” es el § 249, BGB, esto es, la llamada causalidad que satisface la responsabilidad*. Empero, en verdad esto no es ninguna cuestión de causalidad, sino la idea general de que a quien es afectado por un ilícito se le concede el derecho a que se lo coloque en la situación en la que se encontraría si el ilícito no hubiese tenido lugar. Esto no tiene nada que ver con la causalidad en sentido estricto, pero plantea la pregunta decisiva respecto de cuál sería la situación si en lugar de un comportamiento deficiente se hubiese producido uno correcto, es decir, nuestra pregunta sobre “¿qué habría pasado?”. Ahora, cualquier experto en responsabilidad extracontractual sabe que esta estrategia no sirve y que se está pensando en casos en los que existe una causa de reemplazo, donde según esta regla el afectado sería cargado con un doble riesgo de insolvencia. Piénsese en los casos en los cuales el perjudicado está asegurado contra estos daños. Piénsese en la llamada liquidación de daños en interés de un tercero. Entonces, en el derecho de daños la respuesta a la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” tampoco es tan inevitable como pareciera según la letra del § 249 BGB. Por tanto, la Sala VI en lo Civil del BGH también tuvo la posibilidad de trabajar con las reglas sobre la carga de la prueba.

La conclusión más importante para el penalista que se deriva de esta explicación del instituto jurídico del consentimiento hipotético es la de que esto no le concierne. La teoría de la normatividad del consentimiento hipotético para la responsabilidad del médico, desarrollada por la Sala VI en lo Civil no es, de ninguna manera, obligatoria, ni tiene una relación prejudicial respecto del derecho penal. Lo mismo rige también respecto del § 630h, párr. 2, BGB.

No obstante, la jurisprudencia de la Sala VI en lo Civil podría inspirar una solución al problema de cómo podría restringirse de un modo razonable el deber de información del médico,

⁴¹ BGHSt, t. 13, p. 13 (14).

* Nota del traductor: *haftungsausfüllende Kausalität*.

cuya extensión supuestamente se ha desbordado. Lo que la Sala VI en lo Civil formuló como reglas de la carga de la prueba podría ser considerado también como el fin de protección de la norma. La Sala VI previó una inversión de la carga probatoria en contra del médico si se cumple el requisito de que el paciente pueda explicar que si hubiese sido informado correcta e íntegramente sobre los riesgos de la intervención o, dado el caso, de la necesaria ampliación de la intervención, se habría encontrado frente a una grave situación de conflicto a la hora de decidir si debía consentir en la realización de la intervención o no. Este criterio también es razonable como determinación del fin de protección de la norma que fundamenta el deber de informar del médico. Distintas clases de deberes de informar alcanzan al médico, como por ejemplo, aquellos sobre cómo el paciente debe comportarse después de la intervención o cómo el proceso curativo probablemente tendrá lugar en los detalles. Por consiguiente, no todos los deberes de informar del médico sirven al fin de proteger el derecho de autodeterminación del paciente contra errores al momento de otorgar su consentimiento. Solo tienen este fin los deberes de informar de aquellos hechos, en especial riesgos o posibles ampliaciones de la intervención, cuyo conocimiento colocaría al paciente frente a una grave situación de conflicto a la hora de decidir. De este modo, se puede llegar en derecho penal al mismo resultado al que aspira la Sala VI en el derecho civil, mientras que una adopción sin más del consentimiento hipotético como causa de exclusión de la responsabilidad conduciría, en derecho penal, a una paralización del derecho de autodeterminación del paciente, en virtud del principio de la duda.

Consiguientemente, se encuentran por fuera del fin de protección de un deber de informar, violado, dado el caso, por un médico, aquellas informaciones falsas que no se refieren directamente al interés corporal del paciente, como por ejemplo la información sobre los costos del tratamiento o sobre la cuestión de si el seguro del paciente se hace cargo de aquel. Las informaciones falsas que se refieren al interés corporal del paciente solamente no están abarcadas por el fin de protección de la norma de información si son irrelevantes para la decisión que tomará el paciente. Esta restricción del fin de protección de las normas de información sirve evitar que los pacientes, ante la sospecha de un error de tratamiento, quieran hacer valer sus daños como un déficit de información, notablemente más fácil de probar, como deseaba la Sala VI en lo Civil cuando introdujo el consentimiento hipotético.⁴² Por lo demás, el fin de protección del deber de información concierne a toda información que desempeñe un papel en la decisión del paciente de someterse a la intervención, a la luz de su interés corporal. La razón detrás de esta necesidad al

⁴² LAUFS/KATZENMEIER/LIPP, *Arztrecht*, 7.^a ed., 2015, n.º m. 154 s.; cfr. WAGNER, *supra* nota 16, § 823, n.º m. 810; BGHZ, t. 90, p. 103 (111 ss.); ZABEL, GA 2015, p. 219 (223).

consentir en la realización de una intervención médica curativa reside en que el paciente debe pagar, en un primer momento, el esperable restablecimiento de su salud con un sacrificio de su salud.⁴³ Si es inducido a error en esa decisión, entonces se ve afectado su derecho de autodeterminación sobre su cuerpo, es decir, el bien jurídico del § 223, StGB. Por tanto, se debe contradecir a GAEDE, quien quiere restringir el fin de protección del deber de información a la calidad de la intervención curativa como tal y, en especial, exceptuar la información sobre el diagnóstico, la prognosis y las alternativas de tratamiento.⁴⁴ El diagnóstico es la razón por la cual el paciente decide, en un primer momento, llevar a cabo un sacrificio de su integridad corporal y solo cuando conoce, por ejemplo, las alternativas de tratamiento disponibles puede decidir qué sacrificios llevar a cabo.⁴⁵

La marcha triunfal de la teoría del consentimiento hipotético, especialmente en derecho penal, es un ejemplo dramático, en cuanto a las consecuencias jurídicas prácticas, de lo profundamente desorientada que puede volverse la aplicación del derecho si se descuida la investigación acerca la ubicación sistemática de un problema jurídico y se traslada a este problema, sin más, un razonamiento que fue desarrollado en un contexto sistemático completamente distinto.

⁴³ PUPPE, GA 2003, p. 764.

⁴⁴ GAEDE, *supra* nota 34, p. 65 s. En el llamado caso Surgibone (BGH, NStZ 1996, p. 34), también el BGH consideró que el médico no estaba obligado a informar al paciente sobre las alternativas disponibles frente a un tratamiento considerado preferible por el médico.

⁴⁵ KUHLEN, GA 2015, p. 709 (710), recensión a GAEDE, *supra* nota 34.

LA COMPLIPLICIDAD POR OMISIÓN*

Prof. em. Dr. Dr. h. c. Harro OTTO**

Fecha de recepción: 31 de julio de 2017
Fecha de aprobación: 2 de octubre de 2017

En el centro del debate sobre la delimitación entre autoría y participación en los delitos impropios de omisión está la cuestión de si el garante que no impide que otro cometa activamente el hecho tiene que ser penado como autor por omisión o bien solo como partícipe en el hecho del autor por comisión. En la doctrina y la jurisprudencia se barajan soluciones muy diversas para esta problemática. Empero, no hay consenso general. Esto es lo que da pie a la presente investigación. Se parte de la base de que el autor —al igual que en el ámbito de la comisión— es la figura central del hecho y que la agresión al bien jurídico por parte del cómplice es accesoria al hecho del autor, pero que la accesoriedad tiene que ser concebida a partir de la situación de omisión. El aporte al hecho del garante que omite es accesorio cuando él puede cumplir su deber solo mediatamente, a través del autor por comisión. Es autor directo (paralelo) cuando puede impedir el resultado independientemente del autor por comisión.

I. Bases de la teoría de la autoría y la participación

Si para la realización de un tipo penal entra en consideración solo una persona, porque no han tomado parte en el hecho otros colaboradores —ya sea como personas que omiten de manera contraria al deber o que actúan—, no se generan problemas de autoría. Quien realiza el tipo de una ley penal tanto objetiva y subjetiva como antijurídicamente es autor de la realización del delito: “El autor es la *figura central* en la realización de los actos típicos de ejecución (§ 25). El partícipe es una figura secundaria que dispara el hecho del autor mediante una incitación (§ 26:

* Originalmente publicado en la revista *JuS (Juristische Schulung)*, fascículo 4/2017, pp. 289-295, con el título “Beihilfe durch Unterlassen”. Traducción del alemán de José R. Béguelin (Universidad de Buenos Aires). Se ha decidido mantener, en la medida de lo posible, el estilo de citas original.

** Hasta su jubilación, el autor fue titular de la cátedra de derecho penal, procesal penal y filosofía del derecho de la Universidad de Bayreuth. Los símbolos §§ sin referencia a ninguna ley remiten al Código Penal alemán (StGB).

instigación) o que realiza un aporte al hecho mediante la prestación de ayuda (§ 27: complicidad)".¹

1. Delitos de comisión

En los delitos de comisión —se exigen requisitos especiales para la realización de los delitos de propia mano y, en la medida en que estos sean reconocidos, de los llamados *delitos de deber*—, según la teoría del dominio del hecho, decide respecto de la autoría el criterio del dominio del hecho: “La figura central del curso delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que, si bien los partícipes también inciden en el hecho, no configuran su ejecución de forma decisiva”.²

a) Aunque en las cuestiones puntuales se sostienen diversas concepciones, la doctrina ha seguido en gran medida la teoría del dominio del hecho, elaborada amplia y diferenciadamente por ROXIN.³ No obstante, las discrepancias no se fundan en conceptos básicamente divergentes, sino en que el concepto del dominio del hecho abarca elementos normativos y fácticos,⁴ de tal manera que según cómo sean ponderados esos elementos se pueden fundar resultados diferentes. Así, p. ej., en la autoría mediata hay buenas razones para rechazar el dominio del hecho de una persona sobre un autor que actúa con plena responsabilidad si se acentúan aspectos normativos del dominio. Pero estas razones no son vinculantes si son ponderados con mayor énfasis los elementos fácticos. Aquí no se profundizará en esto, sino que solo ha de servir para señalar que las cuestiones controvertidas de delimitación, que por lo demás son propias de las delimitaciones conceptuales, no justifican la objeción de que la teoría del dominio del hecho es muy general, vacía de contenidos y, por tanto, carente de valor dogmático.⁵

b) Las teorías divergentes de la del dominio del hecho que han sido sostenidas en la doctrina no han tenido mucho eco, dado que han sido objeto de crítica en tanto teorías amplias de la autoría. Sin embargo, son adecuadas para esclarecer otros planteamientos de problemas puntuales

¹ ROXIN, AT II, 2003, § 25, n.º m. 10.

² ROXIN, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 13.

³ Un panorama detallado sobre la literatura en: LK-StGB/SCHÜNEMANN, 12.ª ed., 2007, § 25, n.º m. 11; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.ª ed., 2015, § 44, n.º m. 193 ss.

⁴ Al respecto, ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 198.

⁵ Al respecto, también ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 251, con citas de ARTHUR KAUFMANN, FS Hellmuth Mayer, 1966, p. 79 (pp. 87 s.); SCHÜNEMANN, GA 2016, p. 301 (p. 303).

de la teoría de la autoría y para concretizar, con argumentos autónomos, la definición del concepto de dominio.⁶

e) La jurisprudencia del BGH sigue una “teoría normativa combinada”,⁷ en la que se unen elementos de una teoría de los intereses de orientación subjetiva con los elementos de la teoría del dominio del hecho. Según ello, son puntos esenciales de partida para la autoría el grado del interés propio en el resultado del hecho, el alcance de la intervención en el hecho, el dominio del hecho, o al menos la voluntad de dominar el hecho, de tal manera que su ejecución y desenlace dependan de forma decisiva de la voluntad de la persona que es considerada autora.⁸ Luego, la decisión de si se trata de coautoría o complicidad se toma según la evaluación fáctica judicial.

Pero dado que los criterios particulares de valoración no son mencionados de modo concluyente ni son sopesados en una jerarquía, el resultado de la evaluación fáctica judicial no es determinable de antemano, sino que solo puede ser comprendida bajo puntos de vista de plausibilidad.⁹ Con ello, en definitiva se demuestra que, con la “teoría normativa combinada”, en la delimitación entre autoría y participación el BGH ha creado un margen de discrecionalidad tan amplio como el que había establecido el RG con la llamada *teoría del animus*,¹⁰ en la que no fueron definidos de manera comprensible los elementos del concepto de “*animus auctoris*” ni los del “*animus socii*”.

2. Delitos de omisión

No hay gran consenso respecto de la delimitación entre complicidad y autoría en el ámbito de la omisión. Únicamente se reconoce en gran medida que el dominio del hecho, entendido como dominio de la acción, no ofrece las bases para una diferenciación, pues el que omite de manera contraria al deber precisamente no domina, junto a un autor que actúa de forma activa, el acontecer. La posibilidad de lograr el dominio del hecho, empero, evidentemente no es idéntica a

⁶ En detalle, respecto de la discusión: LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 12 ss.; ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 200 ss.

⁷ LK-StGB/ROXIN, 11.ª ed., 1992, § 25, n.º m. 20.

⁸ En esa medida, instructivo, BGH, StV 1981, p. 275; últimamente BGH, StV 2016, p. 648 = JuS 2016, p. 658 (HECKER). Por lo demás, cfr. el panorama en LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 28; OTTO, AT, 7.ª ed., 2004, § 21, n.º m. 28, nota 6; ROXIN, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 22, nota 22.

⁹ Al respecto, también LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 34; ROXIN, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 24 s.

¹⁰ Al respecto, también LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 31, 125, 181.

la situación de ejercer el dominio del hecho. En esa medida, remitir al dominio del hecho, también aquí, como criterio decisivo,¹¹ es errado si no se le otorga al concepto un contenido autónomo. En todo caso, la posibilidad de impedir el resultado, en cuanto tal, no puede ser el criterio de delimitación, pues “es presupuesto de toda omisión jurídico-penal, sea autoría o participación”.¹²

II. La posibilidad de una complicidad por omisión

1. La jurisprudencia del BGH

En la delimitación entre autoría y participación en el ámbito de la omisión, el BGH también sigue la “teoría normativa combinada” y, con ello, realiza la delimitación en la omisión de la misma manera que en la comisión. El punto de partida es una consideración subjetiva: “Varias personas pueden causar en común el mismo resultado jurídico-penal de diversa manera, tanto mediante una acción prohibida, como mediante una omisión contraria al deber y, según su actitud interna hacia el hecho y hacia el resultado (dirección de la voluntad, dominio del hecho, interés en el resultado, alcance de la realización por sí mismo del tipo), en calidad de coautor, instigador o cómplice”.¹³ No obstante, esta “teoría subjetiva”¹⁴ es complementada con el criterio del dominio del hecho: “dominio sobre la situación fáctica”,¹⁵ con lo cual en parte se recurre alternativamente a los diferentes criterios con un punto de vista valorativo, pues según la concepción del BGH, “la actitud interna del omitente hacia el hecho o bien su dominio del hecho son determinantes”.¹⁶

¹¹ Cfr. GÖSSEL, ZStW, t. 96 (1984), p. 321 (334); HEINE/WEIBER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 29.ª ed., 2014, comentario previo a los §§ 25 ss., n.º m. 102; MüKoStGB/JOECKS, 3.ª ed., 2017, § 25, n.º m. 281; RANSIEK, JuS 2010, p. 678 (680); RENGIER, JuS 2010, p. 281 (284); WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 46.ª ed., 2016, n.º m. 1034.

¹² HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (624). Respecto de la crítica, detalladamente, SCHWAB, Täterschaft u. Teilnahme bei Unterlassungen, 1996, pp. 72 ss.

¹³ BGHSt, t. 2, p. 150 (151), también en NJW 1952, p. 552.

¹⁴ En la bibliografía moderna sostienen una teoría subjetiva: ARZT, JA 1980, p. 553 (558); ÍDEM, StV 1986, p. 337; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 11.ª ed. 2003, § 29, n.º m. 59 ss.

¹⁵ BGHSt, t. 2, p. 150 (156), también en NJW 1952, p. 552.

¹⁶ BGH, NStZ 2009, p. 321 (322).

La jurisprudencia del BGH¹⁷ ha sido objeto de extensa crítica,¹⁸ pues, por un lado, no es posible deducir de una omisión una “voluntad de autor”, por el otro, la posibilidad de ejercer el dominio no es idéntica al ejercicio real del dominio y, por último, la mera posibilidad de impedir el resultado, en tanto presupuesto de toda omisión típica, no genera la posibilidad de diferenciar entre autoría y participación.

2. La teoría de los delitos de deber

Según la teoría de los delitos de deber, fundada por ROXIN, los delitos impropios de omisión son delitos de deber. Figura central y autor de estos delitos es quien lesiona un deber especial que le compete.¹⁹ Para los delitos impropios de omisión, esto significa que es autor quien lesiona el deber de impedir el resultado que funda el tipo penal y cumple con los demás presupuestos típicos. Entonces, la participación por omisión entra en consideración, esencialmente, solo en los casos en que un garante no hace nada en contra del autor de un delito de propia mano, o en los que se requieren elementos subjetivos del tipo que el garante no cumple, p. ej., un ánimo de apropiarse o de enriquecimiento.²⁰

En contra de la teoría de los delitos de deber se afirma que su aplicación práctica conduce a contradicciones valorativas cuando el omitente que es garante realiza, a la vez, una complicidad activa. La relación concursal que se genera así no podría resolverse sin contradicciones valorativas: si la omisión es juzgada como menos grave y, por tanto, se propugna la prioridad de la complicidad, el afectado es puesto, en razón de la atenuación obligatoria de pena del § 27 II, en

¹⁷ Panorama sobre la jurisprudencia: LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 206; MOSENHEUER, *Unterlassen u. Beteiligung*, 2009, pp. 162 ss.; ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 126 ss.; SERING, *Beihilfe durch Unterlassen*, 2000, pp. 8 ss.

¹⁸ Cfr. BECKER, HRRS 2009, p. 242 (244 s.); LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 206; MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 164 s.; ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 132 ss.; SERING, *supra* nota 17, pp. 16 ss.

¹⁹ ROXIN, *supra* nota 3, pp. 458 ss.; ÍDEM, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 267 ss.; cfr. también CRAMER, FS Bockelmann, 1979, p. 389 (395 s.); HERZBERG, *Täterschaft u. Teilnahme*, 1977, p. 33; JAKOBS, AT, 2.ª ed. 1991, 21/116 ss.; KÜHL, AT, 8.ª ed. 2017, § 20, n.º m. 14; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt u. Beteiligung*, 1999, pp. 22 ss.

²⁰ Cfr. ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 483; ÍDEM, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 140 ss. Aprobatorio, FRISTER, AT, 7.ª ed. 2015, 26/40; MITSCH, *Jura* 1989, p. 193 (197); NK-StGB/WOHLERS/GAEDE, 4.ª ed. 2013, § 13, n.º m. 26; PARADISSIS, *Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen*, 2015, p. 215; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik d. unechten Unterlassungsdelikte u. der Gedanke d. Ingerenz*, 1966, pp. 138 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª ed. 2011, § 14, n.º m. 13.

una mejor posición que si no hubiera realizado la complicidad activa porque, en ese caso, solo entraría en consideración la punibilidad por omisión. En cambio, si se hace retroceder la complicidad, es indiferente para el veredicto de culpabilidad que el autor por omisión haya prestado una ayuda activa o no.²¹ Empero, esta argumentación no es ineludible. Si se sigue la moderna jurisprudencia del BGH, según la cual al aplicar la escala penal atenuada se debe llevar a cabo una valoración global de todas las circunstancias del caso,²² pueden compensarse las divergencias dentro de la escala penal.

De mayor peso es, en cambio, la objeción de que aplicar la teoría de los delitos de deber a delitos impropios de omisión, con la consecuencia de que el garante que omite siempre deba ser visto como autor, contradice la regla de los §§ 25-27. Así se anula la diferenciación entre autoría y complicidad. Esto es, en efecto, inconciliable con la ley, porque de esta no se puede extraer ningún indicio de que en la omisión el legislador haya dejado sin efecto la diferenciación de los §§ 25-27.²³

A esto, ROXIN le critica “que de ningún modo puede haber una complicidad genuina por omisión, porque la forma de intervención de la complicidad ha sido desarrollada para los delitos dolosos de comisión”, ya que: “la complicidad es una agresión accesoria al bien jurídico, es decir, un aspirar activamente a la realización del tipo penal a través de la persona del autor. Esto le falta al garante que omite, cuya punibilidad solo se funda en su inactividad”.²⁴

Esta objeción es acertada en la medida en que la accesoriedad de la complicidad en el ámbito de la omisión no puede ser idéntica a la del delito de comisión. Pero esto es obvio, porque aquí también hay que tener en cuenta la diferencia entre el hacer activo y la omisión. Ello, sin lugar a dudas, es posible.²⁵

²¹ Cfr. MOSENHEUER, *supra* nota 17, pp. 122 ss.; SCHWAB, *supra* nota 12, pp. 172 ss.

²² Cfr. BGH, NJW 1998, p. 3068.

²³ Cfr. también HOFFMANN-HOLLAND, ZStW t. 118 (2006), p. 620 (626 s.); MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 175; SERING, *supra* nota 17, pp. 48 s.

²⁴ ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 491; cfr. también ÍDEM, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 141.

²⁵ Cfr. p. ej. RANFT, ZStW t. 94 (1982), p. 815 (828 ss.); ÍDEM, FS Otto, 2007, p. 403 (409 s.). Más, al respecto, en el punto III 2.

3. Comisión por omisión como forma autónoma de intervención

Según una concepción sostenida por GRÜNWARD, Armin KAUFMANN y WELZEL,²⁶ la comisión por omisión tiene que ser considerada como forma autónoma de intervención, dado que, por un lado, no hay criterios racionales para delimitar la autoría de la participación²⁷, por otro lado, el omitente tiene aun menos dominio del hecho que el cómplice que actúa activamente²⁸ y, por último, no hay dolo de omisión porque el dolo solo es posible como conducción final de un curso causal.²⁹

Si bien los criterios de delimitación entre autoría y participación en el ámbito de la omisión están discutidos, la mera referencia a la falta de dominio por parte del autor es un recurso al criterio del dominio del hecho que aquí es poco idóneo como criterio de delimitación. Además, la decisión del garante de omitir la acción conforme a deber se corresponde completamente con el dolo.³⁰ Por tanto, estos argumentos no legitiman apartarse de la regulación legal de la participación.³¹ En los tiempos que le siguieron, esta teoría tampoco tuvo más defensores.

4. La teoría de la complicidad unitaria

De la teoría del dominio del hecho infieren una conclusión en cierto modo opuesta aquellos que señalan que el dominio potencial del hecho del garante que omite no puede fundar su autoría cuando otro tiene el dominio fáctico del hecho. Por ello, al garante que se halla junto al autor por comisión solo le correspondería el rol de una figura secundaria, que favorece el hecho del autor por comisión. Junto al autor por comisión activa, el garante solo podría ser cómplice.³² El que actúa activamente le bloquearía el acceso directo al resultado al garante que permanece inactivo. La punibilidad de este último dependería de la del que actúa activamente. Valorar su conducta

²⁶ GRÜNWARD, GA 1959, p. 110; Armin KAUFMANN, Die Dogmatik d. Unterlassungsdelikte, 1959, p. 291 ss.; WELZEL, Das Dt. StrafR, 11.ª ed. 1969, p. 222.

²⁷ Armin KAUFMANN, *supra* nota 26, p. 302.

²⁸ GRÜNWARD, GA 1959, p. 110 (113).

²⁹ Armin KAUFMANN, *supra* nota 26, p. 60 ss., 148 ss., 309 ss.; WELZEL, *supra* nota 26, p. 204 s.

³⁰ Cfr. también HOFFMAN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (622); ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 185 ss.

³¹ Cfr. también MOSENHEUER (*supra* nota 17), p. 157; ROXIN (*supra* nota 3), p. 468 s.

³² Cfr. GALLAS, JZ 1952, p. 371 (372); IDEM, JZ 1960, p. 686; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed. 1996, § 64 III 5; KÜHL, *supra* nota 19, § 20, n.º m. 230; LACKNER/KÜHL, StGB, 28.ª ed. 2014, § 27, n.º m. 5; RANFT, ZStW, t. 94 (1982), p. 815 (829 ss., 845 s.); SCHMIDHÄUSER, AT, 2.ª ed. 1984, 17/12.

como participación surge, según esto, ya del principio de accesoriedad.³³ Además, en general el salvamento directo le impone al garante menores exigencias que la superación de una voluntad de actuar opuesta.³⁴ Esta diferencia en la situación de hecho entre la acción de un hombre y los efectos de las fuerzas de la naturaleza estaría expresada por completo en la regulación de la participación en los delitos de comisión.³⁵

La autoría del omitente solo podría fundarse cuando el autor por comisión haya finalizado su actividad y ya no pueda influir directamente en el acontecer.³⁶ La producción del resultado, en esta situación, ya no sería accesoria, dependiente de la acción del autor por comisión, sino que solo dependería del garante que omite, que no necesita incidir en el autor por comisión, sino que simplemente tiene que interrumpir, conforme al deber, el curso causal que ha sido puesto en marcha.

En contra de la teoría de la complicidad unitaria, se afirma que no hay diferencias entre que el garante no impida que el autor por comisión ahogue a un niño y que no salve al niño que se ha caído por sí mismo al río. Lo decisivo sería que el garante no salve al niño, pero no la cuestión de cómo nació el peligro.³⁷ La acción de salvamento tampoco sería, en principio, más difícil según que el riesgo a impedir hubiera sido causado por un hecho natural o por un hombre, y que el garante que omite sea, respecto del autor por comisión, una figura secundaria, solo sería acertado según el punto de vista del dominio del hecho.³⁸

No obstante, cuando se hace remisión al dominio del hecho al caracterizar al garante omitente como figura secundaria, se desconoce el objeto de referencia de la figura secundaria. Este no es el señor del hecho, sino la figura central del acontecer, que caracteriza la posición de autoría en el ámbito de la comisión y de la omisión. El equiparar la creación de un riesgo por parte de un hombre con la de una fuerza de la naturaleza también abarca solo una parte de la problemática, pues la creación de riesgo en cuanto tal no es un criterio de diferenciación adecuado, sino que lo

³³ Detalladamente, RANFT, ZStW t. 94 (1982), p. 815 (839 ss.); al respecto, también, SOWADA, Jura 1986, p. 399 (403 s.).

³⁴ GALLAS, JZ 1960, p. 686 (687); KÜHL, *supra* nota 19, § 20, n.º m. 230.

³⁵ Al respecto, cfr. ARZT, JA 1980, p. 553 (558); HERZBERG, Die Unterlassung im StrafR u. das Garantenprinzip, 1972, p. 260 s.

³⁶ Cfr. GALLAS, JZ 1952, p. 371 (372 s.); ÍDEM, JZ 1960, p. 686 (687 s.); JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 32, § 64 III 5.

³⁷ ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 152; cfr. también MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 188.

³⁸ ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 153 ss.

son las diferencias en la realización del impedimento del resultado. Aquí no se trata del grado de dificultad o del alcance de los esfuerzos, sino de las diversas *formas* de evitar el resultado. Si, para evitar el resultado, el garante tiene que incidir directamente en la voluntad del autor por comisión, es decir, si tiene que cambiar la voluntad de quien actúa como señor del hecho, este incidir es, al mismo tiempo, un acontecer que afecta la responsabilidad de otra persona. Pero esto es materialmente diferente a la interrupción autónoma de un curso causal peligroso. En correspondencia con ello, también es necesaria una imputación diferenciada de responsabilidad jurídico-penal.³⁹

Con todo, la mera distinción según la cual siempre es cómplice el garante que omite junto a un autor que actúa activamente, no agota las posibilidades de diferenciación jurídica. La definición de las diversas posiciones de responsabilidad que aquí son relevantes debe realizarse a partir de la situación de hecho. Pues así como es posible un cambio de la figura central dentro del hecho cuando el autor que actúa abandona el dominio sobre la situación luego de que la tentativa está acabada, como p. ej. cuando se aleja del lugar del hecho, también es posible una atribución diferenciada de responsabilidad según que el garante solo pueda evitar el resultado por medio de una incidencia directa en la voluntad del autor que actúa o que pueda recurrir a otras posibilidades de evitación del resultado, p. ej. por medio de avisarle a la víctima si el resultado se producirá pasado determinado tiempo.⁴⁰

5. Ponderación del dominio potencial del hecho

También en la medida en que se reconozca que el garante que omite de manera contraria al deber no puede ser señor del hecho en el sentido de los delitos de comisión, al “tema del dominio del hecho”, no obstante, se le da el significado de un punto de referencia para distinguir entre autoría y participación en el ámbito de la omisión cuando se recurre al dominio potencial del hecho por parte del garante que omite y se ponderan diferenciadamente sus posibilidades de injerencia. Que el garante tenga el dominio potencial del hecho “depende de cuán fácil o difícil le habría sido asumir el ‘dominio del hecho’, es decir, configurar el acontecer de tal manera que la realización del tipo penal pudiera haber sido evitada”.⁴¹ Por regla general, en razón de esta valoración, el garante será cómplice, dado que no sería igual de difícil superar la voluntad de

³⁹ Cfr. OTTO, *supra* nota 8, § 21, n.º m. 43 s.; RANFT, FS Otto, *supra* nota 27, p. 403 (407 s.); SOWADA, Jura 1986, p. 399 (402 s.).

⁴⁰ Más, al respecto, en el punto III 2.

⁴¹ LK-StGB/WEIGEND, 12.^a ed. 2007, § 13, n.º m. 94.

autoría activa del autor por comisión que hacer uso activo del propio poder de hecho. Pero si el garante puede, en todo momento y sin esfuerzos, impedir que se realice el tipo, entraría en consideración la autoría del garante.⁴²

En contra de la diferenciación según el grado de posibilidades de incidir que tiene el garante, se ha afirmado que, así, la distinción entre autoría y participación se aleja de la ley. Los §§ 25-27 se referirían a la “intervención en el hecho”. Solo con esa referencia se debería decidir si el actuante es la figura central o accesoria, pero no con referencia al hecho potencial de salvamento.⁴³ Sin embargo, esto no convence, pues la situación de hecho, en lo atinente al garante, se caracteriza por el deber de salvamento y las posibilidades de salvamento.

La objeción de que la posibilidad de evitar el resultado ya es un requisito de la punibilidad por omisión y que, por tanto, no permite distinguir entre autoría y participación por omisión,⁴⁴ no afecta la problemática, pues el grado de dificultad del cumplimiento del deber no es idéntico al deber de evitar el resultado. Pero de más peso es el argumento de que la dificultad de la evitación del resultado no es un criterio de delimitación persuasivo porque, en una omisión del garante sin autor por comisión, sería indiferente para la autoría del omitente.⁴⁵ Por último, es convincente la valoración de que la diferenciación genera, en la aplicación práctica, dificultades relevantes, si no insuperables. Pues por un lado, respecto del grado de dificultad de una evitación del resultado omitida, serían posibles puntos de vista muy diversos, de manera que tal delimitación llevaría fácilmente a arbitrariedades. Por otro lado, en muchos casos no se podría averiguar el grado de dificultad de la evitación del resultado, dado que se trataría de un curso causal hipotético.⁴⁶

⁴² LK-StGB/WEIGEND, *supra* nota 41, § 13, n.º m. 94; cfr. también GÖSSEL, ZStW t. 96 (1984), p. 321 (334 s.); HEINE/WEIBER en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *supra* nota 11, comentario previo a los §§ 25 ss., n.º m. 102; HEINRICH, AT, 5.ª ed. 2016, n.º m. 1214; JOECKS, StGB, 11.ª ed. 2014, § 13, n.º m. 84; MüKoStGB/JOECKS, *supra* nota 11, § 25, n.º m. 281; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT II, 7.ª ed. 1989, § 47, n.º m. 11; RENGIER, AT, 8.ª ed. 2016, § 51, n.º m. 20 s.; SATZGER, Jura 2015, p. 1055 (1063); SCHROEDER; Der Täter hinter dem Täter, 1965, p. 105 ss.; WESSELS/BEULKE/SAZGTER, *supra* nota 11, n.º m. 1034. Con el mismo punto de partida, pero diferente en la ponderación: MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 195 s. (es determinante la medida del dominio de la decisión); SERING (*supra* nota 17), p. 91 s. (es determinante la influencia de la omisión sobre la motivación del autor por comisión); SCHWAB (*supra* nota 12), p. 189 ss., 197 (delimitación basada en la cláusula de equivalencia del § 13).

⁴³ HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (625).

⁴⁴ ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 499.

⁴⁵ ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 502.

⁴⁶ ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 500 s.

6. Diferenciación según la clase de posición de garante: teoría formal del garante

a) Diferenciación entre posiciones de garante de protección y de vigilancia

Otra diferenciación entre autoría y participación se basa en la clase de posición de garante. Los garantes de protección, que tienen que defender un determinado bien jurídico contra toda forma de agresión, como p. ej. los padres frente a sus hijos, siempre deberían ser considerados como autores del delito de omisión. En cambio, los garantes de vigilancia, que solo tienen que vigilar determinadas fuentes de peligro, deberían ser cómplices por omisión cuando no impiden que la fuente de peligro que deben vigilar dañe antijurídicamente a un tercero.⁴⁷

Se argumenta que el garante de protección está directamente obligado respecto del bien jurídico y que, por tanto, está más cerca de este último que el garante de vigilancia, quien no está directamente obligado respecto del bien jurídico protegido, sino solo indirectamente, porque su vinculación está mediada por la fuente de peligro.⁴⁸ De manera crítica, y acertadamente, se afirma en contra de ello que el garante está obligado por ley a impedir el resultado y que, en la ley, no hay ningún apoyo para diferenciar entre posiciones de garante que funden la autoría y posiciones de garante que funden la complicidad. El garante estaría obligado por ley, sin más, a evitar el resultado. Este deber no tendría niveles, sino que, en esa medida, sería idéntico para todas las posiciones de garante. Además, con frecuencia coinciden ambas clases de posición de garante, de modo que la distinción no sería posible. En situaciones concretas, los deberes de garante podrían ser interpretados como deberes de protección y como deberes de vigilancia.⁴⁹

⁴⁷ Respecto de esta teoría fundada por SCHRÖDER —por última vez en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.ª ed. 1977, comentario previo al § 47, n.º m. 102 ss.— y desarrollada por HERZBERG —*supra* nota 35, p. 257 ss.; ÍDEM, *supra* nota 19, p. 82 ss.—, cfr. también BUSSE, Täterschaft u. Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 1974, p. 352 ss.; GEPPERT, Jura 1999, p. 266 (271); GROPP, AT, 4.ª ed. 2015, § 10, n.º m. 312; SCHWAB, *supra* nota 12, p. 91 ss.; SEIER, JA 1990, p. 382 ss.

⁴⁸ Al respecto, BUSSE, *supra* nota 47, p. 294 ss., 407 ss.; HERZBERG, *supra* nota 35, p. 261; ÍDEM, *supra* nota 19, p. 83.

⁴⁹ Respecto de la crítica, en detalle, ARZT, JA 1980, p. 553 (559); BLOY, JA 1987, p. 490 (492); HEINE/WEIBER en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *supra* nota 11, comentario previo a los §§ 25 ss., n.º m. 102; HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (627); MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 178 ss.; NK-StGB/WOHLERS/GAEDE, *supra* nota 20, § 13, n.º m. 26; PARADISSIS, *supra* nota 20, p. 214; RANFT, ZStW, t. 94 (1982), p. 815 (858 ss.); ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 494; ÍDEM, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 166 ss.; SCHWAB, *supra* nota 12, p. 106 ss.; SERING, *supra* nota 17, p. 67 ss.; SOWADA, Jura 1986, p. 399 (407); STRATENWERTH/KUHLEN, *supra* nota 20, § 14, n.º m. 11.

b) Diferenciación entre deberes de garante por competencia organizacional y por competencia institucional

Con la delimitación entre posiciones de garante por competencia organizacional y por competencia institucional, JAKOBS trata la objeción de que la distinción entre garantes de protección y de vigilancia carece de precisión delimitadora.

Según él, los deberes por competencia institucional se fundan en relaciones duraderas y jurídicamente reconocidas, que son de importancia elemental para que exista la sociedad, como p. ej. el vínculo entre padres e hijos o el matrimonio. Aquí, el garante está obligado a proteger de manera amplia la subsistencia de los bienes relevantes. La lesión del deber atenta, al mismo tiempo, contra la institución. Por tanto, el garante que omite sería siempre autor.⁵⁰ Los deberes por competencia organizacional —p. ej., deberes por injerencia o de la seguridad en el tráfico—, se dirigen a que toda persona, al configurar su ámbito de organización, siempre tiene que respetar a los demás. Ante la lesión de estos deberes, la distinción entre autoría y participación debería trazarse como en los delitos de comisión, es decir, según el alcance del aporte para la configuración del hecho.⁵¹ Si las participaciones en la configuración de la realización del tipo penal, que pertenecerían al ámbito de organización del autor por omisión, co-determinan la configuración del hecho en igual medida que el aporte del autor principal, se daría una coautoría; si fueran más débiles, estaría dada una complicidad.⁵²

Por más que, aquí, la separación entre las posiciones de garante en particular se logre mejor que con la delimitación entre garantes de protección y de vigilancia, sigue en pie el reparo de que es arbitraria la necesaria comparación entre el aporte del autor por comisión para configurar el hecho y el aporte del garante. La ponderación del deber de evitar el resultado según los diversos aportes al hecho no puede pasar por alto que la lesión del deber de evitar el resultado equivale a realizar el tipo legal mediante una acción. Por cierto, se podría objetar que cuando el menoscabo de un deber institucional, además de afectar el bien protegido inmediato, lesiona al mismo tiempo la institución, el doble atentado justifica valorarlo como conducta de autor. Sin embargo, en los

⁵⁰ JAKOBS, *supra* nota 19, 29/58 ss., 29/106.

⁵¹ JAKOBS, *supra* nota 19, 29/101 s.

⁵² JAKOBS, *supra* nota 19, 29/102.

casos en que solo se afecta un bien protegido, ello debería conducir a la complicidad general. Pero aquí, precisamente, no se trata de esto.⁵³

7. La teoría material del garante

Con una teoría material del garante que pone de resalto la “alternancia” de la posición de garante, SCHÜNEMANN⁵⁴ quiere invalidar la crítica a las teorías formales del garante consistente en que, en las posiciones de garante mencionadas, el omitente debería responder de igual manera por la evitación del resultado, es decir, que en la ley no habría un punto de apoyo para una escala entre posiciones de garante que fundan la autoría y posiciones de garante que fundan la complicidad. Él parte de la base de que en los delitos impropios de omisión, el dominio del garante sobre la causa del resultado equivale y sustituye al actuar activo de los delitos de comisión. Por tanto, en la etapa de la ejecución, el garante tiene la misma responsabilidad por el hecho que el autor por comisión y, en consecuencia, es responsable como autor (por omisión), mientras que una omisión en la etapa de la preparación, al igual que una colaboración activa, solo puede fundar la complicidad.⁵⁵

Aquí no se da un escalonamiento según las posiciones de garante orientadas a la autoría y a la complicidad, y se toma en consideración la necesidad, que se halla detrás de algunas teorías, de una valoración diferenciada, suficientemente determinada, de la autoría y la participación, basada en la posición del garante en el hecho global.⁵⁶ No obstante, la diferenciación todavía puede ser atacada porque se apoya en la premisa de que una colaboración activa en la etapa de preparación de la realización de un tipo podría fundar solo la complicidad. Pero precisamente esto es controvertido, y con razón. Pues así se desconoce que hay aportes al hecho en la etapa de preparación que son tan significativos que la falta de inmediatez respecto del hecho es compensada

⁵³ Respecto de la crítica, cfr. también HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (628 s.); MOSENHEUER, *supra* nota 17., p. 181 ss.; SCHWAB, *supra* nota 12, p. 120 ss. Tampoco aporta mucho más la diferenciación de HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (633 ss.), entre deberes de garantes orientados a la situación, p. ej. los deberes de garante por injerencia y el dominio fáctico, y los deberes de garante independientes de la situación, p. ej. el deber de garante de los padres frente a los hijos, porque, en la situación concreta de peligro, el deber de garante se realiza siempre orientado a la situación. En cambio, de la distinción formal no puede extraerse ninguna ponderación.

⁵⁴ LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 211.

⁵⁵ LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 211. Coincidente en lo sustancial, BECKER, HRRS 2009, p. 242 (248 s.).

⁵⁶ Respecto de una valoración global semejante, cfr. también BOSCH, JA 2007, p. 418 (421); OTTO, *supra* nota 8, § 21, n.º m. 50.

por la importancia del aporte respecto de la realización del hecho y por la posición del autor dentro de la organización total, p. ej. en el ámbito económico. Aquí, el hecho criminal se caracteriza, con frecuencia, por la circunstancia de que quienes tienen en sus manos la decisión actúan muy lejos de la ejecución directa del hecho.⁵⁷

III. Toma de posición

1. Punto de partida

El punto de partida de la delimitación entre autoría y participación es la caracterización del autor como figura central en la realización del ilícito comprendido en el tipo y del partícipe como figura secundaria.⁵⁸ Esto también vale para la constelación de casos en la que convergen, en la realización del ilícito, un autor por comisión activa y un garante que omite de manera contraria al deber. Con todo, la figura central y la secundaria no son conceptos subsumibles, sino más bien imágenes que deben ser concretizadas mediante la descripción de la situación de hecho relevante y de su posterior comprensión conceptual.

La ley da indicios a favor de describir al autor como figura central y al partícipe como figura secundaria, pues parte de que el autor comete el hecho punible por sí mismo o a través de otro, mientras que el partícipe presta una ayuda al hecho antijurídico del autor cometido dolosamente, §§ 25, 27. En esa medida, la agresión del cómplice contra el bien jurídico es accesoria al hecho del autor y esta accesoriadad posibilita una ponderación material del aporte al hecho.

⁵⁷ Al respecto, OTTO, *supra* nota 8, § 21, n.º 61; ÍDEM, *Jura* 1998, p. 409 (410). Cfr. también BGH, *NJW* 2016, p. 2585 (2599), con más referencias bibliográficas; BEULKE, *JR* 1980, p. 423; CRAMER, FS Bockelmann, *supra* nota 19, p. 389 (400 ss.); GEPPERT, *Jura* 2011, p. 30 (34); GROPP, *supra* nota 47, § 10, n.º m. 180 s.; GRAUL, GS Meurer, 2002, p. 89 (91 ss.); JAKOBS, *supra* nota 19, 21/52; KÜHL, *supra* nota 19, § 20, n.º m. 110 ss.; KÜPPER, GA 1986, p. 437 (445 s.); LACKNER/KÜHL, *supra* nota 32, § 25, nota 11; MüKoStGB/JOECKS, *supra* nota 11, § 25, n.º m. 174 ss.; RENGIER, *JuS* 2010, p. 281; Seelmann, *JuS* 1980, p. 571; SEHER, *JuS* 2009, p. 304 (308); STRATENWERTH/KUHLEN, *supra* nota 20, § 12, n.º m. 94. De otra opinión, BLOY, GA 1996, p. 424 (442); BUTTEL/ROTSCH, *JuS* 1995, p. 1096 (1101); ERB, *JuS* 1992, p. 197; GIMBERNAT ORDEIG, ZStW, t. 80 (1968), p. 915 (931 ss.); HARDWIG, *JZ* 1965, p. 667; HERZBERG, *JZ* 1991, p. 856 (859 ss.); PUPPE, FS Spinellis, 2001, p. 915 (931 ss.); RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff u. fahrl. Beteiligung, 1977, p. 32 s.; ROXIN, *supra* nota 3, p. 292 ss; ÍDEM, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 198 ss.; RUDOLPHI, FS Bockelmann, *supra* nota 19, p. 369 (372 ss.); ZIESCHANG, ZStW, t. 107 (1995), p. 361 (371 ss.).

⁵⁸ ROXIN, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 10.

2. La accesoriadad de la participación del garante que omite

En el ámbito de la comisión, la agresión accesoria del bien jurídico por parte del cómplice se lleva a cabo de tal manera "que el partícipe incide en el resultado a través del autor (es decir, a través de su intermediación)".⁵⁹ Esta situación no tiene una equivalencia exacta en el caso del garante que omite, dado que este, precisamente, no incide en el autor ni en su hecho, porque entonces habría una intervención activa. Pero esto no conduce forzosamente a la consecuencia de que la diferenciación entre autoría y participación esté hecha a la medida de las acciones positivas y que no haya un paralelismo en las omisiones.⁶⁰ La accesoriadad tiene que ser definida aquí conforme a la situación de omisión.

El aporte del garante omitente al resultado realizado por el autor por comisión que actuó dolosamente solo puede ser ilícito de participación y caracterizar como figura secundaria al garante que omite cuando ese aporte es indirecto. Esto funda que la punibilidad del omitente dependa de la del autor por comisión.

Con todo, esta dependencia necesaria debe ser concebida no solo fáctica,⁶¹ sino también normativamente.⁶² Por tanto, cuando una omisión es caracterizada como participación, no se trata de la importancia de la influencia en la voluntad del autor o del esfuerzo necesario para modificarla, o bien de constatar si la voluntad del autor es fácil o difícil de modificar. Estas son circunstancias solo fácticas que, además, en cuanto criterios de delimitación son demasiado indeterminados y, así, pueden llevar a diferenciaciones arbitrarias. Lo decisivo aquí no es la importancia, sino la *forma* del posible aporte al hecho.

Superar una voluntad de acción contraria no solo le impone al garante, en general, requisitos más exigentes que el salvamento directo, como lo dice GALLAS,⁶³ sino que, según puntos de vista jurídicos y valorativos, es diferente a un salvamento, dado el caso, fácticamente más difícil,

⁵⁹ ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 141.

⁶⁰ Así, ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 141, con referencias a CRAMER/HEINE en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 26.ª ed. 2001, comentario previo a los §§ 25 ss., n.º m. 102.

⁶¹ Esto no se correspondería con las exigencias de la participación en el ámbito de la comisión; en esta medida, hay que darle la razón a BLOY, JA 1987, p. 490 (493).

⁶² Detalladamente, al respecto, RANFT, ZStW, t. 94 (1982), p. 815 (829 ss.); ÍDEM, FS Otto, *supra* nota 27, p. 403 (409 s.).

⁶³ GALLAS, JZ 1960, p. 686 (687).

porque aquí se trata de imputaciones jurídicas. Es necesaria una atribución diferenciada de responsabilidad.⁶⁴

Dado que el derecho penal parte de la base de la responsabilidad propia de cada persona actuante, en el caso en que, p. ej., un piedrazo está a punto de poner en peligro la vida de una persona que el garante ha de proteger, no se plantea la cuestión de una atribución diferenciada de responsabilidad. En cambio, distinto es cuando un tercero, a saber, un autor que actúa activamente, amenaza la vida de la persona que es objeto de protección. Aquí es necesario diferenciar entre el que tiene la posición central de responsabilidad y aquel a quien le puede caber el rol de una figura secundaria.

En el marco de la necesaria atribución de responsabilidad, sin dudas parece adecuado concebir al autor por comisión, que actúa activamente, como figura central del hecho, y a aquel que omite incidir directamente en la voluntad del que actúa activamente para sacarlo de su rol de señor del hecho, parece adecuado reconocerle solo el rol de una figura secundaria junto a la figura central del hecho: si el garante omite incidir directamente en la voluntad del señor del hecho, demuestra que se somete a la voluntad de él. Queda como figura secundaria, pero no es la figura central del hecho.

Con todo —y esto, lamentablemente, no es analizado por la teoría de la complicidad unitaria— la situación no se agota, sin excepciones, en los casos descriptos. Pues esta valoración y esta atribución de responsabilidad solo pueden valer si al garante que omite no le es inmediatamente accesible el salvamento que evitaría la realización del resultado. En este caso, la evitación del resultado, precisamente, no depende de una modificación de la voluntad del autor por comisión que el garante tuviese que lograr con su influencia. La situación es, en el aspecto jurídico, idéntica a la del autor por comisión que, luego de la tentativa acabada, abandona el lugar del hecho y el garante reconoce la posibilidad de interrumpir el curso causal puesto en marcha por el autor por comisión. Se abre una posibilidad de evitar el resultado junto a la influencia directa sobre la voluntad del autor por comisión cuando el garante, p. ej., reconoce que o bien puede motivar al autor que le ha echado veneno en la bebida de la víctima, mediante amenazas de denunciar el hecho, para que vuelque el trago envenenado, o bien puede advertir a la víctima a tiempo.

⁶⁴ Al respecto, ya OTTO, *supra* nota 8, § 21, n.º m. 44.

Por tanto, si para el garante es posible impedir el resultado sin ejercer una influencia inmediata sobre la voluntad del autor por comisión y no hace uso de esa posibilidad, será autor (paralelo) junto al autor por comisión. Él es autónomamente responsable por el resultado y no tiene solo un rol como figura secundaria del hecho, dependiente del autor por comisión.

3. El alcance del deber de garante

a) Por cierto, al delimitar la autoría de la participación por acción positiva se sigue haciendo hincapié en que el aporte del cómplice tiene que haber sido causal respecto del resultado del hecho principal (o bien para la acción del autor principal). Sin embargo, se señala, en amplio consenso, que la causalidad no solo está dada cuando el resultado no se habría producido con probabilidad lindante en la seguridad, sino también cuando la complicidad posibilita el resultado, lo facilita, lo intensifica o asegura su éxito. Por tanto, materialmente se trata de constatar valorativamente si el cómplice fue tan útil para la realización del resultado del autor que se funda la conclusión de que ha cooperado en la realización del resultado. Según esto, lo importante es si el partícipe, con su conducta, ha incrementado el peligro para el bien jurídico que, en los delitos de resultado, se ha realizado en la lesión del bien jurídico.⁶⁵

b) Si se trasladan estos criterios a la complicidad por omisión y se los adecua a la situación de omisión, se deriva que está obligado a dificultar el hecho el garante que no puede impedir el resultado con probabilidad lindante en la seguridad pero probablemente sí puede, con su injerencia, *dificultar* la realización del tipo.

Esta conclusión solo es consecuente si, con la teoría del incremento del riesgo, no se hace depender la imputación del resultado de la posibilidad lindante en la seguridad de evitar el resultado, sino que, en el ámbito de la omisión, se afirma que basta con la co-causación hipotética por haber omitido disminuir el riesgo.⁶⁶

No obstante, en este contexto, primero hay que excluir una confusión obvia: el deber de dificultar la realización del resultado no se dirige a desarrollar una actividad sin sentido. ROXIN se pregunta, con razón: "¿Por qué, p. ej., hay que salir corriendo con bienes ajenos para protegerlos de los ladrones, cuando ya no se puede huir de ellos?".⁶⁷ Tampoco tiene sentido la idea de la

⁶⁵ Al respecto, OTTO, *supra* nota 8, § 22, n.º m. 52 s., con más referencias en la nota 32.

⁶⁶ Detalladamente, al respecto, OTTO, Jura 2001, p. 275 (276 s.).

⁶⁷ ROXIN, *supra* nota 1, § 31 n.º m. 169.

punición en el ejemplo construido por Armin KAUFMANN:⁶⁸ el guarda de una fábrica que huye ante la superioridad de los ladrones sería punible por complicidad por omisión si no se deja maniar, si no emprende la tentativa de disuadir a los ladrones de cometer el hecho mediante la descripción de las consecuencias, etc. En la literatura, en estos casos se rechaza la punibilidad.⁶⁹ Esto merece aprobación, pues lo determinante no puede ser desarrollar cualquier actividad que aparentemente dificulta el hecho, que es irrelevante respecto de la realización del resultado. El dificultar el hecho tiene que ser definido con miras a la realización del resultado. Se trata de que el garante está obligado a intervenir aun cuando, si bien no puede evitar el resultado con probabilidad lindante en la seguridad, su injerencia disminuiría el riesgo concreto de que se produzca el resultado. Así, p. ej., el padre que puede hacerlo está obligado a dispararle un tiro a quien está por asesinar a su hijo a fin de evitar el asesinato, aun cuando haya posibilidades de errar el disparo. En cambio, no se genera ninguna obligación cuando es seguro que el disparo no acertará y que no disuadirá del hecho al asesino.

La complicidad por un hacer positivo presupone que el cómplice, con su conducta, facilite la realización del resultado por parte del autor, por medio de incrementar concretamente el peligro para el bien jurídico que se realizaría en la lesión de ese bien jurídico. Con su conducta, incrementa las posibilidades del autor de producir el resultado.

La complicidad por omisión presupone que el cómplice, con su conducta, pueda dificultar la realización del resultado por parte del autor y que no lo haga, por medio de no impedir el peligro para el bien jurídico que se realizaría en la lesión de ese bien jurídico. Con su conducta, incrementa las posibilidades del autor de producir el resultado.⁷⁰

⁶⁸ ARMIN KAUFMANN, *supra* nota 26, p. 293.

⁶⁹ Cfr. GRÜNWARD, GA 1959, p. 110 (118); ARMIN KAUFMANN, *supra* nota 26, p. 293; LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 27, n.º m. 53; MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 154; ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 169.

⁷⁰ Cfr. también BGHSt, t. 48, p. 301 (302), también publicado en NJW 2003, p. 3212 y en JuS 2004, p. 82 (MARTIN); BGH, StV 1982, p. 516 (517); JAKOBS, *supra* nota 19, 29/102a; KÜHL, *supra* nota 19, § 20, n.º m. 229; MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 154 ss.; OTTO, *supra* nota 8, § 22, n.º m. 58; RANFT, FS Otto, *supra* nota 27, p. 403 (408 s.); ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 170 (sin embargo, según la teoría de los delitos de deber, considera al omitente como autor); SOWADA, Jura 1986, p. 399 (409). De otra opinión, SCHÜNEMANN, StV 1985, p. 229 (232 s.); SERING, *supra* nota 17, p. 133 ss.

**“CURSO FUNDAMENTAL DE DERECHO PROCESAL PENAL” DE KLAUS
VOLK**

Antonella DONNES*

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2017

Fecha de aceptación: 16 de octubre de 2017

VOLK, Klaus, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* (título original: “Grundkurs StPO”, 7.ª ed., 2010, Múnich, Beck Verlag, trad. Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarrabayrouse), 1.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2016, 527 pp.

I. Introducción

La rigurosa traducción de *Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarrabayrouse* de esta obra brinda una excelente herramienta tanto a estudiantes como a docentes e investigadores de habla hispana en el estudio del sistema procesal penal. Se trata de un manual que mediante múltiples referencias a la legislación, jurisprudencia y doctrina germana permite un acceso integral al conocimiento de dicho régimen. La traducción publicada hacia fines del año pasado por Hammurabi es de gran valor, pues brinda un gran marco de referencia dada la exigüidad en nuestro país de manuales alemanes actualizados en materia procesal penal.

El libro se compone de cuarenta capítulos y contiene algunas indicaciones finales para analizar el texto de la ley y para la solución de casos y preguntas formuladas a lo largo del texto. Entre los

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura “Elementos de Derecho penal y procesal penal”, cátedra del Prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. SANCINETTI. Contacto: donnes@estudio.name.

temas abordados se destacan los relativos al proceso penal, su marcha y sus fines, la constitución, organización y competencia de los tribunales, las facultades y posición jurídica de la fiscalía, la policía, el imputado, su defensor y el ofendido. Cada etapa del procedimiento posee un capítulo propio y allí encontraremos las explicaciones relativas al procedimiento de investigación, al procedimiento intermedio, al procedimiento principal, a la sentencia y finalmente a los recursos y las costas del proceso. Algunos capítulos se encuentran dedicados a la exposición de reglas generales en materia procesal (injerencias y medidas de coerción, presupuestos procesales, actos procesales, máximas procesales, cosa juzgada, etc.), mientras que otros se orientan hacia temas más específicos, tales como los referidos a las clases especiales de procedimientos y los acuerdos en el proceso penal alemán. Por último, la obra presenta una dedicada exposición de los medios de prueba y los conceptos fundamentales del derecho probatorio, en particular en lo relativo a las prohibiciones probatorias, al método de la libre valoración de la prueba y a las máximas procesales vinculadas al deber de esclarecimiento, el derecho a requerir prueba, la oralidad y la intermediación en la recepción de la prueba.

Es de destacar el carácter didáctico y dinámico del libro, así como también el recurso a cuadros explicativos, sinopsis y preguntas para facilitar la comprensión del texto, cuyas respuestas se encuentran hacia el final de la obra. Se trata de un manual que aborda diversas temáticas actuales y que lo hace desde una perspectiva práctica, mediante la utilización de numerosísimos ejemplos y casos, lo que merece gran aprobación.

A continuación se destacarán tan solo algunos aspectos del régimen procesal penal alemán desarrollados por KLAUS VOLK a los fines de brindar un panorama general del sistema germano, —tanto desde un punto de vista normativo como jurisprudencial— y señalar los puntos de conexión, así como también aquellos que lo distancian del sistema argentino. Se aclara que al tratarse de un manual no será posible realizar un análisis crítico de la opinión personal del autor (que se deja entrever levemente en tan solo algunos de los tópicos abordados), por lo que este trabajo se limitará simplemente a describir y a exponer los aspectos más relevantes desarrollados a lo largo de la obra.

II. Etapas del procedimiento penal alemán

La estructura general del proceso penal alemán (Capítulos 4, 8, 12, 16 y 17) es similar a la de nuestro país. Este consta de tres etapas: en primer lugar, el *procedimiento preliminar* o *procedimiento de investigación*, en el que se aclaran las circunstancias del caso a fin de decidir si existe motivo

suficiente para la elevación de la acusación (§ 170, inc. 1, Código procesal Penal Alemán, en adelante StPO). Este estadio, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país bajo el actual código procesal, cuyos resabios inquisitivos aún permiten la actuación acusatoria del juez de instrucción,¹ se encuentra a cargo de la fiscalía en todos los casos,² auxiliada muchas veces por la policía. El juez solo puede entrar en acción cuando la fiscalía se lo requiere (§ 163, inc. 2, 1.ª oración, StPO). Esto ocurre en los casos en que la fiscalía quiere promover diligencias de investigación que solo el juez puede ordenar (orden de captura, intervención de agentes encubiertos, etc.). Excepcionalmente, en casos de peligro en la demora, el juez puede tomar la iniciativa como “fiscal de emergencia” (§ 165, StPO).

Como fuentes de inicio del procedimiento VOLK señala: la denuncia penal, la instancia de persecución penal y otras vías tales como los conocimientos obtenidos privadamente o en servicio. Las denuncias pueden ser anónimas o confidenciales pero siempre deben ser procesadas, es decir que debe examinarse si dan sustento a una sospecha inicial. Estas contienen la comunicación de una serie de hechos que sugieren un delito: se trata de una declaración de conocimiento. La instancia de persecución penal contiene también este elemento y, además, el deseo de que las autoridades de la persecución penal investiguen y acusen, es decir, una declaración de voluntad, aunque el autor aclara que en la práctica no se suele distinguir entre ambas modalidades. También puede ocurrir que encontrándose en servicio la fiscalía o la policía, estas tomen conocimiento de circunstancias que fundamenten una sospecha inicial. En ese caso, deben intervenir por sí mismas o procurar que actúen los funcionarios competentes. Por último, la posición prevaleciente indica que también existe un deber de dar curso a investigaciones cuando fiscales o policías advierten un hecho delictivo en el marco de su vida privada. Esto último se encuentra, sin embargo, discutido en doctrina.³

¹ La modificación de este aspecto en la Argentina aún se hace esperar debido a la falta de implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación —sancionado por el Congreso Nacional con fecha 4 de diciembre de 2014 mediante Ley 27.063—, que en su art. 196 determina que será el representante del Ministerio Público Fiscal quien dirigirá la investigación preparatoria. Para un comentario crítico del nuevo código véase PASTOR, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

² La figura del juez de instrucción fue suprimida en Alemania ya en el año 1974.

³ La discusión se refiere, sustancialmente, al alcance que cabe otorgarle al § 258a, StGB (Código Penal alemán) en cuanto sanciona a quien intencional o conscientemente impide que otro sea castigado de acuerdo con la ley penal por un hecho antijurídico o que sea sometido a una medida.

Si de ello no resulta una sospecha “suficiente” o si el caso aparece como uno de bagatela o indigno de ser perseguido, o bien la culpabilidad del autro resulta escasa y no existe un interés público en la persecución, la fiscalía sobresee el proceso. El margen de apreciación de la fiscalía es con frecuencia bastante amplio, aunque en la mayoría de los casos se exige el consentimiento del tribunal —a excepción de los casos de delitos leves—, pero no así el del imputado, quien ni siquiera debe ser escuchado. Por el contrario, en los supuestos en que es el tribunal quien dicta el sobreseimiento, el imputado puede oponerse e intentar lograr una absolución, aunque con el riesgo de ser condenado. En los casos de falta de sospecha suficiente o de delitos leves, si es la fiscalía la que dispone el sobreseimiento, este no produce efectos de cosa juzgada y las investigaciones pueden ser retomadas sin más. Pero también cuando es el tribunal el que dispone el sobreseimiento, el efecto de cosa juzgada es limitado y se admite un nuevo procedimiento en algunos casos.⁴ Existe, además, un procedimiento en gran parte criticado, de conclusión simplificada, en donde el imputado puede lograr la extinción de la acción penal mediante determinadas prestaciones monetarias.⁵ En todos los otros casos, la fiscalía eleva la acusación mediante un escrito en el que se describe el hecho imputado y se determina el objeto procesal y los posibles autores.

Así se arriba a la segunda etapa del proceso, denominada *procedimiento intermedio*,⁶ en la que es el tribunal el que decide acerca de si existe la sospecha suficiente afirmada por la fiscalía y luego, en caso de que así sea, admite el paso de la acusación al juicio oral.⁷ El presidente del tribunal comunica al inculpado el escrito de acusación y lo invita a presentar requerimientos de prueba o a oponer objeciones o excepciones antes de la decisión sobre la apertura del procedimiento principal. Una vez dictado, el tribunal queda vinculado al auto de apertura, no puede luego dejarlo sin efecto y el imputado tampoco puede impugnarlo. En caso de rechazo de la apertura del juicio, el efecto de cosa juzgada es limitado, pues la acusación puede renovarse si surgen hechos nuevos.

⁴ Fundamentalmente, cuando sean conocidos nuevos hechos o medios de prueba. Al respecto, véase p. 186.

⁵ Cfr. pp. 186 ss. Se trata de un procedimiento que opera mayormente en el ámbito de la criminalidad económica y que desde distintos sectores ha sido criticado bajo el nombre de “parágrafo del millonario”. Por lo general consiste en el pago de dinero a instituciones de interés público, no se imponen consecuencias de carácter penal y la condena no implica un antecedente penal.

⁶ Este no rige en los procesos por mandato penal ni en los procedimientos acelerados que a continuación se exponen.

⁷ También cabe, en esa instancia, el sobreseimiento por razones de oportunidad con el consentimiento de la fiscalía y del procesado (§§ 153 ss., StPO).

Es de destacar que a diferencia de sistemas procesales como el argentino, este juicio de mérito es realizado por el tribunal que intervendrá en el juicio oral. Al respecto, caben dos consideraciones: por un lado, es de celebrar que no sea el mismo sujeto que ha llevado adelante la investigación hasta aquel momento quien decida sobre la elevación de la causa a juicio oral, tal como sucede en nuestro país durante la etapa “crítica”, que de *crítica* poco tiene. Por otro lado, sin embargo, la solución ofrecida por la legislación alemana podría implicar cierto riesgo de parcialidad, en tanto el tribunal que decidirá la condena o absolución del imputado ya ha tomado conocimiento de la causa y se ha pronunciado previamente en el sentido de que la acusación es, por lo menos, plausible.

Por último, en el procedimiento principal se prepara y realiza el juicio oral (§§ 212 a 275, StPO). En primer lugar se interroga al acusado sobre sus datos personales, luego se le lee la acusación y se le concede la posibilidad de declarar sobre los hechos (si así lo desea). A continuación se pasa a interrogar a los testigos y a los peritos⁸ y se realiza toda otra producción de prueba para finalmente llegar al momento en que la fiscalía y la defensa alegan. Luego de ello, se le concede la última palabra al acusado y, por último, el tribunal delibera y da a conocer la sentencia. Muchas son las similitudes con nuestro sistema en la etapa del debate: jueces con derecho a preguntar,⁹ poca relevancia otorgada al sistema de *cross examination*, lectura de actas para eliminar lagunas en la memoria y contradicciones del testigo, incorporación de actas sin lectura pública, etc.¹⁰

El autor aclara, sin embargo, que este modelo es, en la práctica, una excepción, puesto que solo unos pocos casos llegan al tribunal y la mayoría no se encausa en el proceso ordinario, sino que se resuelven en el procedimiento por mandato penal (§§ 407 ss., StPO). Se trata de un instituto por cierto criticable, puesto que consiste en un procedimiento sumario en el que se decide según el estado del expediente, sin juicio oral, de forma no pública, sin la participación de jueces legos y sin que un defensor sea necesario en todos los casos.¹¹ Además, el imputado no

⁸ También se encuentra prevista la posibilidad de realizar “interrogatorios por comisión” (§ 244, inc. 1, StPO) en los casos en que, ante la amenaza de perder prueba, se anticipa una parte del juicio oral y se interroga a peritos y testigos cuyas declaraciones se vuelcan en un acta que puede ser leída en el juicio oral.

⁹ La regulación del nuevo código procesal penal argentino expresamente prohíbe a los jueces formular preguntas —con la excepción, sumamente criticable, de los casos de procedimientos abreviados—.

¹⁰ Se trata de aspectos que en la actualidad son criticados por la doctrina cada vez con mayor frecuencia dado el alegado carácter “inquisitivo” que implicarían, o bien por contrariar el carácter oral y público de la etapa del debate.

¹¹ Al respecto, véase el cap. 33.

debe estar presente, sino que puede hacerse representar por un defensor, el principio de la inmediación puede derogarse con consentimiento del imputado, el derecho de presentar pruebas se halla prácticamente suprimido y la prohibición de la *reformatio in peius* aquí no rige. El imputado debe, en consecuencia, optar por aceptarlo o insistir con un juicio oral, pero se arriesga a que la pena resulte más elevada. No obstante, el Tribunal Constitucional ha defendido la constitucionalidad del instituto con el argumento de que el procedimiento de mandato penal resulta inofensivo respecto de las capacidades de impugnación y que no resulta contradictorio con el sistema procesal penal alemán.¹²

III. Otras clases especiales de procedimiento

Además del procedimiento por mandato penal, la legislación del StPO prevé un procedimiento acelerado (cfr. §§ 417 a 420, StPO) para casos de circunstancias sencillas o situaciones probatorias diáfanas (cfr. Capítulo 33). En dichos supuestos, la fiscalía presenta el requerimiento de decisión e inmediatamente con ello comienza el juicio oral, es decir, no hay escrito de acusación, así como tampoco procedimiento intermedio. Aquí también puede prescindirse de la presencia de un defensor en los casos de sanciones más leves y el principio de inmediación puede ser dejado sin efecto mediando consentimiento. VOLK explica que dicho procedimiento fue instituido a los fines de agilizar la justicia penal, pero que la criminalidad pequeña y mediana puede combatirse de forma no menos efectiva en un procedimiento normal, impulsado velozmente. Tras una fuerte crítica, el referido autor concluye, con acierto, que las pérdidas seguras en formalidad, justicia del caso individual y lealtad no se compensan con una ganancia incierta en el plano temporal.¹³

Un tratamiento aparte merecen los acuerdos en el proceso penal alemán conocidos como “sentencias concertadas”.¹⁴ Estas tienen lugar en todos los estadios y funcionan de forma similar al *plea bargaining* estadounidense aunque en Alemania el acusado no se declara culpable (*guilty plea*), sino que formaliza una confesión que es valorada por el tribunal y que no le impide a este

¹² Cfr. BvefGE t. 3, pp. 248 y 253; cfr. ESER, “Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la ‘reprivatización’ del proceso penal?”, en *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*, AMBOS (ed.), Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2005, S. p. 87.

¹³ Cfr. p. 415.

¹⁴ Cfr. cap. 30.

ulteriores investigaciones.¹⁵ Se mencionan aquí tan solo algunas reglas del instituto en cuestión: la pena no puede establecerse y asegurarse con exactitud fuera del juicio aunque es admisible mencionar un límite penal máximo adecuado a la culpabilidad y efectuar la promesa de no excederlo. El BGH ha sostenido que si bien se permite indicar la regla de que una confesión opera morigerando el castigo y mencionar para este caso un cierto monto de pena, no puede ofrecerse como alternativa una pena mucho más alta, pues esta “brecha sancionatoria” constituye una inadmisibles coacción.¹⁶ Respecto del acuerdo deben poder manifestarse todos los intervinientes en el proceso (coimputados, acusadores adhesivos, etc.). Anteriormente, las resoluciones sobre una condena en suspenso no eran negociables de antemano, mientras que ahora sí lo son.

También se encuentra establecido que no puede ser determinada como condición una renuncia a los recursos, aunque, tal como bien observa VOLK, un acuerdo sin renuncia a los recursos en gran parte carece de sentido. Claro que lo contrario de todos modos lesionaría gravemente el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 al CEDH en lo que a la garantía de doble instancia se refiere. El problema parece, tanto allí como en nuestro país, irremediable. Finalmente, el acuerdo es vinculante; sin embargo, la obligatoriedad decae cuando el marco penal ofrecido ya no resulte adecuado para el tribunal (§ 275 c, inc. 4.º, 1.ª oración, StPO). Cabe preguntarse, tal como lo hace el autor, ¿para qué entonces un acuerdo formal si el principio inquisitivo puede invalidar el consenso? Más cuestionable aun es la disposición que autoriza al tribunal a salirse del convenio “cuando la conducta procesal del acusado no se corresponda con la conducta que sirvió de base al pronóstico del tribunal” (§ 275 c, inc. 4.º, 2.ª oración, StPO), lo que constituye a juicio de VOLK una verdadera amenaza.¹⁷ Asimismo, en su opinión esta clase de acuerdos son siempre peligrosos puesto que ponen bajo presión al imputado, quien debe decidirse por firmar el acuerdo a fin de evitar el riesgo de una pena más alta, pero renunciar a la chance de una absolución y brindar una confesión a la que se opone. En definitiva, a juicio del autor estos acuerdos ponen en peligro la validez de diversos principios del derecho procesal tales como el principio de legalidad procesal, el de culpabilidad, el de oralidad y publicidad, y el deber de esclarecimiento del tribunal

¹⁵ Cfr. SCHÜNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en *Revista de Derecho Penal de Montevideo*, Fundación Cultura Universitaria, n.º 11, junio de 2000, p. 113.

¹⁶ Cfr. BGH, NStZ 2007, p. 655; 2008, p. 170.

¹⁷ Cfr. p. 397.

(§ 257c, inc. 1.º, 2.ª oración, StPO), lo que oculta una eventual duda (*in dubio pro reo*) y afecta el principio *nemo tenetur*.¹⁸

Por último, en lo que concierne al procedimiento contra ausentes (§§ 276 a 295, StPO)¹⁹ cabe diferenciar los casos en los que el acusado *no comparece* (el juicio oral por regla no puede tener lugar), de aquellos en donde el acusado está *ausente*, supuestos en los que únicamente puede promoverse contra él un procedimiento de aseguramiento de la prueba. La regla general es, por tanto, la prohibición del proceso en contumacia (cfr. § 230, inc. 1, StPO).²⁰

IV. Organización, constitución y competencia de los tribunales alemanes

Enseña VOLK (Capítulo 5) que de acuerdo con las reglas de competencia objetiva, el asunto en primera instancia puede quedar radicado en el tribunal municipal, en el tribunal estadual o en el tribunal superior estadual. El Tribunal Supremo Federal nunca actúa en primera instancia, sino solo en el procedimiento de casación.

¹⁸ Sumamente crítico al respecto se muestra SCHÜNEMANN, para quien el procedimiento penal europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable por la adopción del *plea bargaining* que en Alemania ha desnaturalizado completamente la estructura procesal de la StPO centrado en los principios de verdad material y deber judicial de esclarecimiento de los hechos. En la opinión de este autor, cuando los acuerdos son realizados, como resulta habitual en Alemania, fuera del juicio oral, sin la presencia del acusado ni de los escabinos o también en forma de charla, se lesionan los principios de oralidad, de intermediación o de publicidad y la garantía del juez legal. Asimismo, la presunción de inocencia se ve afectada por toda iniciativa del juez dirigida a obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral, así como por cualquier decisión condenatoria tomada sobre la base de una magra confesión del acusado. Así pues, en la visión de SCHÜNEMANN, los acuerdos intentan regular los conflictos mediante criterios de poder y permiten ejercer las más brutales coacciones sin el menor peligro de sanción, al tiempo en que hacen desaparecer la sustancia moral del derecho penal, cfr. SCHÜNEMANN, *supra* nota 15, pp. 111-118. Por su parte, ESER sostiene en el mismo sentido que los acuerdos podrían lesionar el principio de legalidad, el principio de oficialidad, la presunción de inocencia, la máxima de lealtad en el proceso penal (*fairness*), el principio de justa aplicación de la pena y el principio de igualdad de trato, cfr. ESER, *supra* nota 12, p. 65. Para un análisis exhaustivo del instituto del procedimiento abreviado, consúltese LANGER, “La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglo-Sajona: Algunas Reflexiones a Partir del Procedimiento Abreviado”, en *El procedimiento abreviado*, pp. 114-123, MAIER y BOVINO (comps.), del Puerto, 2001.

¹⁹ Cfr. p. 416.

²⁰ Sobre las excepciones del deber de estar presente, véase p. 280 (por ejemplo, en casos penales de poco significado).

En el tribunal municipal actúan el juez unipersonal y el tribunal de escabinos y su competencia se encuentra limitada a aquellos delitos que prevean una pena de hasta cuatro años de prisión. Los casos en los cuales sea esperable una pena superior corresponden, por tanto, al tribunal estadual. El juez penal decide sobre las acciones privadas e infracciones en las cuales no resulta esperable una pena superior a dos años de prisión, mientras que el tribunal de escabinos decide sobre la criminalidad intermedia y se compone de un juez profesional y dos legos.

Respecto de la competencia objetiva del tribunal estadual cabe decir que en primera instancia deciden grandes cámaras penales, compuestas por tres jueces profesionales y dos legos. Junto a las grandes cámaras existen otras especiales, a saber: el tribunal de jurados, que decide sobre delitos capitales, la cámara en lo penal económico, la cámara de protección del Estado y la cámara de protección para la juventud. En materia de recursos el tribunal estadual decide sobre apelaciones contra sentencias del tribunal municipal (juez penal y tribunal de escabinos). Es competente para ello una pequeña cámara penal compuesta por un juez profesional y dos escabinos. Sobre las quejas contra decretos del juez ante el tribunal municipal decide en cambio una gran cámara penal, sin intervención de jueces legos.

Por su parte, el tribunal superior estadual se encuentra compuesto por tres o cinco jueces profesionales y resulta competente para los delitos de protección del Estado, así como para determinados hechos de asesinato y delitos de peligro común que se dirijan contra la existencia, la seguridad o la Constitución de la República Federal alemana. Respecto de la competencia en materia de recursos, en el tribunal superior estadual hay senados compuestos por tres jueces profesionales que resuelven mayormente sobre la casación *per saltum* contra las sentencias del tribunal municipal y sobre las quejas contra autos del tribunal estadual.

Por último, el Tribunal Supremo Federal se compone de cinco senados penales que resuelven sobre casaciones contra sentencias de primera instancia del tribunal superior estadual y de la gran cámara del tribunal estadual, así como también sobre determinadas quejas. Cuando se trata de una cuestión jurídica de importancia fundamental puede decidir el Gran Senado para Asuntos Penales, constituido por el presidente del Tribunal Supremo Federal y dos miembros de cada senado.

En cuanto a la constitución de los tribunales alemanes, es de destacar, por su diferencia con nuestro sistema en el ámbito nacional y de la Capital Federal, la presencia de jueces legos

denominados “escabinos”.²¹ El clásico tribunal por jurados en el cual los jueces legos deciden sobre la cuestión de la culpabilidad y los jueces profesionales sobre la cuantificación de la pena ha sido abandonado en 1924. Actualmente los escabinos deciden sobre la cuestión de la culpabilidad y la pena, así como sobre cuestiones de hecho y de derecho, de manera conjunta con los jueces profesionales y con igual derecho de voto. Sin embargo, a diferencia de aquellos, los escabinos deben formar sus convicciones únicamente a partir del juicio oral y no tienen por tanto derecho a examinar el expediente. Al abordar este tema, el autor muestra una gran desconfianza hacia el sistema de participación ciudadana en la judicatura penal al entender que en una sociedad moderna y profesionalizada “se trata tan sólo de romanticismo social del siglo XIX”, y concluye que no es demostrable que la participación de jueces legos tenga algún valor, aunque agrega, tampoco resulta dañina.²² En este punto habría sido interesante, tal vez, un mayor desarrollo del autor en torno al sistema de tribunales escabinos y, en particular, respecto del sistema de valoración de la prueba por parte de los jueces legos.

V. Los intervinientes en el proceso

El sistema alemán es muy similar al argentino en lo que respecta a las partes intervinientes en el proceso. Estas son ante todo el imputado, su defensor, la fiscalía, el acusador adhesivo y el acusador particular (cfr. Capítulo 20). Además, existen intervinientes accesorios como el ofendido.²³ El imputado debe estar presente en el juicio oral, pues, tal como fue dicho, no existe en la actualidad el proceso en contumacia (§ 230, inc. 1, StPO). El defensor debe hallarse presente solo en los casos de defensa necesaria (§ 145, inc. 1, StPO). La fiscalía también debe estar presente mediante algún representante en el juicio oral (§§ 226-227, StPO) aunque no es necesario que sea el mismo durante todo el proceso, ciertamente, ni tampoco durante el juicio oral.

El acusador adhesivo se adhiere a la acusación pública (§§ 395 ss., StPO). Persigue una reparación personal y el castigo del imputado; no tiene deber de estar presente y tampoco puede poner en marcha el proceso por sí mismo, a diferencia del acusador privado. Sin embargo, él no

²¹ Cfr. pp. 56-57.

²² Cfr. p. 57.

²³ En el proceso también participan testigos, peritos, funcionarios de la policía o del tribunal, aunque no son considerados intervinientes en el proceso en sentido estricto. El tribunal tampoco pertenece a esta categoría puesto que intervinientes en el proceso son todos aquellos que ejercen derechos procesales o que indirectamente resultan afectados por una decisión.

es un auxiliar de la fiscalía, sino que se entiende que actúa más bien controlando a esta última. En tiempos recientes la víctima ha logrado una mayor consideración tanto en el derecho procesal penal, ya en virtud de la sanción de la Ley de Protección de las Víctimas, como también en el ámbito del derecho penal material en el que se presta una atención más intensa a la noción de reparación.²⁴ El autor se muestra algo escéptico respecto de la legitimidad de esta figura y entiende, correctamente, que la concesión al acusador adhesivo de derechos propios amenaza el balance con los legítimos intereses del acusado y pone el acento en la venganza en lugar de la resocialización.²⁵

Por su parte, el acusador privado (para el caso de las acciones privadas) persigue el mismo interés pero puede actuar en lugar de la fiscalía y tiene el deber de estar presente, al menos mediante un representante. Entre los intervinientes accesorios se encuentra el ofendido (la víctima), quien puede atender sus propios intereses y, por ejemplo, evitar que se le atribuya responsabilidad. En caso de constituirse en acusador adhesivo obtendría derechos adicionales.

VI. Principios de la persecución penal. Posición de la fiscalía y la policía

Explica VOLK (Capítulos 6 y 7) que en el derecho procesal penal alemán las funciones del acusador y del juez se encuentran separadas y no se concibe la posibilidad de un proceso sin acusación (principio acusatorio). En rigor de verdad, tal como el propio autor lo señala en diversos pasajes, el vigente proceso penal regulado en la StPO es denominado “proceso acusatorio con principio de averiguación” (“*Anklageverfahren mit Ermittlungsgrundsatz*”) y no se identifica ni con el proceso inquisitivo del derecho común, ni con el proceso acusatorio puro. El elemento acusatorio se encontraría en la función y posición que ocupa la fiscalía, como única autoridad que incoa el proceso y formula la acusación. El elemento inquisitivo en cambio, consistiría en que, tras la incoación del proceso, a instancias de la fiscalía, el juez investiga y realiza las pruebas. Tal como se verá más adelante, rige el proceso el principio de oficialidad y la búsqueda de la verdad material en cabeza del Estado: el proceso alemán no es concebido como un proceso de partes.²⁶

²⁴ Cfr. ESER, *supra* nota 12, p. 66.

²⁵ Cfr. p. 467. El nuevo código procesal penal de nuestro país también recepta esta nueva tendencia de otorgar cada vez más facultades a la parte querellante.

²⁶ Cfr. GARCÍA FALCONÍ/AMBOS, *Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Instituto ecuatoriano de derecho penal e investigaciones criminales, Quito, Cevallos, 2011, pp. 245-246. Cabe señalar sin embargo, las dificultades que conlleva la tarea de catalogar determinado sistema como acusatorio o

Así como ocurre en la Argentina, la mayoría de los delitos son perseguibles de oficio, pero existen algunos delitos de instancia en los que se requiere la petición del ofendido para dar curso a la persecución penal. En este último caso, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema, el ofendido no solo puede no presentar la instancia de persecución penal, sino que aun luego de presentarla puede retirarla y, en consecuencia, la fiscalía se verá impedida de continuar con la investigación. También existen los delitos de acción privada, en los que el ofendido puede ejercer por sí mismo la acción penal en lugar de la fiscalía, aunque curiosamente la fiscalía puede asumir en cualquier momento la continuación del proceso, aun en contra de la voluntad del acusador privado.

Al igual que en nuestro país, en Alemania rige el principio de oficialidad, por lo que la persecución penal en su conjunto es un deber del Estado (§§ 160, inc. 1 y 163, inc. 1, StPO), así como también es deber del Estado actuar ante el conocimiento de un hecho punible (principio de legalidad conforme al § 170, inc. 1, StPO). Cabe destacar, sin embargo, que en algunos casos, por razones de conveniencia, la fiscalía tiene permitido prescindir de la acusación y sobreseer un asunto (principio de oportunidad conforme al § 153 ss., StPO).²⁷ Se trata de casos de menor culpabilidad, falta de interés público en la persecución o bien de insignificancia de los daños. En estos supuestos, el pedido de sobreseimiento o archivo por parte del fiscal es por sí mismo concluyente si se trata de hechos de poca gravedad en los que no hay pena mínima fijada, mientras que tiene que ser aprobado por el tribunal si se trata de delitos también de menor cuantía pero de cierta gravedad (mínimo de pena inferior a un año de prisión). Resulta llamativo que a excepción de estos casos de sobreseimientos basados en el ejercicio del principio de oportunidad, la determinación de sobreseer no hace cosa juzgada ni impide una posterior reapertura del trámite.

En Alemania todos los fiscales se subordinan en última instancia al Ministro de Justicia. La fiscalía constituye una estructura jerárquica y monocrática que pertenece ciertamente al poder ejecutivo, aunque posee una fuerte afinidad hacia la judicatura en virtud del deber de objetividad (§ 160, inc. 2, StPO), el poder de adoptar decisiones propias (como en los casos de

inquisitivo, frente a los numerosos y diversos usos en doctrina de dicha dicotomía. Al respecto, véase LANGER, *supra* nota 18.

²⁷ Más aún: se sostiene que el principio de legalidad se convierte casi en una excepción debido a la consolidación de las posibilidades previstas en los §§ 153 y 154e, StPO, especialmente aplicables al campo de la criminalidad de bagatela. Asimismo, también el principio de oficialidad ha experimentado una nueva restricción a través de la consolidación de la posibilidad de que intervenga la víctima; cfr., ESER, *supra* nota 12, p. 61.

sobreseimiento) y su función de “guardiana de la ley”.²⁸ Pese a ello, la fiscalía es considerada un órgano de la administración de justicia relativamente independiente. A modo de ejemplo, durante la fase preparatoria la fiscalía solo debe recurrir al juez a los fines de lograr la aprobación judicial de ciertas medidas coercitivas. Este examen, sin embargo, se limita a evaluar la legalidad de la medida, mas no su conveniencia. Los jueces, por tanto, no poseen atribuciones propias en la investigación, sino que actúan autorizando las iniciativas de la fiscalía (§ 162, StPO).²⁹

Asimismo, el fiscal posee una libertad de actuar relativamente amplia respecto de sus superiores. Pueden existir indicaciones de su superior pero en caso de oposición fundada del fiscal, el superior no puede instarlo a que obedezca y puede sustituirlo o asumir él mismo la acusación. Más cuestionada en cambio se encuentra la sujeción de la fiscalía a la jurisprudencia en los supuestos en que pese a considerar una conducta no punible, el fiscal sabe que los tribunales son de otra opinión. Se aduce que en caso de omitir una acusación la fiscalía ejercería un poder judicial y que, por lo tanto, ha de estar vinculada a la interpretación de los tribunales cuando esta posición jurídica sea uniforme.³⁰

Por su parte, la policía se encuentra subordinada al Ministerio del Interior y está obligada a actuar conforme a las directrices de la fiscalía (§161, 2.^a oración, StPO). Esta última puede asumir por sí misma las investigaciones (§ 161 I, primer inciso, primera alternativa, StPO) o permitir que sean realizadas por la policía (§ 161 I, primer inciso, segunda alternativa, StPO), la que, como “brazo prolongado de la fiscalía”, está obligada a satisfacer el requerimiento o la instrucción del ministerio fiscal (§ 161 I, segundo inciso, StPO) y se encuentra vinculada en el ámbito represivo a las órdenes de este último. La policía sería así una suerte de mandataria del ministerio fiscal. Sin embargo, la realidad del proceso es bien distinta, pues en la práctica existe un gran dominio policial en la fase de la investigación, que ha ido reemplazando poco a poco al Ministerio Fiscal como amo y señor del procedimiento de investigación. Lo cierto es que este último posee una facultad exclusiva de dirección material en los casos de delincuencia grave, como delitos capitales y delincuencia económica. Pero en todos los demás casos, es decir, en los supuestos de criminalidad media y baja, y especialmente en el ámbito de la lucha preventiva contra la

²⁸ Cfr. pp. 67-68.

²⁹ A excepción de los supuestos ya mencionados de peligro en la demora.

³⁰ Cfr. VOLK, p. 179.

delincuencia para combatir la criminalidad organizada, el verdadero dueño y señor de la investigación ha pasado a ser la policía.³¹

VII. La figura del defensor

En el capítulo 11 de la obra reseñada KLAUS VOLK se dedica a trazar las líneas generales que caracterizan la figura del defensor. Se trata de una temática interesante en razón de las diferencias que pueden observarse entre el sistema alemán y el argentino. En efecto, ambos sistemas jurídicos son, a grandes rasgos, similares en el nivel constitucional, pero difieren en la configuración positiva del derecho de defensa en el nivel de leyes procesales. La diferencia esencial está dada por el hecho de que en Alemania existe solo un derecho a contar con un abogado defensor (§ 137, StPO) mientras que el ordenamiento argentino impone la obligación (arts. 104 y ss., CPPN).³²

En efecto, en Alemania en principio es el imputado quien decide si quiere autodefenderse o si elige a un defensor. Solo en los casos excepcionales del § 140, StPO³³ existe una defensa técnica obligatoria. En el sistema procesal argentino, en cambio, si el imputado no elige a un abogado defensor de su confianza, automáticamente se le designa un defensor oficial. Esta diferencia esencial del derecho a un abogado defensor —en un caso como un derecho disponible y en el otro como un derecho irrenunciable— se manifiesta durante todo el proceso. Así es que en Alemania el abogado no está obligado a asistir a todos los interrogatorios del imputado —ni siquiera existe un derecho a que asista, por ejemplo, a los interrogatorios efectuados por la policía— y en la mayoría de los casos el StPO prevé solo un derecho de asistencia al debate y no contiene una obligación de alegar para el defensor.³⁴

Se destacan también otras diferencias. En Alemania el imputado puede designar hasta tres abogados, puede participar activamente en la elección de su defensor público y puede hacerse defender por un abogado particular también en los casos de defensa pública. Así es que un abogado puede trabajar como defensor público y defensor designado al mismo tiempo. Asimismo,

³¹ Cfr. GARCÍA FALCONÍ/AMBOS, *supra* nota 26, pp. 35-63.

³² Cfr. RICHTER, *Usted tiene derecho a un abogado. Una comparación de la posición del defensor penal en Alemania y en Argentina*, manuscrito inédito. En dicho texto la autora analiza *in extenso* las diferencias entre ambos sistemas aunque con particular referencia al sistema procesal penal cordobés.

³³ Se trata de casos excepcionalmente complejos o de supuestos en los que al imputado se lo acusa por un delito grave o se halla en prisión preventiva o internado en un hospital psiquiátrico, u otros casos en los que el imputado evidentemente no pueda autodefenderse.

³⁴ Cfr. RICHTER, *supra* nota 32.

en el sistema procesal penal alemán, conforme al § 146 StPO se prohíbe la defensa múltiple, es decir que si hay identidad fáctica, un defensor puede defender solo a un imputado. Lo que se intenta evitar es una eventual colisión de intereses y el imputado no puede decidir nada al respecto.

La última cuestión abordada por el autor se refiere al derecho de comunicación entre el imputado y su mandante. Cabe decir que, tanto en el ordenamiento alemán como en el argentino, la comunicación entre ambos se halla especialmente protegida. No obstante, pueden identificarse algunas diferencias que probablemente respondan a una diversa concepción del instituto de la defensa. En Alemania existe, por ejemplo, el llamado “bloqueo de comunicación” (*Kontaktsperre*) que interrumpe durante un período determinado cualquier conexión de los presos entre sí y con el mundo exterior, inclusive todo contacto con el defensor, lo que difícilmente pueda armonizar con la Ley Fundamental alemana.³⁵

Tal como se advierte en el manual reseñado, en doctrina y jurisprudencia se encuentra muy discutido cuál es el rol que debe cumplir el abogado defensor. Pues, por un lado este tiene un deber de asistencia y de guardar silencio. Pero por el otro, el defensor tiene un deber de decir verdad y se le prohíbe hacer valer los intereses de su mandante a costa de la verdad. A modo de ejemplo, se ha discutido largamente la cuestión acerca de si el defensor puede informar a su defendido sobre medidas que tienen un efecto sorpresa (allanamiento, registro, orden de detención, etc.). La discusión se centra en los actos de defensa permitidos, por contraposición a los actos que darían lugar a un encubrimiento personal punible de conformidad con el § 258, StGB. Con el objeto de orientar al lector, VOLK expone una serie de sentencias del BGH y aclara que la discusión aún se halla vigente y que en la práctica se suele adoptar un punto de vista casuístico. La regla general parecería ser que el defensor puede dar información jurídica en todo momento, incluso cuando piense que el mandante sacará al respecto sus propias conclusiones, pero no puede aconsejar ciertos actos que en la práctica configurarían un auténtico encubrimiento. Así, conforme a la doctrina y jurisprudencia dominante, hay encubrimiento personal cuando el defensor disuade al acusado de su decisión de confesar en el juicio oral, mas no cuando explica las ventajas de mantenerse callado en el debate. También se configuraría un caso de encubrimiento cuando el defensor le aconseja trasladarse al extranjero, pero no así cuando solicita información jurídica sobre los países que no extraditan. Lo mismo ocurre cuando el defensor solicita la absolución debido a la “inocencia comprobada” cuando sabe que el imputado es

³⁵ Cfr. RICHTER, *supra* nota 32.

culpable. Ello implicaría un encubrimiento personal, mientras que pedir la absolución por “falta de pruebas” cuando se sabe que el acusado es culpable sería un acto lícito.³⁶

Como se ve, la delimitación resulta absurda. Al defensor se le exige, por un lado, callar la verdad, pero al mismo tiempo debe atender a que todo lo que se dice en el proceso sea verdadero. Se trata de dos deberes que en la práctica parecerían inconciliables. Además, dicha regulación deja entrever un claro rasgo inquisitivo al imponer en cabeza del abogado defensor de forma cuasi irrestricta un deber de decir verdad. Lo anterior probablemente halle su origen en el hecho de que la opinión dominante ve al defensor como un órgano de la administración de justicia a quien se le atribuyen funciones públicas que forman parte de la tarea (original del Estado) de averiguar la verdad en un proceso penal. En esta visión, el abogado defensor no es percibido como un representante del interés de la parte, lo que, a todas luces, pone en duda seriamente el derecho a una defensa efectiva.

En conclusión, si bien el autor, tal como ocurre en la mayor parte de la obra, se limita a describir el sistema alemán y no efectúa ningún juicio de valor al respecto, cabe observar que la protección en el sistema alemán del derecho del imputado a contar con un abogado defensor y la relación entre ambos no parece ser muy robusta.

VIII. El imputado y la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare*

Dada la amplitud del siguiente tema, aquí serán expuestos tan solo dos aspectos que hacen a la prohibición de obligación de autoincriminación y cuyo tratamiento jurisprudencial expuesto por Klaus VOLK resulta particularmente interesante (cfr. Capítulo 9).

El primero se vincula con las declaraciones del imputado en los primeros momentos del procedimiento de investigación. El BGH ha sostenido que las manifestaciones espontáneas recibidas “solo pasivamente” por la policía pueden ser valoradas porque han sido efectuadas fuera

³⁶ Al respecto, véase la p. 166 del manual reseñado. Particularmente objetable resulta la regla que establece que quien quiere defender a un mandante que está bajo la sospecha de haber cometido un hecho de lavado de dinero comete por sí mismo lavado de dinero si acepta los honorarios del mandante (ver p. 173). En dicho caso, se impone rechazar el mandato y remitirlo a una defensa obligatoria. Si bien ha sido morigerado en parte por la jurisprudencia, este precepto, tal como lo sostiene VOLK, es cínico y contrario a la Ley Fundamental. De esta manera, además de implicar una interpretación excesivamente amplia, a nuestro juicio, respecto de la conducta típica del delito de lavado de activos, se causa una injerencia en la libertad de ejercicio de la profesión y, al mismo tiempo, en la institución de la defensa de elección.

de un interrogatorio y, por tanto, no puede afirmarse que ha tenido lugar alguna indagación.³⁷ También han sido aceptadas como susceptibles de valoración las declaraciones que tienen lugar en el marco de un interrogatorio informativo en razón de que en este estadio de las investigaciones no existe aún un deber de instruir.³⁸ El deber de instruir consiste precisamente en informar al imputado que, según la ley, queda a su criterio manifestarse sobre la imputación o bien no declarar sobre la cuestión (§ 136, inc. 1, 2.ª oración, StPO).³⁹ El criterio estaría dado por el concepto de “imputado”: cuando una sospecha ha traspasado una determinada intensidad, el “sospechoso” debe ser tratado como “imputado” y es allí donde nace en cabeza de las autoridades el deber de instruir.

El criterio expuesto resulta cuestionable, pues la decisión acerca de desde qué momento comienza a regir la garantía del *nemo tenetur* estará en muchos casos en manos de la policía, la que, en virtud de dicha discrecionalidad, podría verse tentada a extender el interrogatorio más allá de lo permitido a fin de recabar la mayor información para el caso. Lo que ocurre es que en contraposición a lo regulado por nuestro código procesal, el sistema procesal alemán faculta al órgano policial a interrogar durante el procedimiento de investigación (cfr. §§ 163a, inc. 4, 136).⁴⁰

La segunda cuestión también se relaciona con el alcance de la garantía en cuestión pero en los supuestos de agentes encubiertos. El imputado, en principio, no debe creer que está obligado a dar explicaciones al funcionario que lo interroga y por lo tanto, el deber de instruir lo protegería frente a ese error. Sin embargo, dicho deber no se origina cuando el sujeto se acerca al imputado y astutamente oculta su identidad, tal como ocurre en los casos de agentes encubiertos o introducción deliberada de personas de confianza. La delimitación es difícil, en tanto conforme a lo sostenido jurisprudencialmente, el “engaño” estaría prohibido, mas no así la “astucia”. Tampoco el callar constituiría un engaño.⁴¹ A modo de ejemplo, se entiende que lo que dice el funcionario debe ser cierto, pero puede no ser claro (explicaciones ambiguas, preguntas capciosas constituyen

³⁷ Cfr. BGH StV 1990, p. 194, con comentario reprobatario de FEZER, cfr. p. 88 de la obra reseñada.

³⁸ BGH StV 1990, p. 194; BGHSt t. 38, pp. 214 (228), cfr. p. 91 de la obra reseñada.

³⁹ Asimismo, el imputado debe ser puesto sobre aviso de que cuenta con el derecho de “consultar con un defensor de su elección” de acuerdo con la mencionada disposición.

⁴⁰ El actual código procesal penal argentino en su art. 184, inc. 10 prohíbe expresamente a los funcionarios de la policía recibir declaración al imputado. La diferencia con el sistema alemán puede hallar alguna de sus razones en la larga tradición de abusos policiales de nuestro país.

⁴¹ Cfr. BGHSt t. 33, p. 217; t. 35 p. 328; t. 335, cfr. p. 348 de la obra reseñada.

“astucia”). La cuestión en los casos de agentes encubiertos, sin embargo, es si ello constituye un engaño prohibido o una elusión del deber de instrucción, de modo tal que se configura una prohibición de valoración para las declaraciones así obtenidas.⁴²

A partir de aquí el autor presenta dos casos:⁴³ en el primero el imputado se encuentra en prisión preventiva y hasta el momento ha guardado silencio. En la celda se le coloca un compañero que es en realidad un co-detenido al que la policía ha instruido tácticamente mediante la promesa de diversas ventajas. El imputado confiesa el hecho a este co-detenido. En estos supuestos se ha entendido que la conversación aparentemente privada es una “intromisión deliberada en la libre voluntad de decisión”.⁴⁴ En el segundo supuesto la policía tomó conocimiento por medio de un

⁴² PAWLK ha tratado los supuestos de aprovechamiento de la expectativa del imputado de que se mantendrá en secreto su confidencia en los casos de investigaciones secretas. Él sostiene que en principio cada uno es responsable de la decisión que haya tomado de entablar una conversación, así como de las consecuencias. Su autonomía comunicativa se salvaguarda suficientemente a través del hecho de que puede colaborar en la fijación de los contenidos de la conversación en igualdad de condiciones y puede retirarse de la interacción en caso de que le sean impuestos dichos contenidos. La excepción se da en los casos de investigaciones secretas cuando se cumplen dos condiciones. En primer lugar, cuando quien trabaja para los órganos estatales ha de expresar su deseo de recibir información de una manera tan insistente que exceda considerablemente lo que es la curiosidad normal y someta al acusado a una presión “atípica”. En segundo lugar, cuando la relación social en la que el imputado se vea sometido a un deseo de información ha de ser especialmente estrecha. Ello lo es en especial cuando el imputado no se puede resistir en absoluto a la petición de aquel a quien se enfrenta, o cuando solo puede negarse a colaborar bajo el peligro de que con ello pone al otro en las manos un motivo admitido socialmente no solo para interrumpir la comunicación particular, sino para revocar en su totalidad la relación, cfr. PAWLK, *La libertad institucionalizada*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pp. 231-247.

⁴³ Véase pp. 96 ss.

⁴⁴ BGHSt t. 34, pp. 362 (364). Se trata de un caso muy conocido: el “caso de la adivina”, en el que una detenida que trabajaba conjuntamente con la policía simulaba leer el futuro de las mujeres presas y, haciendo uso de sus poderes sobrenaturales, les prometía influenciar de tal manera a la fiscalía y la judicatura que lograría una absolución. El presupuesto para el empleo de sus habilidades, empero, era una confesión sincera expresada por escrito. El BGH sostuvo allí que el empleo de personas privadas para el esclarecimiento de hechos punibles choca con límites —principio del Estado de derecho, proceso leal— cuando a la clandestinidad de la pesquisa se le agregan otras circunstancias que perturban adicionalmente la libertad del imputado de manifestarse sobre el hecho (en el caso, el aprovechamiento de las circunstancias extraordinarias de la prisión preventiva y la entrega de drogas que alteran la personalidad). El tribunal omitió valorar otras circunstancias que es de suponer que también habrían tenido incidencia, tales como el engaño consistente en poder obtener, con medios sobrenaturales, una sentencia más benigna y la amenaza de “poderes superiores” llevada a cabo por la adivina. Si bien la sentencia final es correcta, cabe señalar que el tribunal no calificó de ilegítimos en sí ni el interrogatorio por ardid ni la utilización de personas privadas a los fines de recabar información, sino que descalificó el procedimiento por las circunstancias en las que había sido llevado a cabo.

agente encubierto⁴⁵ de que el imputado había confesado el hecho a través de una conversación telefónica con aquel. La policía persuade al agente para que llame al imputado una vez más y lo escucha. Según VOLK, en este caso sucede lo mismo que en el supuesto anterior, pues, se trata de todos modos de un interrogatorio en donde la autoridad se esconde detrás de un instrumento privado y lo conduce. Sin embargo, el Gran Senado del BGH, en una sentencia fundamental,⁴⁶ lo juzgó de otra manera: se opuso al hecho de que la policía estuviera actuando por sí misma y rechazó que ello implicara una elusión de la ley en lo que respecta al deber de instruir. Según la opinión del tribunal, la clandestinidad estaría cubierta a través del principio de la libre configuración del procedimiento de investigación y el principio *nemo tenetur* no habría sido infringido porque solo garantiza la libertad frente a la coacción, pero no la libertad frente al error. Tras la influencia de la jurisprudencia del TEDH⁴⁷ el BGH parece ya no adherir a esta concepción, o al menos ello se desprende de un caso en el cual el referido tribunal sostuvo que no resultaba conciliable con el principio de libertad frente a la autoincriminación que un agente encubierto “sonsacara” al acusado declaraciones autoincriminatorias a través de preguntas insistentes y haciendo referencia a una relación de confianza fingida.⁴⁸

En efecto, lo cierto es que pese a los intentos de la jurisprudencia de salvar la figura del agente encubierto bajo el argumento —tramposo, por cierto— de que en dichos supuestos no se trataría de un interrogatorio porque el agente no se da a conocer como una persona de carácter oficial que interroga, la figura del agente encubierto pareciera ser inconciliable con el derecho a guardar silencio y el deber de instruir que debe regir en todo proceso leal.⁴⁹ La utilización del agente

Para un análisis completo de estos casos jurisprudenciales véase ROXIN, *La prohibición de la autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, 1.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008, en particular, pp. 59-81.

⁴⁵ Dicha figura se encuentra regulada en el § 110 a y ss. En estos casos, ha de engañarse indeterminadamente a muchas personas acerca de la verdadera identidad del funcionario policial. No son agentes encubiertos los funcionarios policiales que se presentan de forma encubierta solo ocasionalmente (como los compradores aparentes de drogas) ni los informantes o personas de confianza. Estas figuras carecen de toda regulación legal, cfr. pp. 143 ss. y 377 ss. Para una comparación con la normativa argentina véase la Ley 27.319 (2016).

⁴⁶ BGHSt t. 42, p. 139.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, TEDH StV 2003, 257, 259.

⁴⁸ BGH NStZ 2007, p. 714, 715. Cabe observar nuevamente que en el caso de investigaciones secretas mediante el empleo de agentes encubiertos los presupuestos de admisibilidad de la prueba se encuentran regulados de forma expresa, mientras que el empleo de informantes, personas de confianza y funcionarios policiales que investigan de forma oculta carece de toda regulación legal, cfr. p. 377 de la obra reseñada.

⁴⁹ Distinta es la opinión de VOLK, para quien cabe distinguir los supuestos en los que el agente simplemente “oye” y “se entera” de aquellos en los que monta un interrogatorio. El autor parte de la premisa de que el

encubierto en el proceso penal, además, introduce una dificultad adicional⁵⁰ relacionada ya no con la garantía del *nemo tenetur*, sino con el principio de intermediación y las facultades de la defensa para interrogar a los testigos, pues con frecuencia los agentes encubiertos, así como los informantes y las personas de confianza, no estarán disponibles como testigos directos en el juicio oral.⁵¹

afectado que cree mantener una conversación privada sabe que queda a su criterio lo que dice y lo que calla, cfr. p. 379.

⁵⁰ Muchas son las dificultades que la figura acarrea: a modo de ejemplo, cabe preguntarse qué ocurre cuando el agente instiga a la comisión del hecho delictivo (agente provocador) de manera que el Estado es responsable por el hecho de que otro resulte culpable. ¿Es ello un motivo suficiente para el sobreseimiento? En contra de un impedimento procesal se manifiesta la jurisprudencia desde BGHSt t. 32, p. 345, confirmada en BGH NSTz t. 45, p. 321; a favor, numerosas opiniones en la doctrina alemana, cfr. LUDERSEEN, Jura 1985, p. 113; VOLK, p. 217. A juicio del autor, los impedimentos procesales no son sanciones para la conducta procesal errónea, por lo que la idea de una “pérdida de la pretensión punitiva” sería en principio preferible. Sin embargo, a pesar de toda influencia, sostiene VOLK, la víctima de la manipulación sigue dominando sus resoluciones y es responsable por el hecho. Por ello, cree preferible una solución flexible, que valore la co-culpabilidad del Estado en el ámbito de la medición de la pena. Así también BGHSt t. 33, p. 356; BGH NSTz 1994, p. 289; 1995, p. 506. Al respecto, DUFF ha abordado la problemática y ha afirmado que resulta claro que la “defensa por instigación” (*entrapment*) no puede ser de una defensa que exculpe al acusado al mostrar o bien que su conducta está justificada o bien que él no es culpable o lo es menos. Con ello, los oficiales de policía que lo instigan no autorizan ni legitiman su comisión del delito, en tanto el mero hecho de que, sin que él lo sepa, sean policías no puede hacerlo menos culpable de lo que sería si, como él cree, los inductores fuesen ciudadanos particulares (en cuyo caso no podría alegar instigación al delito). El quid es más bien, a juicio del autor, que la hipocresía e incongruencia moral implícitas en el hecho de que una comunidad política procese a alguien por un delito instigado por sus funcionarios transforman el juicio en ilegítimo. Por tanto, decir “tú, Estado, me alentaste a hacerlo” no exculpa al sujeto pero sí debilita la legitimidad del Estado para condenarlo. Por ello es adecuado hablar de “*estoppel*” en tales casos y por eso la instigación al delito debería ser un impedimento para el juicio y no una defensa en este, cfr. DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, HORACIO PONS (trad.), Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2015 pp. 83-84.

⁵¹ Cfr. p. 359. De acuerdo con la legislación alemana, el interés en poder utilizar al agente de manera encubierta también en el futuro alcanzaría para conceder un permiso para no declarar y para no brindar información sobre el nombre y domicilio del testigo. En la Argentina se encuentra previsto que el agente encubierto y el agente revelador serán convocados al juicio únicamente cuando su testimonio resultara absolutamente imprescindible y que cuando la declaración significare un riesgo para su integridad o la de otras personas, o cuando frustrare una intervención ulterior, se emplearán los recursos técnicos necesarios para impedir que pueda identificarse al declarante por su voz o su rostro. La declaración prestada en estas condiciones no constituirá prueba dirimente para la condena del acusado y deberá ser valorada con especial cautela por el tribunal interviniente (art. 8, Ley 27.319, año 2016). También en Alemania se ha creado, aunque jurisprudencialmente, la posibilidad de un interrogatorio audiovisual realizado de un modo

IX. Medidas de injerencia y prohibiciones de valoración probatoria

Las medidas de injerencia y las prohibiciones de valoración probatoria son probablemente las temáticas abordadas en mayor detalle en el manual (Capítulos 10 y 28). Resulta por demás interesante la contribución del autor en este capítulo a través de la presentación de decenas de casos diferentes y el análisis respecto de la legitimidad o no de dichas medidas de injerencia y por tanto, su susceptibilidad de ser valoradas probatoriamente.⁵² Los límites de este trabajo impiden ciertamente considerar la totalidad de las medidas de injerencia previstas en el sistema procesal germano, por lo que aquí se hará referencia únicamente a dos cuestiones que suscitaron un gran debate en Alemania y cuyas soluciones advierten acerca del alcance que los tribunales germanos han otorgado al derecho fundamental a la intimidad.

Particularmente problemática es la posibilidad prevista por la “Ley para el perfeccionamiento de la lucha contra la criminalidad organizada”⁵³ de vigilar el domicilio del acusado (§ 100 c, StPO).⁵⁴ Existen algunas excepciones: quien cuenta con un derecho de denegar el testimonio por razones laborales no puede ser espionado cuando esté afectada la relación de confianza con su cliente, paciente, etc. Sin embargo, se permite la vigilancia acústica cuando exista la sospecha de participación o un favorecimiento personal, ¡incluso cuando se trata del defensor! El BVerfG había declarado inconstitucionales partes de la antigua regulación y había exigido, entre otras cosas, que fuera protegido absolutamente un ámbito nuclear de desenvolvimiento de la vida privada y que no pudieran vigilarse las conversaciones con los parientes más próximos y con los portadores del secreto profesional, así como que se restringiera el catálogo de hechos punibles y se lo limitara a los casos de criminalidad especialmente grave.⁵⁵ El legislador intentó hacerse cargo de estas exigencias en la redacción de las normas sobre el espionaje acústico. Sin embargo, algunas de ellas parecen difícilmente practicables, como por ejemplo, el § 100 c, inc. 5.º, StPO, que debería

“protegido”, es decir, con la imagen y el sonido distorsionados, cfr. BGH NStZ 2003, p. 274; NStz 2004, p. 345.

⁵² Se destaca en el mismo sentido la metodología utilizada para la exposición de las reglas relativas al instituto de la prisión preventiva, en la que se incluyen instrucciones al supuesto abogado defensor, así como los remedios jurídicos existentes ante una orden de detención, el momento y la manera de instrumentalizarlos, cfr. pp. 111 ss.

⁵³ De fecha 4 de mayo de 1998.

⁵⁴ Al respecto, pp. 136 ss.

⁵⁵ BVerfG, NstZ 2004, p. 270.

proteger el ámbito nuclear de la vida privada, pues, ¿cuál es, si no el propio domicilio, el lugar central de desarrollo de la vida privada?⁵⁶

Cabe preguntarse qué ocurre cuando lo que se oye y graba como prueba no es producto de una conversación entre dos personas, sino una manifestación del acusado en solitario. Al respecto, en un caso en el que el acusado permanecía en la habitación de un hospital mientras se lo vigilaba según el § 100 c, StPO, se dijo a sí mismo que hubiera sido mejor si mataba a la víctima de un tiro en la cabeza.⁵⁷ Según el Tribunal Supremo Federal esta “conversación” debía asignarse al ámbito nuclear intangible porque de ninguna forma estaba cosificada ni expuesta al peligro de una intrusión. De allí se desprende que el caso del monólogo sería distinto al de una conversación que se mantiene con otra persona, puesto que ello tendría una connotación social (diálogo).⁵⁸

Controvertidos han sido también los casos en que el imputado registra el delito cometido en un diario íntimo, pues en dichos supuestos no existe una jurisprudencia uniforme, sino que los tribunales han decidido caso por caso. A modo de ejemplo, en un caso en el que el acusado habría cometido falso testimonio y su diario ofrecía información acerca del hecho, se le otorgó prioridad al derecho a la personalidad.⁵⁹ Por el contrario, en un supuesto en donde un asesino múltiple de mujeres registró en su diario íntimo sus dificultades para relacionarse con ellas, el BGH sostuvo que se trataba de un caso de la más grave criminalidad y autorizó su valoración.⁶⁰ El autor de la obra reseñada se muestra crítico al respecto pues entiende, con acierto, que no hay nada más íntimo que el reconocimiento de padecer una grave desviación psíquica y que este ámbito más íntimo de la privacidad no se desplaza hacia otra esfera por su exteriorización en el hecho.⁶¹ De esta manera, VOLK advierte que la jurisprudencia parece no definir de forma independiente el ámbito nuclear intangible del derecho a la intimidad, sino que más bien decide sobre la base de los resultados que se obtienen en cada caso frente al eterno dilema que se presenta entre derechos fundamentales y fines de la persecución penal.

⁵⁶ Respecto de esta cuestión, véase ROXIN, La vigilancia acústica del domicilio o el ámbito esencial de configuración de la vida privada, *Revista Penal* n.º 23, enero 2009, pp. 172-180.

⁵⁷ BGH NStZ 2005, p. 700, cfr. p. 382 de la obra reseñada.

⁵⁸ BVerfG NStZ 2004, p. 270.

⁵⁹ BGHSt t. 19, pp. 325 (331).

⁶⁰ BGHSt t. 34, p. 397.

⁶¹ Cfr. p. 382 de la obra reseñada.

Hasta aquí se ha intentado esbozar una presentación general del libro de Klaus VOLK, traducido recientemente al español. Asimismo, se han puesto en evidencia diversas similitudes y diferencias entre el sistema procesal germano y el argentino. Por cuestiones de extensión, lógicamente no han podido ser abordados todos los aspectos que el autor desarrolla en su manual. No obstante, se invita al lector a consultar la obra reseñada, cuya claridad será de gran utilidad para cualquier jurista en la tarea de profundizar el estudio del derecho procesal penal.

“INCUPLACIÓN Y CASTIGO: ENSAYOS SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL” DE GUSTAVO BEADE

Camila PETRONE* y María de los Ángeles RAMALLO**

Fecha de recepción: 28 de octubre de 2017

Fecha de aprobación: 23 de noviembre de 2017

BEADE, Gustavo, *Inculpción y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017, 136 pp.

I. Introducción

Hace poco más de un mes recibimos el nuevo libro de Gustavo BEADE, *Inculpción y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*. En este, el autor recopila una serie de artículos propios escritos en los últimos siete años. Aquellos tratan, al menos en apariencia, distintas temáticas relacionadas con el derecho penal y la filosofía del castigo.

Señala BEADE en las primeras páginas del libro: “[m]e gustaría en esta introducción encontrar algún vínculo claro en estos trabajos para mostrar que tengo una teoría sobre estos temas. Sin embargo, no cuento con algo semejante. Aquí solo pretendo mostrar una serie de pensamientos sobre distintos temas que creo que pueden dialogar sin dificultades serias”.¹ En efecto, estas distintas temáticas terminan, al final, por verse todas íntimamente relacionadas al estar atravesadas por los siguientes conceptos centrales: la noción de comunidad y de participación ciudadana en el proceso penal; la idea de juicio como un procedimiento oral y público en el cual las partes se enfrentan; el castigo con fines retributivo-comunicativos y estrechamente vinculado a la eventual

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cátedra del Dr. Mario VILLAR (UBA). Contacto: camilapetrone92@gmail.com.

** Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cátedra del Dr. Daniel PASTOR (UBA). Contacto: mariadelosangelesramallo@gmail.com.

¹ BEADE, *Inculpción y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017, p. 13.

reconciliación del castigado con la comunidad; y, por último, la tensión entre la autodeterminación y los deberes comunitarios.

Nos hemos propuesto reseñar el libro mencionado y, a la vez, hacer públicos los interrogantes que nos ha generado. *Inculpación y castigo*, sin dudas, nos ha obligado a pensar y repensar la idea "clásica" del derecho penal de la que muchas veces es difícil escapar.

Antes de adentrarnos en este análisis nos gustaría resaltar algunas cuestiones del libro que consideramos particularmente positivas. Como mencionamos, BEADE escribe cada capítulo no solo tomando como base aquellos autores que lo influenciaron para formular sus ideas, sino también tomando las obras de aquellos a quienes estas se oponen. Quizás el caso más resonante es el de NINO, a quien le dedica varios pasajes. Así, torna el libro en un juego de argumentos y contraargumentos, de críticas y respuestas. Por otro lado, el estilo de escritura hace que algo que para muchos podría resultar completamente ajeno y complejo —la filosofía del castigo— termine siendo algo sumamente claro, entendible para todos. A diferencia de otros profesores, se nota en BEADE un esfuerzo por que sus ideas no circulen solamente entre doctrinarios consolidados. Esto se condice con la posición que entendemos tiene el autor en relación con la participación de la ciudadanía en la discusión penal. Su escritura es, podemos afirmar, democrática.

A continuación, dividiremos nuestro comentario en cinco acápite, cada uno de ellos vinculados con los temas centrales de la obra, a fin de realizar un análisis pormenorizado y, a la vez, global.

II. Una revisión de la teoría retributiva de la pena

En su primer capítulo, "Las razones del castigo retributivo. Retribución y comunicación", BEADE nos propone pensar en una finalidad de la pena retributiva distinta a la mera venganza, a la imposición de un mal contra aquel que causó un mal previo. Toma el caso del juzgamiento de los militares de la última dictadura, defiende los juicios penales como única alternativa para la Argentina y se opone a la crítica de que estos no tienen otro fin que satisfacer los deseos de venganza de las víctimas y familiares.

En los primeros apartados, el autor resalta la importancia de la *reconstrucción de la comunidad*. Esta se da, en parte, a través de la reconstrucción de la memoria y el conocimiento de la verdad.

En este punto se opone a los trabajos de HILB² que sostienen que de no haberse optado por los juicios penales, los militares habrían, quizás, develado más información, como el destino de personas desaparecidas. No solo esto no ocurrió entre 1987 y el 2005, sino que los juicios penales podrían funcionar, según el autor, y si mal no entendimos, como lugar de revelación de información.

Una idea que recorre muchos capítulos del libro es la de los juicios penales como lugar de rendición de cuentas, de arrepentimiento, perdón y reconciliación. Aquí su visión particular de la teoría retributiva de la pena.³ En los juicios penales, quien cometió un delito se enfrenta con testigos y víctimas, recibe el reproche de la comunidad y, a su vez, tiene la posibilidad de contar su versión de la historia. Luego, debe reconocer que cometió un error, arrepentirse y la comunidad debe perdonarlo y volver a reconocerlo como uno de sus miembros. El arrepentimiento y la reconciliación se plantean como obligaciones morales. Por otro lado, el castigo tiene un componente comunicativo fundamental: “castigar a alguien tiene la finalidad de que la comunidad exprese la desaprobación de un acto, en principio prohibido. [...] [C]astigamos para señalar que había un acuerdo en el que habíamos establecido que *eso* no era lo que íbamos a hacer”.⁴ En el caso puntual de los delitos de lesa humanidad, termina diciendo BEADE, en los juicios la comunidad expresa su rechazo hacia la conducta de los perpetradores.

Ahora bien, habiendo destacado los puntos que entendemos centrales del capítulo, nos gustaría plantear en las siguientes líneas principalmente dos cuestiones: la primera se relaciona con la teoría retributiva-comunicativa a la que adhiere el autor como teoría general, y la segunda, con su aplicación puntual en los casos de los delitos de lesa humanidad.

² HILB, *Usos del pasado*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, y HILB, *Les a humanidad. Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del mal*, Buenos Aires, Katz, 2014.

³ BEADE se basa en distintos autores, como FEINBERG, MALAMUD GOTI, TADROS Y HUSAK. En este sentido ver FEINBERG, *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970; MALAMUD GOTI / ENTELMAN, “La ‘ley de punto final’. Respuesta al Profesor Julio Maier”, en *Doctrina Penal*, N° 38, 1987; MALAMUD GOTI, “Entre la vigilancia y la privacidad: del castigo de la tenencia de drogas para consumo personal” en *Moralidad, legalidad y drogas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000; TADROS, “Where is love? The topography of Mercy” en *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Anthony Duff*, Oxford, Oxford University Press, 2011; y HUSAK, “Retributism in extremis” en *Law and Philosophy*, N° 32, 2013, pp. 3-31.

⁴ BEADE, *supra* nota 1, p. 38.

Desde el primer capítulo de *Inculpación y castigo* —que hace a su vez de capítulo introductorio— se nota en el autor una preocupación por la participación de la ciudadanía en los asuntos penales. En este sentido, cuestiona la opinión generalizada que entiende que los asuntos penales deben quedar sujetos simplemente al debate entre expertos. Por otro lado, reconoce que es necesario fortalecer los mecanismos democráticos de participación en las decisiones. Vemos esto, por ejemplo, cuando, haciendo referencia a los trabajos de GARGARELLA, dice, en el último capítulo del libro: "creo que es correcto afirmar que existe un gran porcentaje de ciudadanos en nuestro país que se encuentran excluidos socialmente y por ende también de la discusión pública".⁵ Sin embargo, la teoría retributiva de la pena que él sostiene parte de una idea muy clásica de "comunidad" en la que este factor no pareciera jugar un papel muy importante.

Esta concepción, justamente, está basada en que todos los miembros participan en la decisión sobre las normas, que por eso deben respetarlas y que por eso, también, todos los que no las respetan merecen ser castigados —o bien merecen ser sometidos al proceso de inculpación, arrepentimiento y reconciliación—. Una idea similar puede rastrearse en autores clásicos como ROUSSEAU. Ahora, es claro que un alto porcentaje de la población no participa en la discusión en torno a las normas y, más allá de que sea necesario reflexionar, en todo caso, sobre los mecanismos para revertir esta situación, ¿sería correcto exigirle a quien en una comunidad se ve completamente excluido su arrepentimiento?, ¿tiene él el mismo deber moral de reconciliarse con una comunidad que nada le da? ¿Qué interés tendría uno en reincorporarse a un grupo que no lo escucha, que no lo ha escuchado por años, y al que no le importa sus intereses, deseos o problemas? Quizás la teoría esté pensada para una sociedad ideal e igualitaria. Nuestra inquietud radica en si, en una sociedad tan desigualitaria como la nuestra, todos tenemos el mismo deber moral de arrepentirnos. También si esta realidad no debería jugar algún rol importante en la teoría sobre el castigo penal. Retomaremos esta idea cuando hablemos sobre el capítulo "¿Es aceptable moralmente suicidarse para evitar ser castigado?".

El siguiente punto que nos gustaría remarcar se relaciona con los juicios contra la dictadura militar argentina. En principio, coincidimos con el autor en que los juicios penales son la mejor y única alternativa para nuestro país. Coincidimos también con la importancia del aspecto comunicativo de estos juicios. Tampoco rechazamos otras salidas, como la adoptada en Sudáfrica, y creemos que es necesario respetar aquellas con las que muy posiblemente no coincidiríamos, como la de Uruguay.

⁵ BEADE, *supra* nota 1, p. 122.

BEADE sostiene que en el caso argentino, “es probable que los miembros de las fuerzas de seguridad que intervinieron en la dictadura aún crean que hicieron lo correcto”.⁶ En tanto no están arrepentidos, no existe posibilidad de reconciliación, pero siguen siendo importantes los juicios como lugar de expresión y de reproche por parte de la comunidad. Ahora, ¿qué ocurriría si los militares estuviesen genuinamente arrepentidos de sus actos? ¿Podríamos exigirles a la comunidad, a las víctimas y a sus familiares la reconciliación en los casos de crímenes de esta envergadura?

Por otro lado, ¿qué es lo que diferencia a Argentina de otros países? “[n]o creo que los juicios penales y los castigos sean la única opción para resolver cuestiones de pasados turbulentos. Entiendo que los juicios penales en Argentina no deberían ser reemplazados por otras alternativas. Nuevamente creo que cada lugar debe poder decidir cuál es la alternativa más plausible y adecuada para sus propias circunstancias”⁷. Coincidimos, como sostuvimos anteriormente, en este punto y destacamos el valor que se le da a la decisión democrática en cada sociedad y en cada país. Sin embargo, según lo que entendimos, la teoría retributiva-comunicativa está planteada como una teoría general, bastante universal. Es decir, en principio, en todas las comunidades los infractores deberían arrepentirse y reconciliarse con el resto, y en todos los juicios penales se aplica el componente comunicativo. Por ello es que no nos queda claro, desde esta teoría, por qué solo en Argentina —incluso aunque no parezca viable la posibilidad de reconciliación— lo mejor son los juicios penales que aseguren la participación de la comunidad. ¿Por qué no es la mejor opción en todos los casos?

Si bien no resulta pertinente adentrarnos en este tema, nos parece relevante señalar que este año la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el polémico “fallo del 2x1”, desconoció más de treinta años de expresión y lucha y adoptó una actitud por demás elitista. Como dijimos, no es nuestra idea debatir aquí sobre el fallo “Muiña”. Simplemente, mostramos nuestra preocupación por aquellas decisiones de jueces y juezas que profundizan aun más la brecha social al dejar de lado lo que opina la comunidad e insistir en utilizar un lenguaje técnico, en la creencia de que cuantos más tecnicismos se incluyan, más fundada y legítima será su opinión.

⁶ BEADE, *supra* nota 1, p. 24.

⁷ BEADE, *supra* nota 1, pp. 21 ss.

III. Diálogos con NINO: perfeccionismo y liberalismo

En el segundo y cuarto capítulo, "Retribución, inculpación y ¿perfeccionismo moral?" y "El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos NINO", BEADE dialoga con NINO desde una perspectiva de fuerte crítica hacia lo que este entendía como "perfeccionismo moral".⁸

En "Retribución, inculpación y ¿perfeccionismo moral?", el autor comienza por criticar la idea de NINO según la cual existe una relación entre distintos tipos de Estado con una particular teoría del castigo, lo que lo lleva a argumentar que "...solo una teoría preventiva del castigo representa los ideales de liberalismo político mientras que la retribución, según su posición, en cualquier circunstancia supone un tipo de perfeccionismo que es inconsistente con una filosofía política liberal o kantiana".⁹ La adopción de una teoría del castigo retributiva, además, trae aparejada la defensa de una forma extrema de subjetivismo.¹⁰

El autor parte de aquella afirmación y argumenta por qué las teorías retribucionistas de la pena no encarnan, necesariamente, los problemas filosóficos que NINO ve en ellas y que, por lo tanto, no convierten al Estado en perfeccionista y antiliberal como él cree. De este modo, resultan compatibles con el respeto a la autonomía personal.

Tanto para BEADE como para NINO, el concepto de *inculpación* resulta fundamental para entender la retribución. Sin embargo, es aquí donde las teorías se contraponen. Para NINO, siguiendo la descripción que trae el autor, el proceso de inculpación implica la evaluación del carácter moral del agente y funciona como una reacción contra ciertas intenciones (de allí su asociación con el subjetivismo). Al inculpar, el Estado no solo impone una coerción, sino que además impone ideales morales de excelencia típicos del perfeccionismo. Por ello, esto resultaría contrario a los principios de un Estado liberal de Derecho; fundamentalmente, al principio de autonomía.

A este argumento BEADE le responde que existen otras formas de pensar en la inculpación. La "inculpación" en la que él está pensando es una basada en un proceso de diálogo entre los miembros de la comunidad. Tal como mencionamos en el acápite anterior, si bien es cierto que la teoría retributivo-comunicativa se basa en el reproche por parte de la comunidad hacia una

⁸ BEADE, *supra* nota 1, p. 44.

⁹ BEADE, *supra* nota 1, p. 44.

¹⁰ BEADE, *supra* nota 1, p. 43.

determinada persona por haber realizado un determinado acto, este se realiza a través de una explicación de las razones por las cuales la conducta es reprochable, seguida de un intercambio de opiniones, una escucha de las explicaciones de la otra parte y una final reconciliación. En este diálogo las partes deben tratarse con igualdad y respeto, y esto es totalmente compatible con los principios de un estado liberal y democrático de derecho.

En resumen, BEADE demuestra las debilidades y contradicciones de la construcción de NINO en lo que respecta a la relación entre retribución, inculpación y perfeccionismo moral. BEADE explica por qué la forma de entender la inculpación que plantea la teoría retributiva que él defiende no va en contra de los principios liberales cuya vigencia preocupa a NINO.

Por otro lado, en el capítulo 4.º, “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. NINO”, el autor retoma la cuestión de la autonomía personal, importante pilar de la teoría de NINO, a fin de plantear que la importancia del daño (los resultados lesivos del delito) para la teoría de la responsabilidad penal que aquel plantea es una construcción que resulta discutible y que, además, choca con algunas formulaciones teóricas posteriores del mismo NINO. Puntualmente, BEADE problematiza la teoría de la responsabilidad penal de NINO a la luz de su teoría de la democracia deliberativa y marca una posible contradicción en su obra.

En este capítulo, se realiza un exhaustivo análisis de algunas obras de NINO de forma cronológica. Se da cuenta, de este modo, de la evolución en las ideas de NINO y se retoman, en consonancia con el capítulo 2, los problemas que, a criterio de BEADE, se presentan con relación a la cuestión del perfeccionismo y la autonomía personal para concluir, finalmente, que la autonomía y el liberalismo no implican única y necesariamente la adopción de un marcado antiperfeccionismo.

Como mencionamos, BEADE analiza la teoría de la responsabilidad penal de NINO, basada fundamentalmente en la necesidad del daño, y presenta la siguiente idea —por cierto, sumamente interesante—: la teoría de la democracia deliberativa de NINO reconoce la exigencia de un cierto nivel de igualdad, mientras que este requisito no se ve en su tesis sobre la responsabilidad penal. Es aquí donde BEADE encuentra la contradicción de NINO. “[a] esta exigencia de mayor igualdad que expone NINO, necesaria para fundar su teoría de la democracia deliberativa habría que agregarle mayor igualdad también a su tesis de la responsabilidad penal”¹¹.

¹¹ BEADE, *supra* nota 1, p. 82

BEADE toma el concepto de autonomía —central para NINO— y argumenta que “no es posible afirmar que la autonomía, pensada solo como una herramienta antiperfeccionista, puede fundar tanto una teoría de la democracia deliberativa como una teoría de la responsabilidad penal, o al menos, no en la dirección en que lo hace NINO”.¹²

Por último, en este capítulo, a fin de demostrar su planteo anterior, vincula las nociones de autonomía e igualdad en la obra de NINO y explica cómo, en la mayor parte de aquella, NINO parece sobreponer la autonomía a la igualdad para, luego, adoptar una posición más igualitaria. Estos dos capítulos brindan las “bases teóricas” para las discusiones —bastante más concretas— que tienen lugar en los capítulos III y VI.

IV. Autonomía personal, principio del daño y deber moral de “arrepentimiento”

El diálogo que entabla BEADE con los textos de NINO mencionados en el acápite anterior se ve materializado en los capítulos 3.º y 6.º, en los cuales él analiza el problema del perfeccionismo y la autonomía de voluntad en dos casos puntuales: el consumo de estupefacientes y la disposición del propio cuerpo en caso del suicidio.

En estos dos capítulos no solo le da lugar a dos debates siempre vigentes —el de la “moralidad” del suicidio y el del consumo de drogas— sino que, además, al retomar las ideas de NINO en dos casos concretos, demuestra con más firmeza cuál es su postura acerca de la concepción liberal y antiperfeccionista. De igual manera, reafirma, en particular al analizar el suicidio de quienes esperan ser juzgados por un delito, su idea del castigo retribucionista-comunicativo.

Partiendo de ello, en el capítulo 3.º, “¿Es aceptable moralmente suicidarse para evitar ser castigado?”, BEADE discute la pregunta del título combinando su crítica a la concepción liberal acerca de la disposición constante y absoluta del propio cuerpo con la noción simbólico-expresiva de castigo frente a la comunidad que recorre todo su libro y que se conjuga, a lo largo de la obra, con la noción de “arrepentimiento”.

De este modo, explica fundadamente por qué él considera que es necesario permanecer con vida para enfrentar el castigo, arrepentirse y, así, intentar volver a pertenecer a la comunidad que castiga. El planteo de BEADE consiste, además, en pensar el juicio como algo que sucede frente a

¹² BEADE, *supra* nota 1, p. 82.

toda la comunidad, que considerará, luego, el arrepentimiento y reincorporará pronto a quien violó las normas y se ha arrepentido.

La cuestión acerca del arrepentimiento y el deber moral de permanecer con vida para enfrentar el castigo ha disparado en nosotras las siguientes inquietudes, que hemos intentado esbozar en el primer acápite:

1) ¿Es esperable —e incluso, deseable— que la comunidad esté dispuesta a reconciliarse con cualquier tipo de infractor, ante cualquier tipo de infracción?

2) ¿Qué sucede en los casos de infractores que no se sienten parte de la comunidad y que, por lo tanto, no sienten que le deban su arrepentimiento?

En lo que respecta a la primera pregunta, creemos que, en algunos supuestos, el hecho de que el acusado deba permanecer con vida, en lugar de disponer de esta, para aguardar su castigo, pierde cierta relevancia si consideramos que no podemos esperar que la comunidad —al menos no la nuestra— se muestre dispuesta a reconciliarse con cualquier tipo de infractor, luego de cualquier tipo de infracción. En lo que respecta, particularmente, a los delitos de lesa humanidad cometidos en la última dictadura militar que sufrió Argentina —tratados por BEADE en el primer capítulo— consideramos que, aun si los perpetradores estuvieran dispuestos a arrepentirse, el perdón o, si se quiere, la aceptación del arrepentimiento y la comprensión de este, no le serían exigibles a nuestra sociedad. No solo entendemos que no podría ser exigible, sino que, además, no consideramos que sea algo “deseable” o “esperable”. ¿Por qué debiera la sociedad argentina querer reconciliarse con quienes tomaron arbitrariamente el poder del Estado he hicieron desaparecer a decenas de miles de personas? Esa es la pregunta que nos hacemos, a fin de entender si la propuesta de BEADE efectivamente sería aplicable a cualquier tipo de delito.

Un caso diferente que también pone a prueba la propuesta del autor es el siguiente: si pensamos en alguien que ha sido siempre marginado por nuestra sociedad —ya sea por sus condiciones socioeconómicas, étnicas, religiosas, de género, *etcétera*— y que comete un delito, no podemos perder de vista que, en ese caso, la persecución y juzgamiento por parte del Estado y, eventualmente, el encarcelamiento posterior, será la primera intervención que el Estado tendrá en su vida. Partiendo de ello ¿podríamos exigirles a quienes se encuentran en una situación similar que deseen realmente reconciliarse con la sociedad que los margina? Creemos que no, principalmente, porque aquí no existiría la noción de “regresar”, “volver a ser parte de la comunidad”

que BEADE plantea. Es esto lo que nos lleva a pensar que, seguramente, BEADE escriba pensando en una sociedad ideal en la cual la posibilidad de participación comunitaria es igual para todos.

Por su parte, en el capítulo 6.º, "¿Razones para prohibir el uso de drogas?", BEADE se centra en la discusión acerca de la incompatibilidad entre la prohibición penal de la tenencia de drogas y el artículo 19 de la Constitución Nacional. Para ello, analiza la postura "liberal" que defiende la tenencia y el consumo personal y, luego, la que sostiene que es necesario el castigo de aquellas conductas en pos de la salud pública. En este capítulo, el autor termina por defender la libre tenencia y consumo de drogas pero se aparta, según lo que él sostiene, de la postura liberal, a la que cataloga de "paternalismo blando". La crítica principal que Beade les dirige a los liberales es el vínculo que establecen entre la privacidad y un lugar físico determinado. En este sentido, si una persona consume drogas en el interior de su casa con las persianas bajas goza de un cierto grado de privacidad del que no gozaría si estuviese consumiendo drogas en el balcón. Para los liberales, entonces, el consumo de estupefacientes estaría amparado por la Constitución siempre que fuera "en privado", entendido el término *privado* como alusivo al lugar determinado en que debe realizarse la actividad.

Al tratar esta cuestión, BEADE menciona a FARRELL. Resulta cierta la descripción que realiza BEADE del vínculo entre privacidad y lugar (físico) privado. Sin embargo, no es menos cierto que FARRELL sostiene que "...la autonomía es un mejor fundamento del derecho que la privacidad",¹³ ya que "...la privacidad se limita a la protección de la intimidad en ciertos lugares, preferentemente respecto de la intrusión de la prensa...".¹⁴ En este punto coincidimos con este autor y agregaríamos, quizás, que la protección de la intimidad debiera extenderse también a lo que respecta a la intrusión de la policía o los operadores judiciales.

Retomando las ideas de NINO —y quizás en consonancia con las conclusiones de BEADE— nos gustaría señalar que creemos que una correcta interpretación del art. 19, CN debería entender que las acciones privadas de los hombres no son únicamente las que se realizan "en privado" sino, más bien, todas aquellas que no afectan a un tercero. Las acciones realizadas "en privado", en todo caso, estarían protegidas por el art. 18, CN (derecho a la intimidad).¹⁵

¹³ FARRELL, *Privacidad, autonomía y tolerancia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 225.

¹⁴ FARRELL, *Privacidad, autonomía y tolerancia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 227.

¹⁵ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 304 y 327 ss.

El problema de la interpretación se ve con mayor claridad al evaluar cuándo hay afectación o no a terceros y cuándo existe efectivamente daño. Pero mientras que entendamos que el consumo de estupefacientes no afecta a terceros —incluso cuando este se realizara en un lugar público y no “en privado”— quedaría protegido por el art. 19, CN y por lo tanto la punición de la tenencia para consumo personal resultaría inconstitucional también en estos casos.

En este acápite hemos intentado retomar la problematización de algunas de las afirmaciones de BEADE en torno a la “obligación de arrepentimiento” de quien comete un delito y hemos descrito cuál es a nuestro entender el verdadero problema de la penalización de la tenencia para consumo personal de estupefacientes, de conformidad con lo descrito en el capítulo 6.º. Si bien, en relación con lo primero, entendemos que algunas de las afirmaciones del autor son cuestionables desde distintos puntos de vista (en principio por la inexistencia de la sociedad ideal planteada), resaltamos particularmente el tratamiento que da BEADE a la cuestión, ya que no es una discusión que tenga lugar frecuentemente y resulta interesante plantearnos cuáles son —si es que existen— las obligaciones morales de la persona enjuiciada penalmente y —eventualmente— condenada. La conclusión que extraemos es que, en caso de que exista una obligación moral hacia la comunidad, esta no podría hacerse extensiva a cualquier tipo de delito, por los motivos indicados algunos párrafos atrás.

En cuanto al consumo de estupefacientes, si bien creemos que el término “*acciones privadas de los hombres*” debe ser entendido de una forma más amplia y marcando la diferencia con el derecho a la intimidad, resaltamos que autores como BEADE sigan discutiendo estas cuestiones que parecen ya zanjadas y que, en realidad, continúan con plena vigencia en el escenario social. Sería interesante, quizás, trasladar la discusión a otros casos que hacen también a la autonomía personal y al derecho a disponer de nuestros propios cuerpos, y que tienen igual relevancia y vigencia, tales como, puntualmente, la penalización del aborto.

V. Usurpación y desalojo: ¿puede el Estado llegar por primera vez para criminalizar?

El capítulo 5.º de *Inculpación y castigo* se ocupa de criticar cómo resuelven los jueces los casos de usurpaciones de terrenos públicos. Comienza el planteo con un ejemplo: un grupo de personas, tras haberle reclamado al Estado por años sin éxito una vivienda digna, usurpa un terreno público abandonado y muy poco utilizado con el objetivo de construir una casa propia. Al observar esta situación, un grupo de vecinos notifica a la policía, quien, violentamente, los

desaloja. Se inicia en su contra un proceso penal. Usurpar un inmueble ajeno es, en definitiva, un delito. Atrapados por el derecho, los fiscales deciden acusar y los jueces condenan. BEADE explica y cuestiona los argumentos que llevan a los jueces a decidir aplicar, sin más, la normativa penal tal como se describió anteriormente. La crítica que a continuación se resumirá es, a nuestro entender, muy novedosa.

Podemos afirmar que ante un incumplimiento del Estado tan grave como el de no asegurar el derecho a una vivienda digna, criminalizar a quien, bajo la desesperación de no tener dónde vivir, decide usurpar un terreno público abandonado, es moralmente reprochable. Pero BEADE va un paso más allá y sostiene que, además, es incorrecto legalmente. Lo que es correcto legalmente, dirían estos jueces y fiscales, es aplicar el derecho sin tomar en cuenta las condiciones particulares del caso; el Código Penal es claro y, ante la comisión de un delito, la persona debe ser penalizada. Se le podrían aplicar justificaciones o excusas legales. En este punto los fiscales y jueces estarían de acuerdo. Pero BEADE no elige este camino para sostener que es incorrecto aplicar el derecho penal en estos casos. En sus palabras, "el problema evidente es que ellos solo creen que las normas jurídicas que pueden aplicar en casos de usurpación son las normas penales. La falta de reconocimiento de un derecho constitucional a obtener una vivienda digna se hace presente en esta decisión interpretativa". En otras palabras, los jueces optan por una interpretación incorrecta en tanto aplican la norma penal con desconocimiento del derecho constitucional que es jerárquicamente superior.

El problema de estos casos es, nuevamente, que el Estado tiene una obligación —moral y jurídica— de brindarle una vivienda digna a los ciudadanos. El hecho de que este grupo de personas tengan que usurpar un terreno es, entonces, responsabilidad del Estado. Por otro lado, sostiene el autor que estos casos "no traen aparejados ningún daño y, además, no hay ninguna víctima identificable. (...) [L]os derechos que pueden ser presentados como violados por la ocupación son débiles en contra de la extrema necesidad de los ocupantes".

Volviendo al ejemplo con el que inicia el capítulo, BEADE pensó, en primer lugar, en un grupo de personas que reclamó al Estado una vivienda digna por años sin obtener respuesta. Ahora bien, ¿hasta qué punto es necesario este reclamo previo? ¿Podemos ponerle a "los usurpadores" la carga de tener que exigirle al Estado lo que el Estado debería darles sin la más mínima exigencia? Entendemos que no y que el reclamo previo es, en verdad, irrelevante. Además, no hay que perder de vista que en muchos casos nos enfrentamos con personas que seguramente no saben si quiera que existe la posibilidad de reclamar o cómo hacerlo.

Por otro lado, el autor toma un caso de un terreno público abandonado y muy poco utilizado. Por ello le resulta sencillo argumentar que “no hay daño”. Resultaría interesante pensar, entonces, en cómo cambiaría la situación si el terreno público fuera uno muy utilizado. En definitiva, en tanto el Estado es responsable y el derecho constitucional está siendo vulnerado, la interpretación correcta que deberían tomar los operadores judiciales es la de optar por la no criminalización. Incluso quizás hasta por derivar el asunto a la justicia contencioso-administrativa a los efectos de que ordene al Poder Ejecutivo que cumpla con su obligación de brindar una vivienda.

En el mismo sentido, ¿cambiaría la hipótesis de BEADE si no existiera un reclamo previo por parte de los habitantes del terreno? ¿Y si el terreno fuese privado? Consideramos que estas preguntas, que ponen a prueba la novedosa hipótesis del autor, podrían conducir a una interesante discusión. La respuesta, entendemos, será siempre la misma: elegir no criminalizar.

En la misma línea, nos resultó interesante reflexionar en qué medida o en qué otros casos puede utilizarse el argumento del autor. Se nos ocurre, por ejemplo, el siguiente: un señor de cincuenta años, desempleado, vive en una pequeña habitación de una pensión junto con su esposa y sus dos hijos menores. Uno de ellos, luego de una fuerte tormenta, contrae neumonía. La familia asiste a un hospital público, en el que un médico les informa los medicamentos que debe tomar el niño para sanarse, pero ninguno tiene cobertura médica y, luego de varios reclamos en el hospital, siguen obteniendo la misma respuesta: “no hay suficientes medicamentos para todos, tendrán que esperar”. En un acto de desesperación, el señor entra en una farmacia y roba los medicamentos necesarios para curar a su hijo. Tras salir de la farmacia, el hombre es detenido por un policía y luego, enjuiciado. El ejemplo que aquí planteamos parecería ser muy distinto. Primero, se trata de un derecho distinto, el derecho a la salud, pero uno igualmente garantizado por nuestra Constitución. Además, involucra una farmacia, que es una empresa privada. Pero hay también un punto común que resulta central: tanto en el caso propuesto por BEADE para delinear su hipótesis como en el ejemplo que diseñamos, la intervención del Estado que surge del relato podría ser la primera en la vida de los protagonistas de ambas historias: el Estado no estuvo allí para garantizar sus derechos constitucionales (vivienda/salud), ni tampoco intervino para garantizarles la posibilidad de acceder a un trabajo para procurarse, por sí mismos, vivienda o medicamentos. Vemos, entonces, el punto en común entre ambos ejemplos y cabe preguntarse, respecto de aquellos que han sido siempre marginados y olvidados, ¿hasta qué punto el Estado puede llegar por primera vez para criminalizar?

VI. Populismo y derecho penal

Por último, BEADE se ocupa en el capítulo “El populismo penal y el derecho penal *tototerreno* en la argentina” de un problema que, a partir de las llamadas “Reformas Blumberg”, ha encontrado en la discusión sobre derecho penal y democracia un lugar fundamental: el problema de la inflación penal y la supuesta relación con las demandas de la ciudadanía.

BEADE describe al populismo penal con un esquema similar a este: luego de un hecho delictivo grave, amplificado por los medios masivos de comunicación —o bien tras una “ola de delitos” no solo amplificada sino también, en parte, construida, por los medios de comunicación—, entran en consideración las manifestaciones de las víctimas. Los reclamos de estas y de otro sector, quizás un poco más amplio, de la sociedad son, a su vez, magnificados por los medios y capitalizados por los políticos. Surgen nuevas legislaciones penales que terminan en un aumento del poder punitivo estatal.

Este tipo de discusión pública trae aparejada serios déficits democráticos. A su vez, pareciera que “en el contexto argentino, estas modificaciones siempre redundan en aumentos de pena”.¹⁶

Uno de los motivos por los que entendemos que BEADE se preocupa por esta temática es porque estos movimientos suelen ser asociados con “sentimientos retribucionistas” y, a lo largo de todo su trabajo, el autor se ocupa de reivindicar una “forma distinta de retribucionismo”. Por otro lado, han sido, parcialmente, la base de una defensa por parte de los expertos de la exclusión de la ciudadanía de la discusión penal: en tanto la ciudadanía es “punitiva”, la cuestión del derecho penal debe quedar en manos de esta elite de expertos. Esta opinión ha entrado ya en jaque con las discusiones en torno a las nuevas experiencias de jurados.¹⁷ Como ha sido ya mencionado reiteradamente en esta reseña, el autor se opone claramente a esto: “es necesario discutir esa afirmación de que el experto es el que tiene *el conocimiento verdadero o correcto*. Pienso que la discusión de una política pública no tiene por qué ser librada a la discusión de ciertas personas más

¹⁶ BEADE, *supra* nota 1, p. 118.

¹⁷ Cfr. BINDER, “Crítica a la justicia profesional”, en *Revista Derecho Penal*, año I, N.º 3, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2012, disponible en http://www.saj.gob.ar/doctrina/dacf130002-binder-critica_justicia_profesional.htm [Enlace verificado el 28 de octubre de 2017].

o menos formadas académicamente y más o menos conectadas con ciertas esferas del poder político”.¹⁸

Ahora bien, el problema no sería, entonces, que la ciudadanía se exprese en torno a legislaciones penales; el problema radica en que aquello que es tomado como “expresión de la ciudadanía” en verdad no lo es. Sobre este punto, BEADE resalta el poder de los medios de comunicación. Explica cómo, por ejemplo, a través de simples encuestas de opinión pasibles solo de respuestas afirmativas o negativas, se llega a conclusiones sobre descontentos y demandas generalizadas. A estas conclusiones deberíamos llegar a partir de un debate serio, informado, en el que participen todos los actores en un verdadero pie de igualdad.

Al leer este capítulo, un caso muy resonante nos vino a la mente. Tras el asesinato de Micaela García este año, el movimiento de mujeres salió nuevamente a las calles. Acto seguido, se discutió en el Congreso la reforma a la ley de ejecución penal. El movimiento de mujeres fue, entonces, duramente criticado por pedir más derecho penal, penas más duras y limitación de garantías. “No en nuestro nombre”, tuvieron que salir a decir las mujeres. Presentes en el debate parlamentario sostuvieron que “el endurecimiento de la penalización y la ampliación de condenas no disuade los crímenes contra la vida. Es demagogia punitiva ante la indignación social”¹⁹. Este es un claro ejemplo de cómo puede tergiversarse un reclamo a los fines de ser utilizado para aplicar una política criminal más dura.

La ley N.º 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad finalmente fue modificada, a partir de un debate parlamentario injusto en el cual se dijo reivindicar el reclamo de las mujeres a partir del caso de Micaela García cuando, en realidad, tal como vimos, no fue así. Creemos, entonces, que la discusión que presenta BEADE en su artículo es sumamente necesaria para distinguir aquello que quizás podríamos llamar —aunque el término sea despectivo— “*populismo punitivo*” de otros reclamos, también legítimos, que apuntan hacia el cambio social pero no al endurecimiento de las penas ni a la creación de nuevos tipos penales, como sucede en el caso del movimiento “Ni Una Menos”, a diferencia del conocido reclamo de Blumberg en el año 2004.

¹⁸ BEADE, *supra* nota 1, p. 124.

¹⁹ La presentación del grupo “Ni Una Menos” en la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación se encuentra disponible en <https://www.facebook.com/notes/ni-una-menos/no-en-nuestro-nombre/630498163808036/> [Enlace verificado el día viernes 27 de octubre de 2017].

En este sentido, nos parece importante resaltar que hoy en día existen múltiples estudios académicos preocupados por analizar el “punitivismo” en nuestra comunidad y su relación con la democracia.²⁰ Estos estudios apuntan a demostrar que la ciudadanía no necesariamente es más punitiva que los jueces profesionales. Es así que se torna necesario deslegitimar, a nuestro entender, el argumento del *populismo punitivo* que, quizás, lejos de ser una representación fiel de las consideraciones de la ciudadanía, no son más que un discurso mediatizado de un sector de la sociedad.

VII. Reflexiones finales

A modo de cierre, y sin dejar de resaltar la importancia que tiene, para nosotras, que desde el ámbito académico se promueva el diálogo en torno al derecho penal con la comunidad en su totalidad, quisiéramos plantear un último interrogante vinculado a la teoría retribucionista de la pena que atraviesa todo el libro. Esta inquietud tiene que ver con la adopción de una única teoría de la pena. BEADE, al igual que tantos otros autores, optan por buscar la adopción —aparente, al menos a partir de la lectura del libro— de una única teoría general, aplicable a distintos tipos de delitos. Tal como desarrollamos, esta teoría nos resulta un tanto ajena para ciertos casos graves, como las agresiones sexuales o los delitos de lesa humanidad. En estos casos, a nuestro entender, resulta dudoso el deber moral que puedan tener la ciudadanía, las víctimas o sus familiares de reconciliarse con los imputados.

De igual manera nos resulta compleja la defensa de otras teorías de la pena y su adopción generalizada a distintos tipos de delito. En efecto, todas estas teorías han sido criticadas por no ser aplicables a determinados casos. Por ejemplo, las teorías “re” no sirven para explicar, tampoco, las penas en los casos de delitos de lesa humanidad. Por ello, muchos actualmente defienden teorías mixtas.

ROXIN ha planteado que deben adoptarse distintas teorías para distintos momentos del proceso. Así, podemos pensar en teorías de la prevención general en el momento de sanción de las leyes, criterios de prevención general y especial al momento de la imposición de la pena, y solamente criterios de prevención especial en la etapa de ejecución.

²⁰ Ver BAKRODAR/CHIZIK/ALMEIDA/PEÑALVER/PETRÁN, “El jurado: muy lejos del punitivismo, mucho más cerca de la democracia” en *Revista Pensamiento Penal*, N° 165, 2014, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38342-jurado-muy-lejos-del-punitivismo-mucho-mas-cerca-democracia> [Enlace verificado el día 28 de octubre de 2017].

Ahora bien, a riesgo de ser criticadas nos preguntamos: ¿por qué el esfuerzo en pensar en una teoría de la pena (o bien una combinación de ellas) aplicable a *todos los delitos*? ¿Sería posible pensar que distintos delitos merecen teorías distintas? ¿Sería ello violatorio del principio de igualdad?

INCUPLICACIÓN Y CASTIGO: EXTENDER LOS DEBATES. RÉPLICA A CAMILA PETRONE Y MARÍA DE LOS ÁNGELES RAMALLO

Dr. Gustavo A. BEADE*

Empiezo por agradecerles enormemente a Camila PETRONE y María de los Ángeles RAMALLO por la reseña de mi trabajo *Inculpción y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*. Su trabajo es muy profundo y detallado y me obliga a intentar responder algunos de sus interrogantes en esta presentación. Petrone y Ramallo no dejaron parte del libro sin comentar, discutir y criticar. Su aproximación al texto es realmente exhaustiva. En lo que sigue, intento aclarar la organización del libro y el tipo de trabajos que allí presento. Pretendo, luego, explicar algunos de mis puntos de vista y responder (parcialmente) algunas de las preguntas que formulan PETRONE y RAMALLO en su trabajo. A riesgo de ser desordenado y quizá reiterativo, voy a seguir el orden de sus comentarios.

I. La filosofía del derecho penal

El trabajo de PETRONE y RAMALLO es muy importante para mí por varias razones. La primera es que sus comentarios, preguntas y críticas son centrales para mejorar y aclarar mis puntos de vista. La segunda es que sus análisis son muy profundos y consiguen proyectar sus propias ideas más allá de las mías. En su texto ellas toman mis puntos de partida para llevarlos mucho más allá de lo que pude hacerlo yo mismo. Finalmente, desde la introducción consiguen ver el libro de una forma mucho mejor a lo que yo lo he hecho. Creo que esto último es muy importante y me permite hacer la primera aclaración.

PETRONE y RAMALLO encuentran una conexión en el libro que yo mismo no logré hacer. Según ellas, el libro está atravesado por un puñado de ideas: la noción de comunidad y de participación ciudadana en el proceso penal, la idea del juicio como un procedimiento oral y

* Instituto Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Contacto: gbeade@derecho.uba.ar

público en el cual las partes se enfrentan, una noción del castigo retributivo-comunicativo que se vincula con la reconciliación de la comunidad y, por último, la tensión entre la autodeterminación y los deberes comunitarios. Como lo mencioné en la introducción del libro, pero ahora con más claridad, pienso que en estos trabajos intenté reflexionar y cuestionar algunas de las asunciones que se presentan desde lo que conocemos como el liberalismo penal. Si bien los ideales liberales han sido (y son) muy importantes, poner en duda algunas de esas afirmaciones me han llevado a vincularme con versiones del paternalismo moral e ideas cercanas a ideales republicanos. La pregunta que debería intentar responder aquí es: ¿por qué apartarse del liberalismo? En parte porque muchos de los temas que trabajo en el libro no han podido ser comprendidos desde el liberalismo, pero además, porque el liberalismo penal ha quedado anclado en un tipo de liberalismo que podría denominar “tradicional”. En este punto, los teóricos del derecho penal no se han acercado a lo que propone, por ejemplo, el liberalismo igualitario y esto me parece un problema importante que, sin embargo, no puedo tratar aquí.

PETRONE y RAMALLO destacan que el libro dialoga con otros trabajos y esto las obliga a ellas a dialogar con el libro. Creo que, como lo señala MALAMUD GOTI en el prólogo, la filosofía del derecho penal consiste precisamente en esto: reflexionar críticamente sobre nuestras prácticas de inculpación, castigo y responsabilidad pero a la vez escapar de la alternativa de la dogmática penal y tener la libertad para acercarme a otro tipo de literatura. Encontré muchas propuestas y enfoques muy interesantes en trabajos no solo de filósofos del castigo sino también de filósofos morales y penalistas anglosajones.¹ Sin embargo, para mí es importante reconocer que es posible distanciarse y criticar a la dogmática penal solo si la estudiamos y la entendemos. La dogmática penal, en muchos casos, no consigue resolver problemas que se nos presentan (algunos de los cuales trato en el libro) en parte porque no está claro qué es lo que hace o pretende hacer.² Pero, además, tampoco permite acercarse a sus soluciones por la oscuridad del lenguaje que utilizan.³

¹ En algunos casos, trabajos que combinan más de un tipo de problemas. Por ejemplo, textos que vinculan problemas de responsabilidad moral e inculpación. Así, COATES/TOGNAZZINI, (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2011; WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994; CLARKE/MACKENNA/SMITH (eds.), *The Nature of Moral Responsibility. New Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

² Un intento de explicar esto puede verse en NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974; y recientemente en MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, *La relevancia de la dogmática penal*, Bogotá, Universidad del Externado, 2011.

³ Durante mucho tiempo pensé que el problema era de las traducciones de los trabajos de autores alemanes. Sin embargo, el acercamiento a la dogmática penal alemana en su idioma original tiene los mismos problemas.

Por esta razón, quienes pensamos los problemas en términos filosóficos tenemos la obligación de escribir con claridad e intentar conseguir textos autosuficientes, es decir que no exijan ninguna otra lectura previa para poder acercarse al problema que pretendemos discutir. De hecho, creo que esto ayuda a entender qué es la filosofía del derecho penal, que, entre otras cuestiones, exige conocer la literatura relevante, pero a la vez tener en claro qué piensa uno sobre esos temas. Si bien esto no es sencillo y los avances que uno puede hacer son siempre muy limitados, cada aporte contribuye al desarrollo de un problema teórico.⁴

II. La retribución comunicativa

La teoría retributivo-comunicativa que intento defender a lo largo de todo el libro tiene su origen, evidente, en autores como DUFF, pero también en trabajos antiguos de MORRIS. Este tipo de retribución tiene un apoyo central en la noción de comunidad. Como señalan, correctamente, PETRONE y RAMALLO la idea de comunidad que presento en el libro se sostiene sobre un tipo de comunidad ideal (e igualitaria) que evita consideraciones sobre el problema de la desigualdad estructural, esto es, aquella originada en decisiones que tomaron *otros* y que perjudica a una importante cantidad de ciudadanos. Lo que intento presentar en el libro es un punto de vista normativo, esto es, como deberían ser las comunidades en las que vivimos. Este punto es distintivo de un tipo de trabajo filosófico como el que pretendo llevar adelante. Es posible pensar en términos ideales y no por eso estar desconectado de la realidad en la que vivimos.⁵ Es más, podría decir que proponer un ideal determinado implica reconocer que es posible dirigirnos hacia ese objetivo lejano. De este modo, no me refiero a ninguna comunidad en concreto y menos aún a nuestro contexto actual. Sin embargo, el problema que señalan PETRONE y RAMALLO es importante e intento responderlo en lo que sigue.

Es evidente que, en contextos de desigualdad, exigirle a quien comete un delito o una infracción que se arrepienta del daño causado e intente reconciliarse con la comunidad que lo excluye (y a la vez lo castiga) parece algo extraño. Es más, como agregan PETRONE y RAMALLO, quien fuera acusado por un delito en este contexto podría tener poco interés o no tener razones

⁴ Así, por ejemplo, es fundamental para entender los problemas filosóficos del error en el derecho el último libro de HUSAK, *Ignorance of Law. A Philosophical Inquiry*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁵ Estos mismos términos ideales son los que nos comprometerían con un tipo de teoría del castigo y no con otro. De este modo, tampoco nos dejaría lugar para que cada delito tenga su propia teoría del castigo. Sin embargo, esto no implica que teorías como las que defiendo en el libro no sean combinaciones de distintos tipos de teorías debajo del paraguas del “retribucionismo”.

para querer reincorporarse a una comunidad que no lo escuchó por años y a la que no le importan sus intereses, deseos o problemas. PETRONE y RAMALLO piensan que en contextos de desigualdad la respuesta debería ser que no hay razones para que alguien se arrepienta de lo que hizo. Pienso que están en lo cierto. Sin embargo, creo que su planteo más general —que la teoría no serviría para contextos de desigualdad— es discutible y tiene alguna explicación plausible. Creo que una respuesta a esta preocupación podría ser la siguiente: en esas circunstancias la comunidad no tiene el estatus moral para inculpar y castigar a aquellas personas que cometen determinados delitos. Si una comunidad de desiguales viola derechos morales o derechos legales de los ciudadanos no se encuentra luego en el mejor lugar posible para reprochar determinadas conductas. Esto está lejos de ser una respuesta concluyente. Solo nos permite pensar con prudencia y ver casos muy particulares en los que la infracción o el delito tengan cierta correlación con la omisión previa de parte de la comunidad. En este punto es posible retomar el caso que inicia el capítulo 5. Si un grupo de personas que viven en condiciones de desigualdad estructural usurpa un terreno público abandonado porque el gobierno desoyó sus reclamos y omitió cumplir con sus obligaciones legales: ¿puede después culparlos por eso y castigarlos penalmente? Mi respuesta es no. Si ocurre algo así será un castigo injusto. Sin embargo en ese trabajo mis puntos de vista solo están enfocados en lo que puede o no puede hacer un juez. Pese a ello es posible pensar el problema desde otro punto de vista.

Creo que moralmente no es posible reprochar y castigar a los usurpadores. En primer lugar porque la comunidad es cómplice de la situación en la que se encuentran y en segundo lugar porque sería hipócrita si lo hiciera. Si la comunidad no les dio oportunidades a los ciudadanos para hacer algo diferente, si los acorraló todo lo que pudo de diferentes maneras, luego no está en la mejor posición para reprochar la usurpación. Pero además, sería hipócrita por diferentes razones. Si el Estado señalara a otras personas que se encuentran en situaciones similares que, por diferentes razones, deciden no usurpar estaría siendo hipócrita.⁶ Ahora ¿qué consecuencias tiene esta circunstancia sobre una teoría del castigo comunicativo? Si entendemos que la idea de responsabilidad es relacional, esto es, que se construye sobre los vínculos que tenemos dentro de la comunidad y, por eso, tomamos en cuenta lo que nos debemos mutuamente, es difícil pensar

⁶ No quiero extenderme más sobre este argumento aquí. Lo desarrollo con más extensión, aunque provisoriamente, en BEADE, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social” (con réplica de Rocío LORCA), *Isonomia*, n.º 47, 2017, pp.135-164. Con más detalles en *Who can Blame whom?* (manuscrito).

que estas personas sean responsables por la usurpación.⁷ Si una teoría retributiva comunicativa se construye a partir de una idea de responsabilidad similar a la que acabo de enunciar, es difícil admitir que, sin perjuicio de esta noción, podamos inculparlos y castigarlos. De hecho, si lo que nos debemos mutuamente es igual consideración y respeto, sería extraño afirmar que como los respetamos, tenemos que castigarlos.⁸

PETRONE y RAMALLO, además, tienen una reserva adicional en el siguiente supuesto: ellas imaginan la posibilidad de que hubiera militares condenados por la comisión de delitos de lesa humanidad que estuviesen genuinamente arrepentidos de sus actos y se preguntan si podríamos exigirles a la comunidad, víctimas y familiares la reconciliación en esos casos. Creo que la respuesta es sencilla en términos ideales. Podría pensarlo en otros términos, pero como los hechos que plantean PETRONE y RAMALLO no sucedieron ni tampoco parece que vayan a suceder, mi respuesta será, nuevamente, en términos normativos. La respuesta obvia es que así debería ser. Si nosotros no pensamos el castigo como medio para excluir personas, tenemos que pensar en alternativas para restaurar los vínculos entre los ciudadanos que se rompieron luego de que se cometieron delitos o infracciones. Esto parece más sencillo con casos menos graves y más complejo con casos más graves. Sin embargo, es necesario hacer el esfuerzo para reflexionar sobre los modos en que tratamos a las personas que castigamos y conseguir reincorporarlos a la comunidad. Me parece que es la única alternativa que tenemos aquellos que no creemos que el castigo es la exclusión de personas peligrosas de la comunidad. Si hiciéramos lo contrario deberíamos reconocer que el castigo es venganza y que muchos de nuestros principios legales no se cumplen (o no deberían cumplirse) ante casos muy graves. Es decir, para determinados delitos no rigen las reglas que rigen para otros. Esto daría argumentos a quienes piensan, particularmente en Argentina, que esto sucede en los juicios actuales por la comisión de delitos de lesa humanidad.⁹ Como intento mostrar en el capítulo 1, yo veo muchas circunstancias destacables de

⁷ En parte, algunas de estas ideas están presentes en algunos trabajos de SCANLON, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press, 2008, y también en DUFF, "Relational Reasons and the Criminal Law" en GREEN/LEITER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁸ Así, por ejemplo, MALAMUD GOTI, "La justificación de los delitos de los desposeídos", en AA. VV, *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 125-138. Críticamente, ver BEADE, *supra* nota 6.

⁹ El hecho de que haya habido una concentración tan masiva en un lugar público luego del fallo "Muiña" de la CSJN no necesariamente obliga a los jueces a revisar sus votos. Si creyéramos que deberían hacerlo, deberíamos revisar nuestras intuiciones sobre el populismo penal. Creo que los jueces están equivocados, pero esa no es la crítica fundamental a su decisión, sino que es una decisión mal fundamentada. Lo importante de la movilización es que formamos parte de una comunidad que tiene juicios morales muy

estos nuevos juicios. También reconozco ciertos errores motivados, en parte, por la gravedad de los delitos.¹⁰

Un problema adicional que plantean PETRONE y RAMALLO se vincula con las restricciones con las que presento la teoría. Una teoría del castigo como la que intento defender, debería ser pensada para su aplicación en todos lados. Pero PETRONE y RAMALLO destacan que limito su aplicación severamente y presento la posibilidad de que en cada comunidad se resuelva de manera diferenciada los problemas del pasado turbulento. Creo que se trata de dos problemas diferentes. Para resumir mi posición diría que siempre que hay que pensar en la justificación del uso del castigo deberíamos hacerlo en términos retributivo-comunicativos. Ahora, si la discusión es pensar el modo en que resolvemos el pasado, esa posibilidad está abierta a la decisión de la propia comunidad. Lo que intento señalar en el capítulo 1 es que la solución de los juicios penales es la mejor para Argentina, pero no necesariamente la mejor solución para otro país. Es decir, confío en las decisiones de la comunidad como una circunstancia relevante (aunque problemática) para resolver estas cuestiones de la propia comunidad. Es por esa razón que desconfío, para estos casos, de las bondades del derecho penal internacional.¹¹

III. El abandono del liberalismo clásico

Más adelante en su texto, PETRONE y RAMALLO, después de referirse a los capítulos 2 y 4 en donde presento y discuto varias ideas de NINO, señalan algunas dudas sobre el arrepentimiento y el deber moral de permanecer con vida para ser castigado. Ellas tienen ciertos reparos sobre la posibilidad de que la comunidad esté dispuesta a reconciliarse con cualquier tipo de infractor ante cualquier infracción que hubiera cometido. Se preguntan si esto es esperable o si es deseable. Ellas piensan que no es posible esperar que nuestra comunidad reaccione de ese modo. Su punto para apoyar este argumento es el ejemplo de los delitos de lesa humanidad. Según piensan ellas, "...la aceptación del arrepentimiento y la comprensión de aquel, no le serán exigibles a nuestra sociedad". Agregan que no debe ser algo "deseable" o "esperable". Su punto aquí se vincula con la

concretos acerca de un momento de la historia reciente. Esto ya debería ser un motivo para alegrarnos de vivir en un contexto político y social como este. Por supuesto, es un tiempo en el que la comunidad está muy comprometida con ciertos ideales en comparación con otros momentos históricos. Basta con recordar la pasividad (con contadas excepciones) con la que la que toleramos los indultos durante los años noventa.

¹⁰ Con más detalles en BEADE, "¿Una sentencia bien intencionada? A propósito del caso 'Muiña'", *Lecciones y Ensayos*, 2018 (en prensa).

¹¹ Desarrollo este argumento en BEADE, "Emociones reactivas, inculpación y castigo: ¿también en el derecho penal internacional?", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2018 (en prensa).

imposibilidad de reconciliarnos con personas que cometieron actos tan graves como hacer desaparecer ciudadanos y tomar el poder por la fuerza.

Como señalé hace un momento, creo que es la única opción que tenemos para no caer en aquello que queremos siempre evitar: ser cuestionados por actuar solo por venganza. Pero, por otra parte, y solo como aclaración, la noción de retribución comunicativa que defiendo no necesariamente tiene como objetivo primordial reconciliar al agresor con la comunidad. Es un efecto deseable pero el fundamento del castigo es otro, como intento explicar en el capítulo 1. Es decir, si no es posible reconciliarse porque una de las partes no quiere hacerlo, *i.e.* el agresor no se arrepiente y por ende la comunidad no tiene interés en recomponer ese vínculo, entonces la reconciliación no será posible. La función del castigo no se altera por ello: le comunicamos al infractor que lo que hizo era algo que dijimos que no íbamos a hacer y también a la comunidad para mostrar aquello que creemos que es lo correcto hacer cuando alguien quiebra esa reglas compartidas.

Más adelante en el trabajo PETRONE y RAMALLO proponen ver mi propuesta a partir de la circunstancia de que alguien ha sido marginado sistemáticamente por nuestra sociedad. Esto puede deberse a condiciones socioeconómicas, étnicas, religiosas, de género, etc. No obstante, esta persona comete un delito. En estas circunstancias, la persecución y juzgamiento por parte del Estado y su eventual encarcelamiento posterior serán la primera intervención que el Estado tendrá en su vida. De este modo, ¿qué razones tendría quien ha sido marginado en estas circunstancias para aceptar la exigencia de querer reconciliarse? Entonces, en circunstancias como estas, mi propuesta parecería extraña. El argumento de PETRONE y RAMALLO se vincula con la idea de que estas personas no se sentirían parte de la comunidad y por tal razón no están en deuda con nosotros. De este modo, tampoco tendrían interés en arrepentirse.

Reconozco que la noción de comunidad puede ser algo difícil de aceptar, sobre todo cuando nuestra formación liberal nos lleva a pensar en términos siempre individuales y pocas veces colectivos. Como señalé antes, en muchos de estos casos, el castigo aquí sería injusto porque la comunidad no tiene el estatus moral para hacerlo. Pero supongamos que alguien sufriera algunas de las circunstancias que mencionan PETRONE y RAMALLO. Elijamos, por ejemplo, la desigualdad socioeconómica para seguir con el mismo tipo de problemas sobre el que venimos reflexionando.

Pensemos en alguien que proviene de un ambiente social desfavorecido.¹² Allí nunca tuvo oportunidades de poder hacer nada distinto. En parte, esta mala suerte constitutiva lo lleva a cometer delitos de distinto tipo. Supongamos que, en alguna oportunidad, una persona comete un homicidio mientras intenta concretar un robo. Es muy posible que estemos obligados a considerar ese ambiente en el que esta persona se desarrolló y que eso, a su vez, nos obligue a reflexionar sobre nuestras prácticas de responsabilidad moral y penal. Conocer la historia de alguien, en este sentido, debería modificar nuestros juicios morales.¹³ Podríamos morigerar el castigo que vamos a imponer, pero difícilmente estaríamos dispuestos a no castigarlo por un hecho de esa gravedad.

Más allá de las dudas que podamos tener en estos casos y que el hecho de castigarlo menos implica reconocer nuestro abandono hacia esa persona, en cualquier circunstancia, cometió un hecho grave que debería llevarlo a reflexionar sobre su conducta. La comunidad debería también brindarle las condiciones de reflexión adecuadas y construir un modo de responsabilizarlo (*e.g.* un juicio adecuado a esas necesidades) en el que se presenten estas condiciones. Nuestra falla como comunidad nos obliga aún más a reincorporarlo rápidamente luego del castigo recibido y recuperar el trato de igual consideración y respeto que perdimos cuando lo abandonamos. Es decir, en estos casos, debemos reconocer nuestro incumplimiento, reflexionar sobre nuestra pasividad ante esas circunstancias y contribuir a reconstruir el vínculo con la comunidad.

Quiero decir dos palabras sobre la crítica al argumento liberal en el castigo por el uso de drogas. Según PETRONE y RAMALLO, el argumento que intento defender, *i.e.* la posibilidad de usar drogas en lugares públicos, dado que sigue siendo un acto privado, debería extenderse también a la intervención de la policía o los operadores judiciales. Creo que este es un punto muy importante y con el que estoy de acuerdo. La idea de pensar la intimidad en el sentido en el que lo presento en el capítulo 6 tiene como una consecuencia necesaria el punto que señalan PETRONE y RAMALLO. La idea de proteger la intimidad de este modo claramente excluye la intromisión de las fuerzas de seguridad y de los jueces y fiscales. Sin embargo, de lo que no estoy convencido es del argumento de que la interpretación del art. 19, CN debería apoyarse en el principio de daño.

¹² La noción de *rotten social background* tiene un gran desarrollo teórico y ha sido introducida en nuestro medio en distintos trabajos de Roberto GARGARELLA. Un excelente resumen de esta discusión podrá encontrarse en EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, *Law and Philosophy* (en prensa).

¹³ Así lo han visto algunos filósofos morales, entre otros, WATSON, *Agency and Answerability: Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2004; WOLF, “Blame, Italian Style”, en WALLACE/KUMAR/FREEMAN (eds.), *Reasons and Recognition: Essay on the Philosophy of T. M. Scanlon*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 332–347; y también SCANLON, *supra* nota 7.

En general, tengo algunas reservas respecto del principio del daño y también de algunas variantes de la teoría del bien jurídico que no puedo desarrollar en este espacio.¹⁴ Mi punto aquí es más concreto y se relaciona con el problema de elegir el componente equivocado del art. 19, CN. Como señalo en el capítulo 6, el art. 19, CN se construye a partir de dos elementos: la autonomía personal y el daño a terceros. Mi fundamento se presenta en la elección del primero de ellos. Pero, ¿por qué no defender el daño a terceros como proponen PETRONE y RAMALLO? La idea es sencilla. Pienso que fundamentar la noción de daño en estos casos siempre es una cuestión moral. Es decir que la idea de que ciertas drogas, en particular, aquellas que se utilizan con fines recreativos como la marihuana, no afectan a terceros parte de un juicio moral sobre las drogas en general. Quienes sostienen lo contrario basan su punto de vista en un argumento similar: las drogas son malas en sí mismas. Una idea interesante para pensar esto es que quienes sostienen este último argumento no tienen pruebas empíricas de que esto sea así. Tampoco quienes defendemos la idea de que el uso de drogas no causa daños a otros. Necesitaríamos estudios empíricos para poder fortalecer nuestro punto de vista. Hasta donde yo sé, esos estudios no existen o no son concluyentes, en parte, porque también están contaminados por determinados juicios morales. Al final del día, la discusión en ese punto, lejos de favorecer nuestro argumento se oscurece. La defensa de la autonomía personal me parece la solución más plausible para evitar el problema de “la prueba del daño”.¹⁵ A mi juicio, lo dirimente en esta discusión es que quienes piensan que las drogas son malas y causan daño no pueden justificar el uso del derecho penal en ese caso. Esto se vincula concretamente con la falta de fundamentación para criminalizar una conducta como el uso o tenencia de drogas.¹⁶

IV. El “debut” del Estado

Cuando presentan el capítulo 5, PETRONE y RAMALLO cuestionan algunos de los presupuestos del caso de la usurpación. Por un lado, tienen reservas ante la exigencia de un reclamo previo por parte de los ciudadanos que exigen su vivienda digna al Estado. Según ellas, el reclamo previo es irrelevante: el Estado debería asegurar su derecho sin la más mínima exigencia. Pero, además,

¹⁴ Desarrollo este punto en BEADE, *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 65-71.

¹⁵ PETRONE y RAMALLO me sugieren la posibilidad de pensar este argumento en la discusión sobre el aborto. Creo que el argumento podría ser similar. Esto es todo lo que me atrevería a decir. Existen un montón de otras circunstancias en el debate cuya discusión conozco muy superficialmente y sobre las que debería reflexionar mucho más.

¹⁶ Fundamental en este punto, HUSAK, *Overcriminalization*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

PETRONE y RAMALLO intentan modificar el ejemplo para pedir algo más del argumento que presento. Piensan en distintos escenarios en los que, por ejemplo, la usurpación ocurra en un terreno público muy utilizado o en un terreno privado.

Es cierto que la exigencia del reclamo previo a la usurpación es problemático. Muchas de las personas que se encuentran en esa situación desconocen que tienen un derecho a reclamar al Estado la obtención de una vivienda digna y quienes lo conocen puede que no tengan claro cómo hacerlo. Mi idea era mostrar que quienes toman una decisión como la de usurpar un terreno no siempre se apoyan en ciertas emociones no controladas. Es más, diría que la decisión de actuar está basada en razones. Es decir, luego de verse decepcionados por el Estado, las personas toman una decisión que no puede llevarse a cabo sin una deliberación previa. El reclamo, como intento presentarlo en el caso, no es uno formal sino uno informal hacia quienes le acercan estas propuestas y le hacen promesas en nombre de representantes políticos que luego incumplen. Pese a esto, coincido con el cuestionamiento de PETRONE y RAMALLO. Ellas imaginan un reclamo formal o administrativo. Sin embargo, en cualquier circunstancia, el reclamo es irrelevante.

Las variantes que plantean del caso también son muy interesantes. No estoy seguro de que pueda imaginar todas esas situaciones en esta presentación. Si el terreno fuera privado dependerá, en parte, de sus dimensiones. Si el presupuesto del caso sigue siendo un contexto de desigualdad estructural para que el ejemplo se mantenga es necesario que no se trate de una vivienda pequeña sino de un terreno igual de grande que un parque. No es posible que quienes usurpan un terreno con las dimensiones de una plaza pública intenten usurpar una vivienda particular. Si el terreno fuera uno muy utilizado, habría que pensar si existen personas que pudieran verse afectadas. Seguramente habría quienes perderían ingresos si el parque dejara de funcionar como tal. Pienso en distintos tipos de comerciantes que trabajan en el parque. Sin embargo, en cualquier circunstancia el argumento que presentan PETRONE y RAMALLO, que se deriva del capítulo, es correcto: hay que optar por la no criminalización. En ese aspecto es posible (y necesario) derivar el conflicto hacia la justicia no penal.

Mi idea en el trabajo es algo diferente y coincide con el argumento de PETRONE y RAMALLO de que “el Estado no puede llegar por primera vez para criminalizar”. Más allá de la decisión que deberían tomar jueces y fiscales, la idea del texto es señalar que, en este caso, no hay un delito. Si estamos de acuerdo en que existe un incumplimiento previo del Estado que omite garantizar los derechos de los ciudadanos, no es posible admitir que, con una misma conducta, se esté cometiendo un delito y reclamando un derecho. Se trata, nuevamente, de un problema de estatus

moral. El Estado no tiene legitimidad para castigar esas conductas. Eso, sin duda, es independiente de lo que finalmente haga el Estado. Probablemente avance con la aplicación del derecho penal. Si podemos identificar circunstancias como estas debemos señalar este problema todas las veces que podamos: el Estado no puede castigar estas conductas porque sería cómplice y también hipócrita. Si lo hace, el castigo que imponga será ilegítimo.

Me gustaría agregar que en estos casos, tampoco funciona el argumento de la escasez que a veces se pretende invocar. A menudo, se afirma que estos reclamos son estériles porque no hay dinero para construir viviendas para todo el mundo. Este argumento es insuficiente para salir del cuestionamiento moral. En verdad, lo único que consigue es mostrar que se trata, claramente, de una decisión política. La idea de que existen pocos recursos disponibles no se comprueba cuando pensamos en otros ámbitos en los que nunca faltan recursos. La policía nunca argumenta que no puede investigar los delitos que se cometen porque los miembros de la fuerza no tienen el calzado adecuado o no tienen automóviles para hacerlo. Los jueces y fiscales no dejan de investigar las denuncias que les llegan porque no tienen hojas para imprimir sus denuncias o personal para llevar adelante el trabajo. Es probable que, en muchas partes, los recursos en esos ámbitos no sean los óptimos. Mi argumento es que esta circunstancia nunca se transforma en una razón para evitar cumplir con su trabajo. El Estado, en el reparto de recursos, elige donde ubicarlos. En comunidades como las nuestras parece obvio que los intereses que quiere cubrir el Estado son claros y terminan favoreciendo algunos intereses por sobre otros.

V. Revisión del populismo penal

Como señalé en la introducción del libro, este capítulo es el que debería ser complementado con más urgencia. Desde que salió publicado, ha aparecido una gran cantidad de libros y artículos que analizan problemas similares y que deberían formar parte de la discusión.¹⁷ Mi presentación del populismo penal me parece algo básica, pero aprovecho los comentarios de PETRONE y RAMALLO para decir algunas cosas más. Los ejemplos que presentan en su comentario PETRONE y RAMALLO muestra dos problemas que se repiten a menudo: la idea de que el derecho soluciona problemas (o disuade) y la utilización del derecho en nombre de las víctimas dependiendo del caso en el que estemos. Empiezo por el primer problema.

¹⁷ Ver, entre otros, RYBERG/ROBERTS, (eds.), *Popular Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2014, y DZUR/LOADER/SPARKS (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Una forma de desacreditar a la participación ciudadana es señalarla como parte de un movimiento punitivista. De ahí la asociación errada entre el populismo y la participación democrática. En general, los críticos de la participación ciudadana efectúan esta asociación equivocada asumiendo que lo único que queremos los miembros de una comunidad es castigar más a otros.¹⁸ Para descartar esta posibilidad la primera respuesta que se les ocurre ante estos reclamos es señalar que el derecho penal no va a traer soluciones a ninguno de los conflictos en los que se pretende incluirlo. Si bien esto parece obvio, la crítica intenta señalar que quienes defendemos el uso del derecho penal en ciertas situaciones creemos que vamos a solucionar (o pretendemos solucionar) un problema. Recientemente, estas críticas se han centrado en la participación de las mujeres en discusiones de este tipo. Como señalan PETRONE y RAMALLO, luego del asesinato de una joven este año, las mujeres fueron criticadas con este mismo argumento y fueron señaladas como promotoras del endurecimiento del derecho penal cuando se discutió la reforma de la ley de ejecución penal. El movimiento de mujeres quiso evitar ese etiquetamiento y señaló que se hacía en su nombre “demagogia punitiva”. Esta simplificación de los reclamos es lo que resulta preocupante. Por ejemplo, las mujeres que son potenciales víctimas de femicidio podrían tener razones para justificar el mayor castigo de quienes las matan en contextos de violencia de género y su expectativa podría no estar dada con la “solución” del problema. El argumento para justificar el mayor castigo en el caso del femicidio respecto de otros casos debería estar fundamentado por el modo en el que justificamos la aplicación del castigo.¹⁹ Pero además, también en esos casos es necesario señalar que existe una gran cantidad de políticas públicas o

¹⁸ Esto se inicia con teorías que pretender fundamentar el uso del derecho penal como un remedio contra la venganza privada. Básicamente, debemos castigarnos porque si no lo hacemos nos mataríamos los unos a los otros. Claramente esta afirmación necesita un sustento empírico que no tiene. Para poder afirmar que esto es así, deberíamos pensar en casos en los que hubo alguna forma de impunidad y la víctima se haya vengado de ese modo. Esto me parece algo muy improbable y, por cierto, no generalizable. Incluso si pensáramos en casos en nuestro país tendríamos muchas dificultades. Por ejemplo, mientras estuvieron vigentes las leyes de obediencia debida y punto final y luego con el indulto no se registraron casos semejantes. Entonces, si ante los peores crímenes de nuestra historia no tuvimos reacciones de este estilo ni intentos de venganza por mano propia, ¿por qué ese debería ser el fundamento del castigo?

¹⁹ Es probable que una teoría retributivo-comunicativa como la que intento defender en el libro podría ser atractiva para justificar esta decisión. Sin embargo, a veces se intenta criticar a filósofos y teóricos penales por defender propuestas como la criminalización del femicidio. Creo que aquí también hay una confusión. No tengo conocimiento de que algún teórico piense que su teoría es *la* solución contra el delito o contra los femicidios en particular. En cambio, su justificación de la criminalización puede tener otro fundamento como señalé antes. En todo caso, quienes nos quieren hacer creer eso son algunos políticos que tienen intereses distintos a los de los teóricos penales. Pese a que esta confusión es fácilmente detectable, se repite con demasiada frecuencia.

actividades que intentan sensibilizar y capacitar en materia de género. En cualquier caso, intentan dar diferentes respuestas ante un mismo problema. No todas esas respuestas parten de los mismos grupos ni eso implica que todas las personas estemos de acuerdo con las propuestas que se van presentando como alternativas. Lo que es preocupante es que lo que se pretende con este tipo de descalificación es agrupar todos los reclamos en uno solo: las propuestas de los ciudadanos siempre son punitivistas. Por esta razón deberíamos dejarles este espacio a los expertos. Esto, de por sí, tiene grandes problemas que no puedo abordar aquí. Es posible imaginar la proyección de este cuestionamiento a los grupos de técnicos que redactan códigos y leyes especiales. No solo nosotros no los elegimos para que lleven adelante esa tarea, sino que tampoco nos dan la posibilidad de poder participar, efectivamente, en decisiones que nos involucran directamente.

Pero además, esto no debería invalidar el punto sobre el que debería girar la discusión: la participación ciudadana como una circunstancia necesaria para la legitimidad de las leyes penales. En este punto, el caso de la modificación de la ley de ejecución penal tiene un problema adicional: en el debate público tampoco le dieron intervención a los principales afectados, que son las personas privadas de la libertad. Una reforma a una ley que los afecta seriamente debería haber exigido su participación, poder escuchar su voz y los reclamos que tienen para hacer. Entonces, necesitamos poder determinar qué reclamos son pura demagogia punitiva (en nombre de grupos afectados) y cuál es el grado de participación ciudadana que deberíamos exigir para la creación de normas penales y en la modificación del sistema de justicia penal.

VI. Palabras finales

Quedan muchas cosas más para seguir discutiendo con PETRONE y RAMALLO. Su trabajo, como ya mencioné es muy importante para mí. Me permite seguir pensando sobre temas y problemas sobre los que necesito discutir y reflexionar mucho más. Por el momento, intentar responder a la mayoría de sus interrogantes ha conseguido que pudiera clarificar mucho de lo que pienso sobre una gran cantidad de temas. Espero que este sea el primero de muchos otros lugares en lo que pueda seguir discutiendo sobre los profundos problemas de la inculpación, el castigo y la responsabilidad.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistemática y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración y/o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del/de los autor/es. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de “(ed.)” y, si es compilador, de “(comp.)”. En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo “/”, y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al.* (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis “(eds.)” y si son compiladores “(comps.)”.

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van “entre comillas dobles”. En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) *Monografías y manuales*

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, “¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, “El desistimiento de la tentativa. La ‘voluntariedad’ como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal”, en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, “New Court, Old Dogmatik”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los “autos” (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Sólo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el día 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, “Umräumen von Möbeln’ auf offener Bühne”, en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, “§ 242”, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por éste. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquél y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que éstos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).



EN LETRA
DERECHO PENAL

Año III, N.º 5
Noviembre de 2017

Dirección:

Leandro A. Dias (Dir.)
Carla Salvatori (Sub.)

Comité Editorial:

José R. Béguelin (Sec. de Edición)
Pablo D. Larsen (Sec. de Redacción)
Antonella Donnes
Ezequiel Jiménez
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Alejandra Verde
Thomas Wostry

Consejo Académico:

Kai Ambos
María Laura Böhm
Hernán Bouvier
Alejandro Chehtman
Luis Chiesa
Fernando Córdoba
Marcelo Ferrante
George P. Fletcher
Luís Greco
Hernán Gullco
Alejandro Kiss
Máximo Langer
Marcelo D. Lerman
Marina Lostal Becerril
Ezequiel Malarino
Juan Pablo Montiel
Héctor Olásolo Alonso
Daniel Pastor
Gabriel Pérez Barberá
Marcelo A. Sancinetti
Eugenio Sarrabayrouse
Patricia Ziffer