

E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año XI, N.º 21
Noviembre 2025
ISSN: 2469-0864



Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.



Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA: DERECHO PENAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN: 2469-0864

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

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Díaz

La Pampa 2670, 2.º piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de

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

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

DIRECCIÓN

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

SUBDIRECCIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA)

Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Agustina SZENKMAN (UBA)

Lara BENÍTEZ (UIDESA)

COMITÉ EDITORIAL

Antonella DONNES (UBA)

Ma. Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO (UBA)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA)

Carla SALVATORI (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY)

Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

Diana VELEDA (UTDT)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE
UNIVERSITY)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

Ezequiel MALARINO (UIDESA/CONICET)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/CONICET)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Héctor OLÁSOLO ALONSO (UROSARIO)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Daniel PASTOR (UBA)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UPF)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

José Milton PERALTA (UNC)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW
SCHOOL)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UTDT)

Luís GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU
BERLIN)

Ricardo ROBLES PLANAS (UPF)

Hernán GULLCO (UTDT)
Eric HILGENDORF (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)
Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)
Máximo LANGER (UCLA)
Marcelo D. LERMAN (UBA/UIDESA)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)
Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)
Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UPF)
Alejandra VERDE (UIDESA/UBA)
Patricia ZIFFER (UBA)



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

Tres declaraciones y garantías:

1. “EN LETRA: DERECHO PENAL” está diseñada de manera hipervinculada para facilitar su navegación interna y a destinos externos (fuentes referenciales on-line, EnLetra.com, correos electrónicos, etc.).
2. “EN LETRA: DERECHO PENAL” garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que cumplan con una extensión máxima de 30 páginas y se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.
3. “EN LETRA: DERECHO PENAL” es un espacio abierto, por lo que los autores podrán enviar sus contribuciones libremente, siempre y cuando se cumplan los requisitos de estilo. La evaluación de los artículos se basará exclusivamente en su contenido.

EDITORIAL

COLUMNAS

Adiós al maestro Claus Roxin, Gabriel Pérez Barberá y Eugenio Sarabayrouse, 9

ARTÍCULOS

La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios. Un análisis a partir de la jurisprudencia, Mateo Kingston, 13

Delitos de infracción de deber: una categoría legítima y necesaria, Agustina Szenkman, 45

La reciente discusión argentina sobre los homicidios por odio: panorama crítico y propuesta de solución, Clara B. Rombolá, 76

Imputación objetiva: los status deónticos extrapenales de la conducta penalmente relevante, Andrés Salamone, 113

TRADUCCIONES

Una teoría sencilla de la actuación conjunta, Margaret Gilbert, 148

RÉPLICAS

Derecho y política en los juicios de lesa humanidad, y una discusión que se dificulta. Respuesta a Andrés Rosler, Roberto Gargarella, 163

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

EDITORIAL

COLUMNS

Farewell to Claus Roxin, Gabriel Pérez Barberá and Eugenio Sarrabayrouse, 9

ARTICLES

Full reparation of harm in customs and tax offences: an analysis based on case law, Mateo Kingston, 13

Crimes of breach of duty: a legitimate and necessary category, Agustina Szenkman, 45

The recent Argentine debate on hate-motivated homicides: a critical overview and a proposed solution, Clara B. Rombolá, 76

Legal causation: the extra-penal deontic statuses of criminally relevant conduct, Andrés Salamone, 113

TRANSLATIONS

A Simple Theory of Acting Together, Margaret Gilbert, 148

REPLIES

Law and politics in crimes against humanity trials, and a discussion made difficult. A reply to Andrés Rosler, Roberto Gargarella, 163

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

EDITORIAL

En este número retomamos el estilo clásico de En Letra: Derecho Penal: columnas, artículos inéditos varios, traducciones y réplicas o reseñas. Es decir, no se trata de un número sobre un tema en específico, sino de un número “general”. En la sección de artículos inéditos, el lector encontrará distintos textos sugestivos de académicos jóvenes, mientras que en las traducciones presentamos las ideas de una filósofa madura que pueden tener incidencia directa en la dogmática de la intervención delictiva. Finalmente, incluimos una réplica de Roberto GARGARELLA a los comentarios introductorios de Andrés ROSLER al número especial sobre el último libro de Federico MORGENSTERN. El objetivo, como siempre, es el de promover el debate académico en Argentina. Esto último es especialmente difícil en un contexto de polarización extrema que no favorece el debate y en el que los incentivos obligan a los jóvenes investigadores a adular a los grandes académicos, en lugar de evaluar críticamente sus ideas. Esperamos, desde En Letra: Derecho Penal, que esta tendencia actual (que además probablemente sea histórica en la academia penal argentina) pueda ser revertida con tiempo y esfuerzo.

ADIÓS AL MAESTRO CLAUS ROXIN

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (Universidad Torcuato Di Tella) y Eugenio SARRABAYROUSE
(Universidad de Buenos Aires)

Estas líneas, sin dudas, son las que nunca hubiésemos querido tener que escribir. El jueves 20 de febrero de 2025 falleció nuestro maestro, Claus ROXIN. Con dolor y tristeza queremos rendirle este pequeño homenaje, para recordarlo en toda su dimensión humana y, a través de algunas anécdotas personales, retratarlo en ese sentido de la mejor manera posible. Pedimos perdón por anticipado a quienes lean esto: los años (que también están pasando para nosotros más rápidamente de lo que deseamos) nos obligan a ser autorreferenciales. A modo de justificación podemos decir que es la única forma que encontramos para describir al Roxin que conocimos.

1. Por esas vueltas de la vida, coincidimos en estudiar juntos con ROXIN, en el cambio de siglo, allá por el año 2000. Ambos nos habíamos postulado para una beca del DAAD, con temas en algún punto secantes y con los mismos “padrinos”: Julio MAIER en Argentina y Claus Roxin en Alemania. Contra todos los pronósticos, ambos “ganamos” nuestras becas y compartimos muchos momentos inolvidables, que marcaron a fuego nuestras vidas y nuestra amistad.

Uno de esos hitos comunes entre nosotros fue, claramente, el vínculo con ROXIN. En aquella época, el Instituto de las Ciencias Penales Conjuntas de la Universidad de Múnich era un verdadero faro en materia penal. Graduados de todo el mundo llevaban a cabo estancias de investigación con ROXIN para escribir un doctorado, una investigación postdoctoral o simplemente actualizar conocimientos y mantener vínculos con Alemania. Pese a que ROXIN ya era profesor emérito en ese entonces, continuaba trabajando en la Universidad, asistido por su secretaria, nuestra querida Frau KÖTTING, que todo lo resolvía y que, además, era quien escribía a máquina los trabajos del maestro. ROXIN, en efecto, escribía “a mano” y con una letra clarísima; decía que, por día, había que escribir tres carillas para poder cumplir con los compromisos académicos. Esos eran los originales que transcribía su secretaria: las más de dos mil páginas de su monumental Tratado en dos tomos surgieron de esos manuscritos en el más literal sentido de esta palabra.

Por lo general, ROXIN visitaba su despacho cada quince días (alternando viajes por todo el mundo) y se formaban largas filas para conversar con él en las “Sprechstunden” (horas de consulta). A nosotros nos maravillaba que nos escuchara, que respondiera nuestras inquietudes y que siempre tuviera un consejo oportuno o una lectura recomendada.

Hay que decir, no obstante, que esto de ver en persona a ROXIN en su despacho para conversar sobre nuestros trabajos académicos comenzó a ocurrir con cierta asiduidad solo una vez que tuvimos más de un año de estadía en Múnich, y que, por tanto, podíamos decir que, hasta cierto punto, dominábamos el idioma alemán. Naturalmente, al tiempo de la primera de esas visitas todavía nos costaba muchísimo comprender a cualquier persona alemana hablando a velocidad promedio, y no era que nuestra expresión oral en ese idioma fuese precisamente equivalente a la de un locutor de la Deutsche Welle. Por eso, fue una bendición para nosotros que ROXIN, poco antes de terminar aquella primera visita, con esa reconocida sonrisa suya con la que anunciaba que se venía algo serio, nos fulminara con esta frase: “por ahora, ustedes me transmitirán sus inquietudes académicas por escrito y yo les responderé por escrito; es lo mejor para todos, así nos entenderemos mejor”. Lo maravilloso del asunto es que cumplió siempre puntualmente con este compromiso. Pocos días después de cada una de nuestras consultas vía mail a Frau KÖTTING nos esperaba sobre nuestros escritorios en la biblioteca de la universidad una carta de ROXIN, con su bellísima caligrafía manuscrita. Guardamos esas cartas durante años como el auténtico tesoro que son.

2. Otras anécdotas pintan de cuerpo entero la forma de ser de ROXIN. Al poco tiempo de llegar al Instituto, todos sus huéspedes recibían una carta de invitación para cenar en su casa, invitados por él y por su esposa, la querida Imme ROXIN. Pero no era una carta común. Contenía una invitación para tres o cuatro meses después y decía algo así: “Estimado señor o señora... Mi esposa y yo tenemos el honor de invitarlo a cenar a nuestra casa el próximo sábado 19 de julio. Si usted acepta nuestra invitación, debe tomar el S-Bahn (tren suburbano) número 6, línea verde, en la estación Marienplatz, a las 18:10 horas, y descender en la estación Stockdorf a las 18:50 horas. Allí estaré esperándolo para ir juntos a nuestra casa”. Y así sucedía. Sin ninguna otra comunicación previa, en el día y a la hora señalados llegábamos a Stockdorf y en la estación (muchas veces cubierta de nieve) nos esperaba la enorme figura de ROXIN, que con un gesto amable nos saludaba y emprendíamos la caminata hasta su casa. Después de una exquisita cena, cerca de las 23 horas, nos avisaba que pronto pasaba el último tren rumbo a Múnich y nos acompañaba de regreso a la estación. El recuerdo de ROXIN golpeando con sus nudillos la ventana de vidrio del tren a modo de despedida todavía nos estruja el corazón.

3. Una de las tradiciones académicas de ROXIN era realizar, todos los años, un mítico seminario en el convento de la Fraueninsel, una pequeña isla situada en el lago Chiem, entre Múnich y Salzburgo. Tuvimos el honor de participar en varios, pero de uno, quizás el primero, tenemos un recuerdo especial. El tema de discusión era el de los delitos de comisión por omisión, en particular el de las posiciones de garante. El ritual indicaba que, después de las ponencias, ROXIN compartía una cerveza con quienes habíamos participado. Sin embargo, en esa ocasión comentó que tenía un problema de salud y que, por tanto, “no podía beber alcohol”. Por eso pidió una “Radler”, que es cerveza mezclada mitad y mitad con gaseosa de limón, algo típico en esa zona de Alemania. Lo cierto es que esa noche ROXIN se tomó nueve vasos de medio litro de esa mezcla, convencido de que con eso honraba su recomendación médica. Cuando todavía conversaba con nosotros, un discípulo italiano nos murmuró por lo bajo: “si tomo diariamente esa cantidad de Radler, ¿podré escribir algo parecido a ‘Autoría y dominio del hecho’?”.

4. ROXIN, pese a su carácter de profesor emérito, continuaba con sus clases, a las que a menudo asistíamos. Siempre llegaba puntualmente, con una mochila, después de viajar en tren desde Stockdorf. Sus clases se caracterizaban por su histrionismo. Permanentemente hacía preguntas que él mismo respondía; sin embargo, en una oportunidad, casi nos morimos de un infarto. Con su habitual retórica, se paró delante de nosotros (estábamos sentados en las primeras filas) y preguntó haciendo un ademán hacia nosotros: “¿La imputación objetiva es...?”; no sabíamos si debíamos responder frente a ese centenar de estudiantes alemanes y el pánico se apoderó de nosotros. Tras unos segundos de silencio (años para nosotros), afortunadamente el mismo ROXIN giró sobre sus pasos y respondió: “...la creación de un riesgo desaprobado que se realiza en el resultado...”. Los dos respiramos y nos secamos la transpiración. Desde entonces, decidimos sentarnos en las últimas filas.

5. También eran habituales sus viajes a España y Latinoamérica. Allí leía sus conferencias en castellano, pese a que no dominaba el idioma. Metódico, pedía a alguno de sus discípulos —más de una vez a nosotros— que tradujera el texto que iba a exponer y le grabara una versión en español. Luego, la escuchaba regularmente para aprender la fonética y la entonación correcta. Sus exposiciones eran tan perfectas que, alguna vez, en una de esas conferencias en Argentina alguien le hizo una extensa pregunta, precedida de una introducción, muy difícil de traducir, al punto que Julio MAIER (que oficiaba de traductor) tuvo que pedir que la redujera; quien había formulado la pregunta, sorprendido, señaló: “¡Pensé que ROXIN hablaba español!”.

6. ROXIN no solamente nos legó sus conocimientos y sus teorías, su ejemplo de constancia y de perseverancia. Lo más importante es que, además, dejó amigos y amigas por todo el mundo, unidos por ese tronco común de haber asistido regularmente al Instituto de Múnich en aquellos años dorados. Todos los que lo conocimos nos identificamos mucho con él y le tuvimos un profundo cariño porque, como es sabido, bregó por una ciencia penal universal, elevó la dogmática penal hasta convertirla en una marca registrada de Alemania y, por sobre todo, fue un verdadero demócrata y un humanista genuino que siempre puso en práctica los valores que defendió: el respeto, la tolerancia, el escuchar al otro. Defendió, practicó y propagó un derecho penal mínimo, con el ser humano —y su dignidad— en el centro de su sistema.

En estos días de tanta tristeza por su partida, es inevitable sentirnos más solos. Nuestros dos grandes maestros, con quienes nos aventuramos hacia Alemania, ya no están: nos es imposible no pensar hondamente en Julio MAIER mientras escribimos esto. Además, el mundo que conocimos, caracterizado por el respeto a esos valores que mencionábamos en el párrafo anterior, parece derrumbarse mientras emerge otro, más hostil e intolerante. La imagen nos viene sola, inevitable: tal fue la fuerza de gravitación de ROXIN que todo indica que ese mundo que añoramos y que él tanto contribuyó a forjar se fue con él. Ojalá que las generaciones más jóvenes puedan encender luces nuevas en esa oscuridad, y que todo lo que hoy vivimos no sea más que una pesadilla pasajera.

ARTÍCULOS

LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL PERJUICIO EN LOS DELITOS ADUANEROS Y TRIBUTARIOS. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA*

Mateo KINGSTON (UBA)**

Fecha de recepción: 8 de mayo de 2025

Fecha de aceptación: 3 de abril de 2026

Resumen

El objetivo del presente trabajo es analizar la aplicación del instituto de la reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios. Para ello, comenzaré con un muy breve desarrollo de la incorporación de esta nueva causa de extinción de la acción penal a nuestro ordenamiento jurídico y el debate que se dio respecto a su vigencia y operatividad. Tras esto, pasaré a analizar la discusión sobre la posibilidad de aplicar, o no, la reparación integral del perjuicio a los delitos aduaneros y tributarios, a partir de un relevamiento y estudio de la jurisprudencia del fuero penal económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Cámara Federal de Casación Penal. En primer lugar, expondré los argumentos que se dan a favor y en contra de la utilización de esta forma de resolución de conflictos en materia aduanera, para luego analizarlos críticamente. Seguidamente, haré lo mismo con los delitos tributarios. Finalmente, se expondrán las conclusiones del trabajo,

* Agradezco a Alejandra Verde y Gabriel Pérez Barberá por sus comentarios y aportes a este trabajo, fundamentales para su elaboración y desarrollo. Asimismo, también quiero agradecer a Milagros Kingston, Facundo Laico y Agustina Szenkman por sus lecturas del texto y a mis compañeros de trabajo de la Fiscalía General n.º 2 ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico, con quienes discutí en reiteradas oportunidades acerca de las ideas aquí expuestas.

** Abogado graduado con diploma de honor, Universidad de Buenos Aires. Especialista y maestrando en Derecho Penal, Universidad Torcuato di Tella. Ayudante de segunda en la Cátedra del Dr. Eugenio Sarabayrouse en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: kingstonmateo@gmail.com

*** En diciembre de 2025, cuando este artículo ya había sido entregado a la revista y aceptado por esta para su publicación, mediante la [ley 27.799](#) se aprobó una reforma del Régimen Penal Tributario (RPT) que, por lo indicado, no pude contemplar en mi texto. Entre las modificaciones a ese régimen, se prohibió la aplicación de la reparación integral del perjuicio del art. 59.6 CP a los delitos previstos en sus artículos 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, es decir, los incluidos en el procedimiento especial de extinción del art. 16 del RPT. En consecuencia, mis conclusiones respecto de la aplicabilidad de la reparación integral a esos delitos tienen que ser entendidas como propuestas (y críticas) *de lege ferenda*, pues ya no son defendibles *de lege lata*.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

donde se defiende la posibilidad de aplicar la reparación integral del perjuicio en ambos casos, aunque siempre que se respeten determinadas condiciones.

Palabras clave: Reparación integral del perjuicio – Delitos aduaneros – Delitos tributarios – Mecanismos alternativos de solución del conflicto

Title: *Full reparation of harm in customs and tax offences: an analysis based on case law*

Abstract

This paper analyzes the application of the institute of full reparation of harm (reparación integral del perjuicio) to customs and tax offenses. To this end, it begins with a very brief account of the incorporation of this new ground for extinguishing the criminal action into the Argentine legal system, and the debate concerning its validity and operability. It then examines the discussion on whether or not full reparation of harm may be applied to customs and tax offenses, on the basis of a survey and study of the case law of the economic criminal courts of the City of Buenos Aires and of the Federal Chamber of Criminal Cassation. First, it sets out the arguments for and against the use of this form of conflict resolution in customs matters, and then analyzes them critically. It subsequently does the same with tax offenses. Finally, it presents the conclusions, in which the possibility of applying full reparation of harm is defended in both cases, provided that certain conditions are met.

Keywords: Full reparation of harm – Customs offences – Tax offences – Alternative dispute resolution mechanisms

Sumario: I. Introducción; II. La reparación integral en los delitos aduaneros; III. La reparación integral en los delitos tributarios; IV. Conclusión; V. Bibliografía

I. Introducción

En el año 2015, a través de la sanción de la ley 27.147, se modificó el Código Penal y se incorporaron en el artículo 59 nuevas causas de extinción de la acción penal.¹ Así, se introdujo la

¹ Sobre por qué la reparación integral y la conciliación constituyen causales de exclusión de la punibilidad desde la óptica del derecho penal sustantivo, véase PASTOR, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en LASCANO (dir.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus ROXIN*, Córdoba, 2001, p. 793 y ss.

reparación integral del perjuicio, en el inciso 6.º del referido artículo junto a la conciliación², el que establece que la acción penal se extinguirá “[p]or conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

La introducción de esta vía de solución de los conflictos penales, que parece (más) propia del derecho privado, se enmarca dentro de una tendencia en las últimas décadas a darle un mayor protagonismo a la víctima en el proceso penal y a priorizar soluciones compositivas entre autores y víctimas.³ De esa manera, la reparación del daño no sería una cuestión meramente jurídico-civil, sino que también contribuiría a cumplir con los fines de la pena y se presentaría una tercera vía para el Derecho Penal.⁴

Sin embargo, hay autores que critican esta tendencia de considerar a la reparación como una “tercera vía” del Derecho Penal y ven en ello un error. Así, por ejemplo, BINDER considera que “[l]a incorporación de la reparación en el ámbito del sistema penal no es simplemente la incorporación de una herramienta más, sino la adopción de otra manera de ver al derecho penal o, mejor dicho,

² En cuanto a la distinción entre el instituto de la conciliación con el de la reparación integral del perjuicio, explica PASTOR que “una [la conciliación] es un mutuo acuerdo, obviamente bilateral, entre el imputado y la supuesta víctima que pone fin a su enfrentamiento y la otra [la reparación] es el cumplimiento unilateral de las prestaciones comprendidas en la obligación de resarcir satisfactoriamente todas (‘integral’) las consecuencias indebidamente producidas con el hecho ilícito. En verdad son instituciones de la realidad y del derecho tan distintas que la reparación puede existir sin conciliación y viceversa. Decisivo resulta, por lo demás, que el inc. 6.º del art. 59 del CP las separa, las distingue con esa ‘o’ que escribió el legislador para denotar que son dos elementos diferentes”. (PASTOR, *Episodio 1: la introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino*, en Diario DPI. Derecho para Innovar, columna de opinión del 11/9/2015).

De igual manera, BINDER, al referirse a las formas de extinción de la acción penal, considera que “[e]n otros casos, aun sin consentimiento de la víctima, una reparación suficiente puede ser admisible según el propio Estado para poner fin al proceso y pacificar el conflicto”, en BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 224. Con mayor detalle sobre la cuestión, BINDER, *Derecho Procesal Penal. Tomo IV: Teoría del proceso compositivo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, p. 324 y ss.

³ Para un trabajo sobre los procesos de reforma procesal penal en Latinoamérica, por todos, LANGER, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de las ideas legales desde la periferia”, en *Revista de Derecho procesal penal. El proceso penal adversarial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009. Sobre la introducción de formas alternativas de resolución en el código penal argentino, LEDESMA, “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del código penal”, en *Pensar en Derecho*, n.º 13, 12/2018.

⁴ Siendo las primeras dos vías la pena y las medidas de seguridad. Sobre la introducción de la reparación como tercera vía del Derecho Penal y su relación con la consecución de los fines de la pena, véanse ROXIN, “¿La reparación como tercera vía del Derecho penal?”, en ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2.ª ed., trad. de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y otros, Madrid, Civitas, 1997, pp. 108 y ss. y MAIER, “El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal argentino”, en MAIER / BINDER (comps.), *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995, p. 42 y ss.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

otra forma de entender las funciones político-criminales del sistema”⁵. De esta forma, la utilización de estos mecanismos lo que busca es reducir el campo de funcionamiento del poder penal y reemplazarlo por otras formas de hacer frente a los conflictos sociales. Este proceso, que BINDER llama “relocalización”, permitiría una mejor gestión ante la sobrecarga del sistema penal producto de la inflación punitiva y proporcionaría herramientas para construir soluciones más eficaces.

En cambio, autores como SANCINETTI se han mostrado críticos con la incorporación de este tipo de mecanismos al derecho penal, ya que consideran que no contribuirían a la función social de la pena, esto es, estabilizar la confianza en expectativas de conducta. Además de esto, y con algo de razón, advierte SANCINETTI que “si la pena se agotase en la indemnización del daño, acaso con un ‘interés justo’, al infractor empedernido siempre le convendría quebrantar la norma a su gusto, pues, a lo sumo, pagaría una indemnización. En los delitos contra el patrimonio, esto sería fatal. ¿Por qué habría de abstenerse el ladrón de robar o el estafador de estafar, si en caso de ser descubierto solo tendría que resarcir el daño?”⁶.

En el caso de delitos económicos, como los que aquí van a ser analizados, esta advertencia debe ser tomada en cuenta a los fines de analizar la conveniencia de aceptar la reparación integral como una forma posible de resolución del conflicto o, en su caso, para establecer las condiciones de esos acuerdos. Aun desde la óptica de un derecho penal del conflicto, es claro que estos acuerdos deben tener un efecto disuasivo para evitar que la cuestión penal se convierta en un costo adicional del negocio delictivo que las personas estén dispuestas a asumir y para evitar que aumente la criminalidad. En ese sentido, hay que tener en cuenta que la criminalidad económica se encuentra mucho más ligada a la lógica del mercado y el pensamiento costo-beneficio. De todas maneras, es necesario destacar que la responsabilidad civil o por daños sí puede tener efectos disuasivos y que, además, “las modernas doctrinas de la responsabilidad civil le reconocen también un efecto sobre la vigencia de las normas”⁷.

Como puede verse, la aparición y aplicación de este instituto no estuvo ni está exenta de debates, críticas ni problemas. Lo cierto es que, más allá de la postura que uno pueda tener respecto a su naturaleza, función o conveniencia, su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico es una

⁵ BINDER, *Derecho Procesal Penal. Tomo IV: Teoría del proceso compositivo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, p. 139.

⁶ SANCINETTI, “Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?”, en *El Dial — Biblioteca Jurídica online*, Buenos Aires, 8/3/2010, p. 12.

⁷ BINDER, *Derecho Procesal Penal. Tomo IV: Teoría del proceso compositivo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, p. 42.

realidad y su utilización por parte de las fiscalías y tribunales es cada vez más frecuente. Y, naturalmente, con su aplicación en la práctica surgen nuevos problemas.

Uno de los primeros que se presentó, y que persiste, es la ausencia de una regulación específica del instituto en los códigos procesales a nivel nacional y federal.⁸ Ello porque ni el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN, en adelante) ni el Código Procesal Penal Federal (CPPF, en adelante) contienen disposiciones que establezcan los requisitos para la procedencia de la reparación integral del perjuicio.⁹

Sin embargo, de acuerdo con una postura, la falta de una regulación procesal específica del instituto en esos códigos procesales, si bien resultaría inconveniente¹⁰, no se presentaría como un obstáculo para la vigencia y utilización de la reparación integral. Ello debido a que, si el Código Penal remite a las leyes procesales correspondientes, su ausencia debe interpretarse como la falta de exigencia de requisitos adicionales para su procedencia.¹¹ Supeditar la aplicación del instituto a la existencia o eventual sanción de las leyes procesales implicaría privar a una persona de la posibilidad de acceder a una forma de extinción de la acción que se encuentra prevista en el código

⁸ Además de ello, también resulta problemático que la procedencia de una causa de extinción de la acción penal dependa de las leyes procesales correspondientes. Ello porque las normas que regulan el ejercicio de la acción penal son materias delegadas por las provincias al Congreso de la Nación. En el caso “Price” (Fallos 344:1952), la CSJN ratificó la competencia del Congreso Nacional para establecer la regulación de las reglas relativas al ejercicio de la acción penal, de conformidad con lo establecido en el art. 75, inc. 12, CN. De todas maneras, abordar este problema, si bien sumamente interesante, resulta ajeno a los objetivos de este trabajo, en tanto no se analizarán las disposiciones de ordenamientos procesales locales ni jurisprudencia local.

A favor de que sean las provincias quienes tengan la potestad de regular el ejercicio de la acción penal, BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 215-216. En contra, SANCINETTI, “Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?”, p. 14 y ss., disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38164-avenimiento-y-mediacion-pena-objeto-negocios-juridicos>.

⁹ El CPPF tan solo menciona la reparación en dos oportunidades: como causal de sobreseimiento (art. 269, inc. g) y como una cuestión preliminar que pueden plantear las partes en la audiencia de control de acusación (art. 279, inc. d). Sin embargo, más allá de esto, no establece ningún criterio o pauta para su aplicación.

¹⁰ Inconveniente dado que, como bien señala el juez SARRABAYROUSE en su voto en el precedente “Verde Alba”, “[...] al no haber una referencia a los delitos que se aplica, al modo en que debe realizarse —en definitiva, sus alcances concretos—, puede caerse en una verdadera anarquía jurisprudencial: cada juez o tribunal, aplicará las causas de extinción según su propio criterio particular. Así, algún delito podrá ser objeto de conciliación para un tribunal y no para otro, algunos exigirán la intervención de la víctima para un supuesto y otros no, y así sucesivamente”. De igual manera, sobre las ventajas de la regulación legislativa de los criterios de oportunidad para corregir disfunciones del sistema penal, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I: *Fundamentos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 797.

¹¹ Así, por todos, PÉREZ BARBERÁ, en su dictamen fiscal de fecha 14/11/2022 en la causa “Sepúlveda, Roberto Eduardo s/ Incidente de extinción de la acción”, CPE 1326/2019/TO01/5, TOPE n.º 2.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

de fondo. En ese sentido, la mayoría de la jurisprudencia¹² y de la doctrina se han pronunciado a favor de su vigencia y operatividad. Por ello, tomaré esta posición como punto de partida en el presente trabajo.

Pese a esto, esta nueva forma de resolución de conflictos ha enfrentado otros desafíos a la hora de su aplicación concreta a determinada clase de delitos. Así, hay quienes sostienen que no resultaría procedente la reparación integral del perjuicio en caso de que exista una afectación a bienes jurídicos “supraindividuales” o “colectivos”, como ocurre en los delitos del Código Aduanero (CA, en adelante). Lo mismo sucede respecto de los ilícitos tributarios, dado que, además de afectar un bien jurídico colectivo, ya existe un mecanismo específico de extinción de la acción penal por pago, como el previsto en el art. 16 del Régimen Penal Tributario (RPT, en adelante).¹³

Los Tribunales Orales en lo Penal Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TOPE, en adelante) y la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP, en adelante) se han expedido de diversa manera respecto a la aplicación de la reparación integral para esta clase de delitos. Por ello, la idea de este trabajo es, a partir de un análisis de la jurisprudencia de los TOPE y la CFCP, exponer algunas de las distintas posturas que existen sobre el tema, hacer un balance de los argumentos en pugna y tomar postura sobre la posibilidad de aplicación del instituto.

Para ello, el trabajo estará estructurado de la siguiente manera. En primer lugar, se realizará el análisis de la reparación integral en los delitos aduaneros. Se expondrán los argumentos que se han dado a favor y en contra de poder aplicar esa forma de extinción en estos casos, para después hacer un análisis conjunto de ambas posturas. Luego, se repetirá este mismo esquema para los delitos

¹² Véanse los fallos “Verde Alba, Brian Antoni s/ recurso de casación”, CCC 25872/2015/TO1/CNC1, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, 22/5/2017; “Villalobos, Gabriela Paola y otro s/ defraudación”, CCC 25020/2015/TO1/CFC1, Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, 29/8/2017; “Sanatorio Nuestra Señora del Pilar SA y otro s/ recurso de casación”, CPE 649/2017/TO1/CFC1, CFCP, Sala I, 13/3/2020; “Endendijk, Marcela Elizabeth y otros sobre infracción art. 302”, CCC 72295/2015/TO1/CFC1, CFCP, Sala II, 22/10/2020, entre muchos otros. Para una posición que considera inconstitucional el art. 59.6 del CP, el voto del juez GEMIGNANI en “Matisic, Ricardo s/ recurso de casación”, CPE 575/2009/TO1/CFC4, CFCP, Sala III, 28/11/2024.

¹³ Cabe destacar aquí dos particularidades en relación con la reparación en los delitos aduaneros y tributarios. En primer lugar, estos últimos se caracterizan por tener víctimas difusas. Por lo tanto, algunos de los fines que se atribuyen a la reparación, relacionados con los beneficios de integrar a la víctima a la solución del conflicto o de la recomposición entre víctima y autor, no podrán ser alcanzados en estos casos. En segundo lugar, y más importante aún, se plantea el problema de quién tendrá la opinión final acerca de la conformidad con la reparación ofrecida, en caso de que exista una pluralidad de organismos públicos representando al Estado en su rol de acusador. Ello es lo que sucede en el caso de los delitos aduaneros y tributarios, en los que concurren el Ministerio Público Fiscal y la Agencia de Recaudación y Control Aduanero (ARCA). Este problema, sin embargo, también quedará al margen en el presente trabajo.

tributarios. Finalmente, se expondrán las conclusiones, en las cuales se defiende la operatividad del instituto de la reparación integral en ambos casos, es decir, tanto en materia aduanera como tributaria, pero siempre que se respeten determinadas condiciones.

II. La reparación integral en los delitos aduaneros

1. La postura en contra de la aplicación del art. 59.6 del CP en materia aduanera

En los delitos aduaneros, la posición de quienes se oponen a la aplicación del instituto de la reparación integral del perjuicio se funda, principalmente¹⁴, con base en la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido por las disposiciones del derecho penal aduanero.

El delito de contrabando protege el control en la introducción, extracción y circulación de mercaderías como función principal encomendada a las aduanas.¹⁵ Por eso, aun en los casos en los cuales la maniobra delictiva tiene un contenido patrimonial¹⁶, el daño excedería la mera recaudación fiscal o la protección de una determinada política económica del Estado. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, en adelante), en el fallo “Legumbres”¹⁷, manifestó que “el legislador ha concebido el delito de contrabando como algo que excede el mero supuesto de defraudación fiscal, pues lo determinante para la punición es que se tiende a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas, que tanto lo tienen para lograr la recaudación de los gravámenes como para velar por la correcta ejecución de las normas que estructuran el ordenamiento económico nacional”.

Dada la naturaleza supraindividual o colectiva del bien jurídico protegido y, por lo tanto, la existencia de una afectación que excede la mera defraudación fiscal, esta posición sostiene que no habría posibilidad de reparar económicamente el daño causado. Así, por ejemplo, lo entendió el juez HORNO de la CFCEP en el precedente “Torres”¹⁸, al señalar que “en los delitos en los que la

¹⁴ También se argumenta que el instituto no es aplicable por no estar regulado en los códigos de forma, en el caso de las jurisdicciones donde se aplica el CPPN y CPPF, pero, como dije previamente, este argumento no será tenido en cuenta en este trabajo.

¹⁵ “Surfabril S.R.L.”, CNCP, Sala III, 31/8/1995.

¹⁶ Cabe recordar aquí que algunos de los delitos previstos en el Código Aduanero no apuntan a una protección en razón de la función recaudatoria del Estado como, por ejemplo, puede ser la prohibición del ingreso de mercadería que pueda afectar la salud pública (art. 865, inc. h, del CA), la prohibición absoluta del ingreso de determinada clase de mercadería (art. 865, inc. g, del CA) o el tráfico de estupefacientes (art. 866 del CA).

¹⁷ Fallos 312:1920, CSJN, 19/10/1989.

¹⁸ “Torres, Anibal s/ recurso de casación”, FCR 52019408/2013/14/CFC3, CFCEP, Sala IV, 26/10/2022.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

afectada es la administración pública [...] el daño excede a una víctima concreta que pueda ver satisfechas sus pretensiones a través de una conciliación o reparación económica. [...] Lo cierto entonces es que, al tratarse de una conducta delictiva en afectación a la administración pública, sancionada con una pena de prisión, los fines del proceso penal no se ven plenamente satisfechos, en definitiva, con el pago de una suma de dinero”.

Finalmente, para defender esta postura también se argumenta que el CA no hace referencia al perjuicio fiscal en los delitos allí tipificados, por lo que tampoco podría verse compensado el daño causado solamente con una reparación económica.

2. La postura a favor de la aplicación del art. 59.6 del CP en materia aduanera

Quienes consideran que la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido no es un obstáculo para aplicar la reparación integral a los delitos aduaneros fundamentan su postura en la ausencia de una disposición que limite su aplicación a una determinada clase de delitos, dada la falta de una regulación procesal específica del instituto en los códigos procesales correspondientes.

En ese sentido, hay quienes sostienen que “la reparación procederá, en principio, sin distinción sobre la naturaleza del delito imputado, pues, al estar incluida en la parte general del Código Penal y no encontrar limitaciones —a priori, por categorías de delitos— en la norma adjetiva, no existen excepciones que se fundamenten, por ejemplo, solo en la calidad del delito por su dimensión patrimonial o la necesidad de existencia de una víctima determinada y concreta que permita auto-componer el conflicto por acuerdo conjunto (aspectos referidos a la conciliación, sobre la que el legislador ha distinguido de la reparación integral con una conjunción ‘o’)”¹⁹.

Esta posición también se corresponde con la adoptada por el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, PÉREZ BARBERÁ, quien la desarrolla con mayor detalle en su dictamen fiscal en la causa “Sepúlveda”²⁰. Allí, sostiene que la ausencia de reglamentación del instituto de la reparación integral se trata de una laguna axiológica y no de una

¹⁹ Así, CAFFARO, “La reparación integral del perjuicio como causal de extinción de la acción penal en el delito de contrabando”, en *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 10/2021.

²⁰ Dictamen fiscal de fecha 14/11/2022 en la causa “Sepúlveda, Roberto Eduardo s/ Incidente de extinción de la acción”, CPE 1326/2019/TO01/5, TOPE n.º 2.

normativa²¹, es decir, “que contamos con una regulación insatisfactoria porque no está limitada a determinada clase de delitos”. Por lo tanto, continúa, “[l]a regulación sobre reparación integral del perjuicio existe, rige para todos los delitos (por ausencia de reglamentación que indique lo contrario) y, por tanto, debe ser aplicada. En efecto, desde un punto de vista tanto constitucional como de interpretación sistemática, sabido es que, por lo general, la reglamentación de una norma que concede un derecho implica una restricción a ese derecho. En consecuencia, ausencia de reglamentación implica ausencia de restricción”.

En resumen, ahora desde esta posición, la aplicación de la reparación integral no podría limitarse a una determinada categoría de delitos, porque, al hacerlo, se estarían agregando requisitos que no se encuentran previstos en la ley que la regula. De esa manera, es decir, si se agregaran requisitos no previstos expresamente por la ley para la procedencia de la reparación, se violaría el principio de legalidad penal, pues esos requisitos irían en contra de los intereses del imputado, al privarlo de acceder a una causal de extinción de la acción penal.

Por su parte, la Sala IV de la CFCP, en el caso “Demarco”²², rechazó el recurso de casación interpuesto por la querella AFIP-DGA (hoy ARCA) contra la resolución por la cual se había hecho lugar al acuerdo de reparación integral, el cual se había fundado, entre otras razones, en la imposibilidad de una reparación integral dada la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido por las disposiciones penales aduaneras.²³ El hecho investigado consistía en la importación de dos vehículos mediante el régimen de beneficios establecidos en las Resoluciones Generales n.º 3109/11 y 1568/92 de la Administración Nacional de Aduanas, sin cumplir con los requisitos allí establecidos. En el requerimiento de elevación a juicio, el hecho había sido calificado como

²¹ Sobre la distinción entre laguna normativa y laguna axiológica, el dictamen fiscal remite a ALCHOURRÓN / BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 157 y ss.

²² “Demarco, Fabián Humberto y otros s/ recurso de casación”, CPE 1373/2014/TO1/8/1/CFC4, CFCP, Sala IV, 13/12/2021.

²³ La ARCA (en ese entonces AFIP), sin embargo, ha flexibilizado su postura y modificado su normativa interna, para permitir a sus representantes celebrar acuerdos de reparación integral, “siempre y cuando la afectación al bien jurídico protegido sea de índole patrimonial, no se trate de los supuestos de los artículos 865 incisos b), c), d), g) y h); 866 y 867 del Código Aduanero —Ley n.º 22.415 y sus modificaciones— y exista acuerdo unánime entre las partes del proceso”. Véase la disposición n.º DI-2023-131-E-AFIP-AFIP para más detalles. Para un breve análisis de esta última, VIDAL ALBARRACÍN, G., “Nuevas pautas fijadas por el servicio aduanero a fin de consentir la reparación integral en los delitos aduaneros”, en *Aduana News*, disponible en: <https://aduananews.com/nuevas-pautas-fijadas-por-el-servicio-aduanero-a-fin-de-consentir-la-reparacion-integral-en-los-delitos-aduaneros/>.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

contrabando agravado, por la cantidad de intervinientes y por la utilización de documentación falsa o adulterada (art. 865, incs. a y f, del CA).

En contra del planteo realizado por la AFIP-DGA, el juez CARBAJO de la CFCP, en línea con lo decidido por el TOPE, sostuvo que “[...] la oposición de la parte querellante fundada meramente en la naturaleza o carácter supra-individual del bien jurídico afectado, se revela como insuficiente para sostener razonablemente la improcedencia del instituto de la reparación integral.

“No puede perderse de vista que, aunado al fin preponderantemente económico de la normativa que se habría infringido, operan las circunstancias de que los vehículos a través de los cuales se habría infringido el régimen de importación fueron únicamente dos y de que los hechos datan del año 2013.

“En tales condiciones, y en las particulares circunstancias del caso, la parte recurrente no ha desarrollado argumentos para rebatir la conclusión del tribunal de procedencia, en cuanto a que la afectación del bien jurídico ha sido escasa o de poca incidencia, ni ha demostrado la necesidad de que un hecho de estas características sea llevado a juicio oral.

“En efecto, las razones expuestas por la querella se advierten generales, dogmáticas y parciales, pues de modo alguno sopesan razones político-criminales para sustentar la materialización del ius puniendi mediante la realización del debate y la emisión de una sentencia condenatoria”.²⁴

En igual sentido se expidió el juez RIGGI en la causa “Chiozzi”²⁵, de la Sala III de la CFCP, en la cual se investigaba una maniobra de contrabando agravado por la utilización de documentación falsa, mediante la cual los imputados habrían subfacturado el valor de la mercadería a exportar para obtener un tratamiento fiscal y aduanero distinto al que correspondía. Frente al recurso de la AFIP-DGA, el juez nombrado manifestó que “si bien la entidad querellante —Dirección General de Aduanas— se opuso a la reparación integral del perjuicio (art. 59 inc. 6 del C.P.) —siguiendo expresa indicación de normativa interna— basándose en la imposibilidad de reparar en forma integral un perjuicio cuyo delito —contrabando documentando— tiene un bien jurídico

²⁴ Argumentos similares a estos, para rechazar la oposición de la querella (AFIP-DGA, en ese entonces) a un acuerdo de reparación integral, pueden encontrarse en “Gadaleta, Ignacio Vicente y otros s/ actuaciones complementarias”, CPE 1477/2010/TO1/1, TOPE n.º 3, 2/6/2023. Allí, el juez IMAS también destacó que la oposición de la querella “no resulta óbice para que proceda la aplicación al caso del instituto de la reparación integral, toda vez que el acuerdo de aquella no constituye un requisito específico para la procedencia del mismo”.

²⁵ “Chiozzi, Osvaldo y otro s/ legajo de casación”, CPE 299/2011/TO01/8, CFCP, Sala III, 28/11/2022.

pluriofensivo; lo cierto es que los hechos que constituyen el objeto procesal de la presente encuesta resultan de claro contenido patrimonial y donde se han cancelado la totalidad de las obligaciones tributarias y aduaneras, lo cual evidencia, en definitiva, que lo decidido se encuentra en sintonía con una interpretación posible y razonable de los arts. 59 inc. 6 del C.P. y 22 del C.P.P.F., circunstancia que no ha sido adecuadamente rebatida por la recurrente”.

De acuerdo con estos precedentes, entonces, la naturaleza supraindividual del bien jurídico afectado no sería un obstáculo para la aplicación del art. 59.6 del CP, pero solamente en tanto la maniobra delictiva tenga un claro contenido patrimonial o la afectación al control aduanero sea de escasa o poca incidencia.

Finalmente, hay otro argumento que se esgrime a favor de la postura que defiende la operatividad del instituto de la reparación integral en materia aduanera, pese a la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido. Este se relaciona con el hecho de que ha sido el propio legislador quien estableció la posibilidad de extinguir la acción penal por pago de los delitos aduaneros en el marco de las diversas leyes excepcionales de regularización de obligaciones tributarias y aduaneras como, por ejemplo, la ley 27.743, sancionada en el año 2024.²⁶

Por lo tanto, si mediante esta ley el legislador permitió la extinción de la acción penal solamente tras la cancelación total de la deuda aduanera en las condiciones allí previstas, no pareciera que el bien jurídico colectivo que protegen las disposiciones penales aduaneras constituya un obstáculo o, quizás, un daño que tenga que ser reparado.

3. Análisis de las posturas

A mi criterio, los argumentos de la postura que defiende la aplicabilidad de la reparación integral del perjuicio a los delitos aduaneros superan a los contrarios. Esto principalmente porque la falta de reglamentación procesal de la reparación integral implica una ausencia de restricción para la concesión del instituto.²⁷ Cualquier limitación no prevista en la letra de la ley y que sea en

²⁶ De acuerdo con lo establecido en el art. 5, segundo párrafo, de la mencionada ley, “[l]a cancelación total de la deuda en las condiciones previstas en el presente régimen —de contado o mediante plan de facilidades de pago— producirá la extinción de la acción penal, en la medida que no exista sentencia firme a la fecha de cancelación. Igual efecto se producirá cuando se cancele, por parte de cada imputado, la deuda que le fuera exigible de manera individual (conforme la imputación penal efectuada), en las condiciones previstas en el presente régimen”.

²⁷ Sin embargo, cabe aclarar aquí que, en aquellas provincias donde se encuentra implementado totalmente el nuevo CPPF, la reparación integral no es aplicable a todos los tipos penales previstos en el CA, sino que hay ciertas limitaciones que surgen

perjuicio de los intereses del imputado —al privarlo de acceder a un instituto que tiene como efecto la extinción de la acción penal— significa una violación al principio de legalidad penal.

Ahora bien, también es cierto que todo caso de contrabando, tal y como lo sostuvo la CSJN en el precedente “Legumbres”, implica algo más que frustrar el cobro de los gravámenes. También se afecta o impide el adecuado ejercicio de otras funciones del servicio aduanero. Pero, ¿implica ello que esta lesión subyacente no puede ser reparada? Y si lo fuera, ¿qué habría que tener en cuenta para que la reparación sea “integral”?

En primer lugar, tengo que señalar que la objeción con base en la alusión a un bien jurídico colectivo que no sería reparable debe ser rechazada, en razón de los objetivos que tienen los procesos compositivos y por la función que tiene la teoría del bien jurídico.

Los bienes jurídicos son aquellos bienes vitales, valores sociales e intereses jurídicamente reconocidos del individuo o de la comunidad, que gozan de protección jurídica debido a su especial relevancia para la sociedad. La identificación de estos bienes, que podríamos definir como valores sociales ideales, tiene por objetivo determinar cuándo debe o está autorizado a intervenir el poder penal estatal. Sin embargo, no hay que confundirlo con el objeto de la acción, es decir, el objeto concreto que constituye el objeto del hecho y sobre el cual recae la acción.²⁸ Por esa razón, no hay que equiparar la cuestión del daño causado a reparar con la afectación que se produjo a un determinado bien jurídico.

del art. 30 del CPPF. Un análisis de las limitaciones que impondría este artículo para la reparación integral en delitos aduaneros puede encontrarse en el artículo de CAFFARO ya citado (nota al pie n.º 3).

Cabe tener en cuenta que los compromisos internacionales suscriptos por el Estado pueden ser un impedimento para el uso de salidas alternativas. Hay antecedentes de la CFCP en los que se decidió revocar, a partir de la oposición del MPF, acuerdos conciliatorios celebrados entre funcionarios públicos y otros organismos estatales. Véase el caso “Galdo, Carlos Alberto y otros s/ recurso de casación”, CFP 14221/2015/TO1/CFC2, CFCP, Sala IV, 1/6/2024. La oposición fiscal se fundó tanto en la naturaleza colectiva del bien jurídico afectado, el cual no podría ser reparado, como en el hecho de que los mecanismos de salidas alternativas, independientemente de la vigencia del art. 30 CPPF, por cuestiones de política criminal —en este caso, los compromisos internacionales suscriptos por el Estado argentino contra la corrupción— no serían aplicables a delitos en los que estuvieran involucrados funcionarios públicos.

Para un análisis de las razones limitativas que pueden restringir la aplicación del art. 59.6 del CP, ver LEDESMA, “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del código penal”, en *Pensar en Derecho*, n.º 13, 12/2018, pp. 80 y ss. Sobre la cuestión de los casos prohibidos, BINDER, *Derecho Procesal Penal. Tomo IV: Teoría del proceso compositivo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, p. 421 y ss.

²⁸ WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Derecho Penal. Parte General*, 46.ª ed., trad. de Raúl PARIONA ARANA, Lima, Instituto Pacífico, 2018, pp. 4 y s.

De hecho, esto puede entenderse más claramente si se piensa en cómo el legislador ha dispuesto, en más de una oportunidad, la posibilidad de extinguir la acción penal en los delitos aduaneros y tributarios en las diversas leyes de regularización excepcional de obligaciones tributarias o aduaneras o, incluso, en el régimen especial de extinción en materia tributaria. En todos estos casos se consideró suficiente una reparación económica, además de las exigencias propias de cada régimen para su acceso, para que las personas imputadas puedan librarse de la persecución penal. Entonces, ¿implica esto que el legislador decidió renunciar a reparar la lesión subyacente que se alega bajo la figura del bien jurídico protegido? De ser así, ¿por qué no podría suceder esto también en los acuerdos de reparación integral? Quizás lo más factible sea considerar que en estos casos el legislador se limitó al daño concreto que causaron estas maniobras al evadir las obligaciones tributarias y aduaneras correspondientes.

De acuerdo con una parte de la doctrina, la reparación integral del perjuicio en materia aduanera, en el caso de que resulte aplicable, debería recomponer plenamente los daños o las consecuencias causadas por la maniobra delictiva. Por ello, consideran que la reparación para ser integral debería abarcar, al menos, “la satisfacción incondicional de las obligaciones aduaneras de contenido económico incumplidas, la renuncia posterior a toda acción y derecho, y el pago de costas y gastos causídicos”.²⁹

Sobre las condiciones a exigir para un acuerdo de reparación integral del perjuicio en casos de contrabando, el fiscal PÉREZ BARBERÁ, en su dictamen en el caso “Sepúlveda”³⁰, señala que “todo acuerdo por reparación integral del perjuicio en casos de contrabando tendrá que tener como base mínima un importe tal que sea claramente superior a la totalidad de los gravámenes aduaneros no abonados —si ese es el caso— y que contemple, además, el contenido patrimonial completo del delito de contrabando tentado o consumado”.

En cuanto a la determinación del contenido patrimonial completo del delito de contrabando, consideró que “tal especificación tiene que asegurar, ante todo, que el imputado no se beneficie en nada por el delito en cuestión. Pero, además de ello, debe contemplar dos cosas: en primer lugar, que compense de alguna manera a la administración pública por todo lo que implicó que, por el delito en cuestión, fuesen afectadas o puestas en peligro las funciones aduaneras; y, en segundo lugar, que lo ofrecido como reparación tenga, objetivamente, efectos de prevención especial

²⁹ BORINSKY / TURANO / SCHURJIN ALMENAR, *El delito de contrabando. Tomo I. Doctrina*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2022.

³⁰ Dictamen fiscal de fecha 14/11/2022 en la causa “Sepúlveda, Roberto Eduardo s/ Incidente de extinción de la acción”, CPE 1326/2019/TO01/5, TOPE n.º 2.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

respecto del infractor y de prevención general respecto de la sociedad (es decir, que tenga efectos disuasorios). Porque lo que se quiere evitar con estas alternativas a la pena es el sufrimiento que esta implica, no sus buenas consecuencias”.

De esa manera, entonces, sería posible realizar un acuerdo que contenga una reparación verdaderamente integral. Pues, no solamente incluiría la totalidad de los gravámenes que no fueron recaudados —si ese fuera el caso—, sino también el contenido patrimonial completo del delito de contrabando. De esta manera, el imputado no obtendría ningún beneficio por la maniobra ilícita realizada y, además, se compensaría a la administración pública por la afectación o puesta en peligro de las funciones aduaneras a su cargo. Asimismo, de acuerdo con lo expuesto en el dictamen fiscal citado, se cumple con el fin que tienen los mecanismos de solución alternativa de conflictos: evitar la imposición de la pena, preservando las buenas consecuencias de aquella.

Por todo lo expuesto, considero que los dos obstáculos que se plantean contra la concesión de la reparación integral para los casos de contrabando han sido superados. La falta de reglamentación hace que este instituto pueda ser aplicado a cualquier clase de delito, incluido el contrabando, y el daño que produce este delito tiene, en algunos casos, un perjuicio determinable que es susceptible de una reparación económica, pese a la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido. Por ese motivo, su aplicación debería limitarse a aquellos casos en los cuales la maniobra delictiva tenga un fin meramente económico.³¹ En el caso contrario, parecería difícil, por no decir imposible, determinar el perjuicio a reparar.

III. La reparación integral en los delitos tributarios

1. La postura que rechaza la aplicación del art. 59.6 del CP en materia tributaria

Quienes rechazan la posibilidad de aplicar la reparación integral a los delitos tributarios fundamentan su postura en dos motivos. El primero de ellos es que, al igual que en el caso del contrabando, los delitos tributarios protegen un bien jurídico colectivo. En este caso, se trata de “la hacienda pública en sentido dinámico, entendida como la actividad financiera del Estado, aquella orientada a la obtención de los ingresos para hacer frente a los gastos públicos”³². Nuevamente, en

³¹ Sin embargo, existen antecedentes de los TOPE en los cuales se hizo lugar a acuerdos de reparación integral en casos de contrabando de estupefacientes (semillas de cannabis, concretamente). Véase, en ese sentido, la causa “Tinto, Nicolás Martín s/ infracción ley 22.415”, CPE 864/2020/TO1, TOPE n.º 1, 8/9/2022.

³² BORINSKY / TURANO / Rodríguez / SCHURJIN ALMENAR, *Delitos tributarios y contra la seguridad social*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020, p. 191.

esta clase de delitos la afectación no puede limitarse al patrimonio del Estado, sino que el ámbito de protección alcanza al “ingreso en términos de los recursos necesarios para hacer frente a las obligaciones diarias que le incumben al Estado (sueldos, recursos materiales; en salud, educación, justicia, seguridad, etc.)”³³.

Además de ello, en este caso se presentaría también otro obstáculo para la aplicación de la reparación integral del perjuicio: el régimen penal tributario prevé un régimen especial de extinción por pago, el del artículo 16 del RPT. Al tratarse de una ley especial, para esta postura resulta de aplicación lo previsto en el artículo 4 del CP, que establece que “[l]as disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto estas no dispusieran lo contrario”. Por lo tanto, para esta opinión, este régimen especial de extinción por reparación desplazaría al general del art. 59.6 del CP, con el cual resultaría incompatible.

Ahora bien, a falta de una disposición expresa en contrario, pues no la hay ni en la ley especial ni en los códigos de fondo y forma, quienes defienden esta posición deben demostrar por qué aplicar una forma de extinción general —como la reparación integral del perjuicio— a la ley especial que ya contiene su propio régimen de extinción por pago es sistemáticamente incoherente.

Para construir su postura, comienzan señalando que la interpretación que debe darse a la norma prevista en el artículo 4 del CP es su carácter estrictamente ordenador. Esta función se explica porque el ordenamiento represivo argentino no se limita solo a las disposiciones del Código Penal, sino que incluye leyes especiales que regulan institutos de exclusiva naturaleza penal. Así, con cita a la jurisprudencia de la CSJN, señalan que “[n]o cuadra la aplicación de las normas generales del Código Penal respecto de infracciones sancionadas por leyes especiales, según un ordenamiento jurídico que les es propio, en tanto el criterio que se debe observar resulte del sistema particular de tales leyes, de su letra y de su espíritu, sin necesidad de acudir a la remisión prevista (art. 4.º, Código Penal) (Fallos 323:1260)”.³⁴

Tras ello, destacan que la causal extintiva del artículo 16 del RPT resulta equiparable, en términos de sus consecuencias prácticas, a la reparación integral del perjuicio. Circunstancia que

³³ Ibid., p. 192.

³⁴ Voto del juez PETRONE en “[López Da Silva, Antonio s/ recurso de casación](#)”, CPE 1930/2012/TO2/5/CFC2, CFCP, Sala I, 9/5/2023. Argumentos similares a los de este voto, relacionados con la imposibilidad de realizar acuerdos de reparación integral en materia tributaria, tanto por el bien jurídico colectivo vulnerado como por el régimen especial de extinción, pueden encontrarse en los votos de los jueces HORNOS y MAHIQUES en “[Maticic, Ricardo s/ recurso de casación](#)”, CPE 575/2009/TO1/CFC4, CFCP, Sala III, 28/11/2024.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

permitiría concluir que hay un régimen que, por especialidad y oposición, desplaza al general del art. 59.6 del CP.

Asimismo, plantean que una interpretación contraria a esta postura “vaciaría de contenido al art. 16 de la normativa especial, en tanto el inc. 6 del art. 59 del C.P. exige menos requisitos a fin de extinguir la acción penal que el Régimen Penal Tributario”.³⁵ Es decir, la ausencia de requisitos específicos de la reparación integral para su configuración, dada la falta de reglamentación procesal, haría que el artículo 16 del RPT se vuelva en la práctica inoperante.³⁶

Sin embargo, como se verá más adelante, esto no es una consecuencia necesaria sino posible de aquello, dado que ambas normas podrían ser plenamente operativas y compatibles si se realiza una interpretación armónica de estas.

Finalmente, también argumentan que, a pesar de incorporar el instituto de la reparación integral a la parte general del Código Penal, no fue derogado el régimen especial del art. 16 (previsto en ese entonces en la ley 24.769) y, luego, al sancionarse la ley 27.430, se mantuvo el régimen de extinción en materia tributaria. De ello infieren que la intención del legislador habría sido que los delitos tributarios tengan un mecanismo propio de extinción por pago, pues, de lo contrario, habría sido derogado en cualquiera de esas oportunidades.³⁷

2. La postura a favor de la aplicación del art. 59.6 del CP en materia tributaria

Por su parte, quienes consideran que es aplicable la forma de extinción prevista en el art. 59.6 del CP a los delitos tributarios sostienen que, al igual que en los delitos aduaneros, a falta de una disposición expresa en contrario, no puede vedarse su aplicación sin afectar el principio de legalidad. Argumentan también que, si la intención del legislador hubiese sido la de excluir el régimen general

³⁵ Ibid.

³⁶ De acuerdo con lo previsto en el artículo 16 RPT, procederá la extinción de la acción penal “si se aceptan y cancelan en forma incondicional y total las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios, hasta los treinta (30) días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se le formula”; y, a su vez, dispone que “este beneficio de extinción se otorgará por única vez por cada persona humana o jurídica obligada”.

³⁷ Estos argumentos son los que hoy en día sostiene la CNAPE, la cual rechaza la aplicación del instituto de la reparación integral a delitos tributarios. Véase “G. A. S.A. Y M. L., C. s/ infracción ley 24.769”, CPE 975/2017/3/CA002, CNAPE, Sala A, 13/11/2020.

de extinción por pago, lo habría hecho de igual manera que lo hizo con la suspensión del juicio a prueba.

Cabe recordar aquí que, tras la reforma del art. 76 *bis* del CP mediante la ley 26.735, el legislador decidió prohibir la aplicación de la suspensión del proceso a prueba para los ilícitos previstos en las leyes 22.415 y 24.769 (art. 76 *bis*, *in fine*, del CP). Previo a esta reforma, existió en la jurisprudencia una controversia parecida al tema objeto de este trabajo. Se debatía si era, o no, aplicable la suspensión del proceso a prueba a los delitos previstos en las leyes 23.771 y 24.769, dado el régimen especial de extinción que preveían y la ausencia de una disposición expresa que lo prohibiera.

Al igual que sucede ahora con el instituto de la reparación integral del perjuicio, algunos tribunales hacían lugar a la concesión de la suspensión del proceso a prueba, mientras que otros la rechazaban con base en el régimen especial de extinción de las leyes tributarias y a lo establecido en el art. 10 de la ley 24.316 (a través de la cual se incorporó el art. 76 *bis* del CP), según el cual “[l]as disposiciones de la presente ley no alterarán los regímenes especiales dispuestos en las leyes 23.737 y 23.771”.

La cuestión habría sido finalmente resuelta en el caso “Nanut”³⁸, en el cual la CSJN remitió a la doctrina del fallo “Acosta”³⁹, es decir, consideró aplicable la suspensión del juicio a prueba a un imputado por un delito tributario. Este precedente sentado en el caso “Nanut” fue posteriormente ratificado por la propia CSJN en “Cangiaso”⁴⁰. Con base en lo ocurrido en estos antecedentes, quienes defienden la aplicabilidad de la reparación integral del perjuicio a esta clase de delitos destacan que fue necesaria una reforma legislativa para vedar la aplicación del instituto de la suspensión del proceso a prueba. Por ello, continúan, eso mismo debería suceder para poder justificar la prohibición de aplicar el art. 59.6 del CP en materia tributaria.

Esta remisión a los antecedentes jurisprudenciales relacionados con la aplicabilidad de la suspensión del proceso a prueba a los delitos tributarios puede encontrarse en el voto del juez LOSADA en el caso “Esmede”⁴¹. Sin embargo, considero que esos antecedentes de la CSJN no se

³⁸ “Nanut s/ causa n.º 7800”, CSJN, 7/10/2008.

³⁹ Fallos 331:858, CSJN, 23/4/2008.

⁴⁰ “Cangiaso, José Carlos s/ causa n.º 155/2013”, CSJN, 16/12/2014.

⁴¹ “Esmede, Juan Osvaldo s/ incidente de extinción de la acción penal”, CPE 832/2015/TO1/4, TOPE n.º 2, 6/2/2023. Pese a la homologación del acuerdo, posteriormente, cuando se declaró la extinción de la acción penal por el cumplimiento de las condiciones del acuerdo de reparación integral, la AFIP-DGI presentó un recurso de casación contra esta última

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

expidieron realmente sobre la cuestión de si el régimen especial de extinción de la acción penal previsto en las leyes tributarias (o el art. 10 de la ley 24.316) excluía, o no, la posibilidad de acceder al beneficio de la suspensión del proceso a prueba. Al remitir a la doctrina sentada en el fallo “Acosta”, los antecedentes “Nanut” y “Cangiaso” parecen haberse limitado a la cuestión sobre si resultaba aplicable la —mal llamada— *probation* a aquellos delitos que tienen una escala penal con un máximo que supera los tres años de prisión, por tratarse de supuestos distintos los establecidos en el primer y cuarto párrafo del art. 76 *bis* del CP. Por esa razón, considero que los argumentos basados en estos antecedentes no podrían servir para resolver la cuestión que aquí analizamos y, por tanto, deberían ser dejados de lado.

Los argumentos hasta aquí expuestos fueron los utilizados por el juez FORNARI en el caso “Galván”⁴². Si bien se trataba de un planteo de suspensión del proceso a prueba, en la resolución decidió rechazar su aplicación debido a la prohibición expresa contenida en el art. 76 *bis*, *in fine*, del CP, pero consideró que al caso era aplicable la reparación integral del perjuicio (art. 59.6 del CP), pues el imputado había cancelado el total de la deuda tributaria y los intereses devengados.

Respecto del bien jurídico colectivo tutelado por los delitos contra la seguridad social, manifestó que “la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido por el delito de apropiación de los recursos de la seguridad social no puede resultar impedimento —por sí solo— a los fines de la procedencia del instituto de la reparación integral del daño”. Sin embargo, destacó que “la afectación de las conductas típicas de los delitos contra la seguridad social excede del perjuicio fiscal” y, por lo tanto, consideró que “una forma idónea para reparar de manera “integral” los perjuicios que habrían causado al conjunto de la sociedad los dos hechos que forman parte del objeto procesal

resolución, al cual hizo lugar la Sala III de la CFCP, con argumentos similares a los expuestos en el punto 3.a), en “[Esmede, Juan Osvaldo s/ recurso de casación](#)”, CPE 832/2015/TO1/4/CFC5, CFCP, Sala III, 28/6/2023.

Asimismo, cabe destacar que, en el trámite del recurso de casación, el fiscal general PLEE también se pronunció en contra del acuerdo de reparación integral en su dictamen fiscal. Igual opinión sostienen el fiscal general VILLAR, la cual puede encontrarse en el precedente “[Acosta, Fernando Luis y otros s/ recurso de casación](#)”, CPE 438/2017/1/CFC1, CFCP, Sala IV, 4/7/2019, y el fiscal general DE LUCA, la cual puede encontrarse en el precedente “[Baltasar, Cristian Hernán y otro s/ recurso de casación](#)”, CPE 936/2012/TO1/6/CFC3, CFCP, Sala II, 9/11/2023. Como se desprende de estos antecedentes, la posición de los fiscales ante la CFCP es uniforme en el rechazo de la aplicación del art. 59.6, CP, en materia tributaria.

⁴² “[Galván, César Javier s/ incidente de suspensión de juicio a prueba](#)”, CPE 672/2013/TO1/3, TOPE n.º 1, 22/4/2024. También se pronunciaron a favor de la aplicación de la reparación integral del perjuicio en delitos tributarios los jueces ZABALA, en “[Baltasar, Cristian Hernán y otros s/ infracción ley 24.769](#)”, TOPE n.º 1, 27/2/2023, y PERILLI, en “[Pulars, S.A. y otros s/ infracción ley 24.769](#)”, TOPE n.º 2, 31/10/2022.

La resolución del TOPE en “Galván”, sin embargo, fue luego revocada por la CFCP en “[Galván, César Javier s/ recurso de casación](#)”, CPE 672/2013/TO1/3/CFC1, CFCP, Sala III, 19/12/2024.

resulta ser la realización de la donación a una entidad de bien público ofrecida por el imputado (en función del carácter supraindividual del bien jurídico que habría sido vulnerado)”.

Otra posición que también defiende la aplicación de la reparación integral del perjuicio en materia tributaria sostiene que la existencia del art. 16 del RPT, si bien constituye una ley especial, no necesariamente desplaza en todos los casos al régimen de extinción de la acción penal previsto en el art. 59.6 del CP. Quienes sostienen esta postura consideran que el principio *lex specialis derogat legi generali* mantiene su vigencia solamente en tanto ambas normas resultan aplicables al caso. Es decir, si se dan las condiciones para aplicar el art. 16 del RPT este, en razón de su especialidad en la materia, desplaza al régimen general del art. 59.6 del CP.⁴³

Sin embargo, tal como señala el fiscal PÉREZ BARBERÁ en su dictamen en la causa “Esmede”⁴⁴, quien sostiene esta postura, “el principio *lex specialis derogat legi generali* no significa que, si existe una disposición más específica sobre un supuesto de hecho, la más general queda ‘derogada’, sin más. Significa, únicamente, que deberá aplicarse la ley especial en lugar de la general. Pero, naturalmente, siempre que se den los requisitos de aplicación propios de la ley especial. Si estos, en cambio, no concurren, la consecuencia no será la no aplicación de la ley más general (como si esta hubiese sido ‘derogada’), sino, al contrario, su aplicación, en tanto en el caso concreto concurren sus requisitos”.

En cuanto a la cuestión del perjuicio a reparar, PÉREZ BARBERÁ considera que el daño causado no es equivalente solamente al perjuicio económico producido al erario público en términos fiscales por lo evadido. Esto porque, al igual que en los delitos aduaneros, el delito en cuestión involucra bienes jurídicos colectivos, aunque con contenido patrimonial, y con víctimas difusas. Por lo tanto, para la cuestión del perjuicio a reparar y las condiciones para celebrar estos acuerdos, el fiscal general realiza consideraciones similares a las ya expuestas en el análisis del delito de contrabando, que no es necesario reiterar en esta parte.

De una u otra manera, estas posturas logran justificar la posibilidad de aplicar el instituto de la reparación integral a los delitos tributarios, sorteando el obstáculo del art. 16 del RPT, o mejor dicho, las hacen compatibles. La primera de las posiciones analizadas es más radical, en tanto señala

⁴³ BORINSKY / TURANO / Rodríguez / SCHURJIN ALMENAR, *Delitos tributarios y contra la seguridad social*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020, p. 485.

⁴⁴ Dictamen fiscal de fecha 14/02/2023 en la causa “Esmede, Juan Osvaldo s/ incidente de extinción de la acción”, CPE 832/2015/TO01/4, TOPE n.º 2.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

que el régimen de extinción del art. 59.6 del CP puede aplicarse de cualquier manera e independientemente de lo previsto por el régimen especial de extinción en materia tributaria. La segunda posición, en cambio, busca una interpretación armónica de ambos preceptos, que respete la especialidad del art. 16 del RPT y solo admita la aplicación del art. 59.6 del CP cuando no sea procedente la aplicación del régimen especial que prevé el RPT.

3. Análisis de las posturas

La falta de una disposición expresa que prohíba la utilización de la reparación integral en delitos tributarios hace que la carga de la argumentación recaiga sobre aquellos que pretenden vedar la aplicación del instituto. Por lo tanto, corresponde analizar en primer lugar los fundamentos que dan quienes se oponen a la operatividad del art. 59.6 del CP en los delitos tributarios.

La argumentación de esta postura podría resumirse de la siguiente forma: a) el RPT prevé un régimen especial de extinción de la acción penal por reparación que, de acuerdo con lo establecido por el art. 4 del CP, desplaza al régimen general de extinción por reparación previsto en la parte general del CP; b) la equivalencia en las consecuencias jurídicas entre el art. 16 del RPT y el art. 59.6 del CP haría que el primero se vuelva inoperante, ya que exige más requisitos para su configuración y, por lo tanto, se desnaturalizaría el sistema especial de extinción diseñado por el legislador en materia penal-tributaria; c) la intención del legislador es que exista un mecanismo especial de extinción de la acción penal por reparación en los delitos tributarios, en tanto este régimen se mantuvo al incorporarse la reparación integral del perjuicio al CP, así como cuando se sancionó la última reforma tributaria, mediante la ley 27.430.

El punto a) es evidentemente cierto: el RPT contiene una forma especial de extinción de la acción penal por pago. Ahora bien, de ello no se deriva que no puedan ser aplicables otras formas de extinción por pago. De hecho, esto sucede, por ejemplo, con las leyes de regularización de obligaciones tributarias, como las leyes 27.541, 27.653 y 27.743, que también prevén la extinción de la acción penal en caso de que se cancelen las deudas producto de las obligaciones evadidas. En estos supuestos no se discute a la hora de su aplicación la existencia de un régimen especial de extinción de la acción penal, como sí ocurre con la reparación integral del perjuicio.

Por otro lado, de acuerdo con el argumento b), la reparación integral no sería aplicable en esta materia, porque, de serlo, haría virtualmente inoperante al art. 16 del RPT. Ello, como ya se dijo, porque la falta de la regulación procesal del art. 59.6 del CP haría que los requisitos para su

configuración sean menores que los del régimen especial del RPT, a pesar de sus idénticas consecuencias jurídicas.

Sin embargo, la pretendida inaplicabilidad práctica del art. 16 del RPT dependerá de la forma en que se realicen los acuerdos de reparación integral. A la hora de analizar las condiciones para celebrar los acuerdos, los representantes del Ministerio Público Fiscal (MPF, en adelante) podrían considerar que las personas imputadas por la comisión de delitos tributarios tuvieron la oportunidad de regularizar de manera espontánea su situación mediante el pago de las obligaciones evadidas. Como consecuencia de esto, para celebrar un acuerdo podrían exigir mayores condiciones que las previstas en el art. 16 del RPT. Por ejemplo, tener en cuenta los gastos que implican la investigación y el proceso judicial, o establecer algún tipo de donación a una entidad de bien público, que haga a la integralidad de la reparación, teniendo en cuenta que el daño de este tipo de delitos excede la mera recaudación fiscal.

Un reciente fallo de la CFCP parece ir en línea con lo aquí sostenido, respecto de que la reparación integral del perjuicio en los delitos tributarios exigiría “algo más” que el pago de las obligaciones tributarias y sus intereses.

En el caso “Prinos”⁴⁵, la Sala IV de la CFCP hizo lugar al recurso de la querella (AFIP-DGI y AFIP-DGRSS, en ese entonces), presentado contra la resolución que había declarado la extinción de la acción penal en un caso tributario en los términos del art. 59.6 del CP. Este precedente resulta interesante porque en el voto del juez CARBAJO, al cual adhirió el juez BARROETAVEÑA, se sostuvo la aplicabilidad de la reparación integral para los ilícitos tributarios, pero se hizo lugar al recurso de la querella porque la reparación no había sido suficiente como para ser considerada integral. En la sentencia, el juez CARBAJO manifestó que:

“En el particular caso de autos, y de conformidad con lo señalado por la querella, considero que no basta con haber cancelado los montos adeudados, más sus intereses, para tener por satisfecha la reparación integral del daño... Es que el perjuicio derivado de la comisión de un delito tributario —como la apropiación indebida de los recursos de la seguridad social— no se limita exclusivamente a la suma defraudada, sino que comprende el normal mantenimiento

⁴⁵ “[Prinos, Patricia Vilma María s/ recurso de casación](#)”, CPE 972/2016/TO3/CF2, CFCP, Sala IV, 5/11/2024.

del flujo de ingresos y egresos de la hacienda pública... Desde esa perspectiva, la resolución del caso mediante la aplicación de tal vía resolutoria, tal como aparece en la decisión recurrida, demandaba un examen riguroso de la extensión del daño y de los rubros indemnizatorios enfocado en el delito examinado”.

No voy a ocuparme aquí de definir cuáles son las condiciones necesarias que deben darse para poder afirmar que una reparación es verdaderamente integral en los delitos tributarios. Sin embargo, es importante señalar que no es cierto que la aplicación de la reparación integral del perjuicio vuelva virtualmente inoperante al régimen de extinción de la acción penal por pago del RPT. Ello dependerá de la forma en que se realicen esos acuerdos y de una aplicación eficiente del régimen general de extinción de la acción penal por parte de los representantes del MPF, que tenga en cuenta las particularidades de los delitos tributarios y de su régimen especial de extinción. Por lo pronto, no puede obviarse que estos acuerdos parecerían exigir “algo más” que la cancelación de las obligaciones aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios.

En cuanto al punto c), es decir, el postulado que afirma que la intención del legislador al no derogar el art. 16 al momento de sancionar la ley 27.430 fue la de mantener un régimen especial de extinción para los delitos tributarios, bastan unas breves consideraciones para criticar la pretendida fortaleza de este argumento.

Así como puede argumentarse que hay una clara voluntad del legislador de mantener un régimen especial de extinción por pago para los delitos tributarios, dado que se mantuvo a lo largo de una sucesión de leyes en el tiempo, tampoco puede desconocerse que el legislador, cuando ha querido vedar la aplicación de un instituto a determinados delitos, lo ha hecho de manera expresa. Sin ir más lejos, así lo hizo con la suspensión del proceso a prueba para los ilícitos tributarios y aduaneros.

Si la imprevisión del legislador no se supone, ¿por qué habría que asumir, ante la falta de una disposición expresa en contrario, que también quiso vedar la aplicación del instituto de la reparación integral a estos delitos? Acaso, ¿no debería tenerse en cuenta también que “[l]os jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social” (art. 22 del CPPF)?

Recurrir a la intención del legislador es, en los casos en que la letra de la ley no es clara —o simplemente inexistente—, un recurso interpretativo poco fiable, que puede ser utilizado para sostener cualquiera de las posturas.⁴⁶ Por lo tanto, este argumento no tiene mucho peso en la discusión, especialmente si se tiene en cuenta que está siendo utilizado como un recurso para una interpretación contraria a los derechos de la persona imputada, al privarla de la posibilidad de acceder a una causa de exclusión de la punibilidad.

Ahora bien, en cuanto al análisis de las posturas a favor de la aplicación de la reparación integral del perjuicio a los delitos tributarios, me parece que la que mejor resuelve la situación es la que establece que el art. 16 del RPT desplaza la norma general del art. 59.6 del CP solo en caso de que se den las condiciones para su aplicación. De esa manera, se respeta la especialidad del régimen de extinción de la acción penal previsto por el RPT y se evita el riesgo de que existan acuerdos de reparación integral que, estando vigente el art. 16 del RPT, concedan mejores condiciones que las allí previstas.

Sin embargo, considero que a esta postura debería agregarse una limitación. Esta sería que, al momento de celebrar acuerdos de reparación integral del perjuicio en materia tributaria, deberían exigirse mayores condiciones que las previstas en el art. 16 del RPT. En el caso contrario, la posibilidad de conceder acuerdos de reparación integral con mejores condiciones que las previstas en el régimen especial de extinción de la acción penal en materia tributaria podría en efecto volver inoperante a este último. Por lo tanto, una vez que no se den las condiciones para la aplicación del art. 16 del RPT dependerá de los representantes del MPF llevar a cabo acuerdos en el marco del art. 59.6 del CP con condiciones que no desnaturalicen al régimen especial de extinción de la acción penal.

⁴⁶ A favor de quienes sostienen que no procede la reparación integral del perjuicio en delitos tributarios, también podría argumentarse que, al prohibir la suspensión del juicio a prueba a los ilícitos tributarios y aduaneros, la intención del legislador es que, en esta clase de delitos, no puedan aplicarse criterios de oportunidad que lleven a una exención de la acción penal. De hecho, en el proyecto de ley que finalmente derivó en la sanción de la ley 26.735, el diputado ALBRIEU, miembro informante del dictamen de mayoría de las comisiones de Legislación Penal y de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación, manifestó que “La señora presidenta ha dicho claramente que aquellas personas que no cumplan con sus obligaciones tributarias deben sufrir las sanciones penales correspondientes sin ningún tipo de exención ni posibilidad de liberarse de tales acciones. Es por ello que este dictamen de mayoría excluye toda posibilidad de exención de la acción penal o de suspensión del proceso a prueba en el caso de los delitos tributarios, en consonancia con la opinión de la señora presidenta de la Nación, que compartimos plenamente”. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 13.^a Reunión – Continuación de la 1.^a Sesión Extraordinaria —Especial—; diciembre 15 de 2011, Período 129.º; p. 193, primera columna).

IV. Conclusión

Del análisis realizado a lo largo del trabajo respecto al instituto de la reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios, es posible concluir que resulta aplicable en ambos casos. En los delitos aduaneros, se demostró por qué la objeción con base en la naturaleza colectiva del bien jurídico tutelado debe ser dejada de lado, así como también se destacó que la ausencia de reglamentación del instituto y su aplicación permite afirmar que no se encuentra limitada a delitos de contenido netamente patrimonial o con una víctima individual y determinada.

También se desarrollaron las condiciones para poder realizar, en delitos que hayan tenido un claro contenido patrimonial, una reparación que sea integral. Sin embargo, la dificultad de establecer condiciones para la reparación en aquellos delitos que no lo tengan sí parece ser un obstáculo para la aplicación de este instituto.

En cuanto a los delitos tributarios, la conclusión fue que resulta preferible una interpretación que respete la especialidad del régimen de extinción de la acción penal previsto en el art. 16 del RPT, así como también la vigencia del art. 59.6 del CP, el cual, a falta de una disposición expresa en contrario, resulta plenamente operativo. Así, mientras se den las condiciones de aplicación de la ley especial, esta desplaza a la ley general. Pero, si no se dan esas condiciones, nada obsta a que se utilice la forma general de extinción prevista en el art. 59.6 del CP.

Sin embargo, también se advirtió que deberán tenerse en cuenta ciertas condiciones a la hora de realizar los acuerdos de reparación integral, para así evitar desnaturalizar el régimen de extinción de la acción penal previsto en la ley especial y que no se vuelva inoperante en la práctica. La reparación integral, en estos casos, parece exigir algo más que la cancelación de la deuda tributaria y los intereses correspondientes. En algunos precedentes judiciales, las donaciones a entidades de bien público fueron consideradas como una herramienta adecuada para reparar el daño social causado por estos delitos.

Más allá del análisis realizado, en la jurisprudencia puede observarse una tendencia por parte de los TOPE a resolver a favor de la aplicación del instituto de la reparación integral, ya sea para delitos aduaneros o tributarios,⁴⁷ mientras que, por otro lado, la CNAPE y la CFCP, de forma

⁴⁷ Prácticamente todos los jueces actuales de los TOPE consideran que se encuentra vigente y que es aplicable la reparación integral a esta clase de delitos o hacen lugar a los acuerdos celebrados entre las fiscalías y las personas imputadas por razones derivadas de los principios del sistema acusatorio. Para resoluciones en este último sentido: “Vallejos Cáceres, Ignacio s/

mayoritaria, se pronuncian en contra de la reparación integral en materia tributaria, ya sea por razones de especialidad o porque las reparaciones sometidas a estudio no son consideradas “integrales”. En materia aduanera, en cambio, hay precedentes de la CFCP a favor del uso de la reparación integral del perjuicio.

Todo parece indicar que la reparación integral se presenta para las fiscalías, defensas y los tribunales orales como un mecanismo adecuado para resolver las causas en trámite. Mediante este instituto, además de obtener un resarcimiento económico por los delitos investigados y permitir seleccionar los casos en los cuales centrar los recursos y las investigaciones, se puede evitar llevar a cabo juicios orales de causas que llevan muchos años de tramitación e investigaciones complejas, así como también la imposición de penas de cumplimiento efectivo.

Esto último no solo se encuentra respaldado, por ejemplo, por la baja, o prácticamente nula, cantidad de condenas de cumplimiento efectivo en los delitos tributarios⁴⁸, sino que también es posible encontrar en la jurisprudencia del fuero soluciones jurídicas “adaptadas” para no imponer condenas de cumplimiento efectivo. Pruebas de ello son casos en los cuales los TOPE condenaron con penas por debajo de los mínimos legales⁴⁹, concedieron la suspensión del proceso a prueba pese a su prohibición expresa⁵⁰ e, incluso, declararon la inconstitucionalidad del art. 26 del CP⁵¹.

Tal como he intentado mostrar en este trabajo, la aplicabilidad del instituto de la reparación integral del perjuicio en materia aduanera y tributaria está lejos de ser clara y uniforme. Para

infracción ley 24.769”, CPE 1085/2018/TO1, TOPE n.º 3, 18/3/2025 y “Rueda Vigabriel, Rosa s/ infracción ley 22.415”, CPE 82/2021/TO1, TOPE n.º 1, 28/5/2024.

⁴⁸ De un relevamiento que realicé de las sentencias definitivas de los TOPE en los años 2022, 2023 y 2024 en el buscador de jurisprudencia del CIJ solo pude encontrar un imputado condenado a una pena de cumplimiento efectivo por delitos tributarios: Lázaro Antonio Báez, condenado a 3 años y 6 meses de prisión en “Austral Construcciones S.A. y otros s/ infracción ley 24.769”, CPE 536/2016/TO1, TOPE n.º 3, 27/6/2024.

⁴⁹ Por citar algunos ejemplos, véanse:

“Belichoff, Jorge Manuel y otros s/ inf. ley 24.769”, FRO 18651/2013/TO1, TOPE n.º 2, 10/5/2023; “Simmermacher, Jorge Augusto Carlos y otros s/ Asociación ilícita, Asociación ilícita fiscal y evasión agravada tributaria”, FSM 5673/2013/TO1, TOPE n.º 2, 28/2/2024; y “Frega, Liliana Ester y otros s/ infracción ley 24.769”, CPE 1320/2008/TO1/CFC1, TOPE n.º 3, 18/4/2024.

⁵⁰ “Bianchetti, Emilio Walter s/ suspensión del proceso a prueba”, CPE 1884/2017/TO1/5, TOPE n.º 2, resolución de fecha 23/8/2023, donde se concedió la suspensión del juicio a prueba con oposición fiscal y sin declarar la inconstitucionalidad del art. 76 bis, in fine, CP; “Grabriele, Juan Ignacio y otro s/ infracción ley 24.769”, CPE 1683/2017/TO1, TOPE n.º 3, 30/9/2022; y “Deng, Shunzao s/ infracción ley 24.769”, CPE 1759/2016/TO1, TOPE n.º 1, 5/12/2023, entre muchos otros.

⁵¹ “Simmermacher, Jorge Augusto Carlos y otros s/ infracción ley 22.415”, CPE 530/2015/TO6, TOPE n.º 2, 28/2/2024 y “Magré, Mariano Andrés y otros s/ inf. ley 22.415”, CPE 141/2008/TO1, TOPE n.º 1, 13/6/2024.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

visibilizar este problema, aquí se expusieron algunas de las posiciones de la jurisprudencia a favor y otras en contra de ello, así como también se mencionaron algunos problemas que lleva aparejada la utilización de este mecanismo en ambos ámbitos. En el fondo, está claro que se trata de una decisión de política criminal y que, como tal, no debería quedar librada al criterio del funcionario público al que corresponda intervenir.⁵²

Por estos motivos, resultaría conveniente que desde la Procuración General de la Nación se establezca mediante una resolución general algún tipo de guía o parámetro de actuación para la concesión del instituto. En el caso de la conciliación, por ejemplo, a través de la Resolución PGN n.º 92/2023⁵³ se dieron pautas a los fiscales para su intervención en los trámites de los acuerdos conciliatorios. Sin embargo, todavía no existe una resolución similar en relación con la reparación integral del perjuicio.

Con la plena entrada en vigencia del CPPF en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal Económico, prevista para este año⁵⁴, se presenta una buena oportunidad para definir estrategias para una persecución penal eficaz en esta clase de delitos, entre estas, resolver la cuestión de la aplicación de la reparación integral del perjuicio en materia aduanera y tributaria.

⁵² De todas formas, incluso en casos en que la norma es lo suficientemente clara, como en el caso de la prohibición de la suspensión del juicio a prueba a los ilícitos tributarios y aduaneros, se puede ver cómo se sortea esta prohibición mediante interpretaciones “razonables” de la norma, basadas, precisamente, en razones de política criminal. Independientemente de la opinión que se pueda tener sobre la conveniencia de una prohibición absoluta como la prevista por el art. 76 bis, *in fine*, del CP, esto, a mi criterio, constituye un error, porque confunde las funciones propias del poder legislativo con la tarea que le compete a los jueces y fiscales.

En un reciente dictamen ante la CSJN, el Procurador General de la Nación se ha expedido en contra de la interpretación que hacen fiscalías y tribunales de que la prohibición del art. 76 bis, *in fine*, del CP no es absoluta y manifestó que “el límite para la suspensión del juicio a prueba establecido en el artículo 76 bis del Código Penal comprende todos los delitos previstos en la ley 24.769 y sus modificatorias, sin distinción”. (Dictamen PGN en “Recurso queja n.º 1 — Incidente n.º 1 — Bianchetti, Emilio Walter s/ incidente de recurso extraordinario”, CPE 1884/2017/TO1/5/1/1/RH1, CSJN, 27/3/2025).

Sin embargo, esta práctica de conceder la suspensión del proceso a prueba en delitos aduaneros y tributarios puede tomarse como un indicio de que a las fiscalías y tribunales orales les faltan herramientas jurídicas para poder gestionar las causas en trámite. Con la prohibición absoluta de la suspensión del proceso a prueba, a aquellos fiscales que adopten la postura de que la reparación integral no resulta aplicable a esta clase de delitos no les quedaría más alternativa que la pena como solución del conflicto, ya sea mediante un juicio abreviado o un debate oral y público.

⁵³ <https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2023/PGN-0092-2023-001.pdf>

⁵⁴ Por medio de la Resolución n.º 143/2025 del Ministerio de Justicia de la Nación se dispuso la plena entrada en vigencia del CPPF en la jurisdicción correspondiente a la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal Económico a partir del 11 de agosto del 2025.

V. Bibliografía

1. Doctrina

- ALCHOURRÓN, Carlos E. / BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal. Tomo IV: Teoría del proceso composicional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018.
- BORINSKY, Mariano H. / TURANO, Pablo N. / Rodríguez, Magdalena / SCHURJIN ALMENAR, Daniel, *Delitos tributarios y contra la seguridad social*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020.
- BORINSKY, Mariano H. / TURANO, Pablo N. / SCHURJIN ALMENAR, Daniel, *El delito de contrabando. Tomo I. Doctrina*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2022.
- CAFFARO, Fabián M., “La reparación integral del perjuicio como causal de extinción de la acción penal en el delito de contrabando”, en *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 10/2021, Buenos Aires, Erreijs.
- LEDESMA, Ángela E., “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del código penal”, en *Pensar en Derecho*, n.º 13, 12/2018, Buenos Aires.
- MAIER, Julio B. J., “El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal argentino”, en MAIER / BINDER (comps.), *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal, t. I: Fundamentos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.
- MAIER, Julio B. J. / BOVINO, Alberto, “Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771 ¿El ingreso al Derecho penal de la reparación como tercera vía?”, en MAIER (dir.), *Delitos no convencionales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1994.

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

PASTOR, Daniel R., “La introducción de la reparación integral del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino”, en *DPI*, n.º 81, Buenos Aires, 2015.

PASTOR, Daniel R., “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en LASCANO (dir.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus ROXIN*, Córdoba, 2001.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2.ª ed., trad. de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y otros, Madrid, Civitas, 1997.

SANCINETTI, Marcelo A., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?”, en *El Dial — Biblioteca Jurídica online*, Buenos Aires, 8/3/2010.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, 46.ª ed., trad. de Raúl PARIONA ARANA, Lima, Instituto Pacífico, 2018, pp. 4 y s.

2. Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1.º párrafo ley 23.737”, Fallos 331:858, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6424841&cache=1740412610798>

“Cangiaso, José Carlos s/ causa n.º 155/2013”, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7174381>

“Legumbres S.A. y otros s/ contrabando”, Fallos 312:1920, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=94>

“Nanut, Daniel s/ causa n.º 7800”, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=654773&cache=1740412461206>

“Price, Brian Alan y otros s/ homicidio simple”, Fallos 344:1952,
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7679841&cache=1740622764421>

Cámara Federal de Casación Penal

“Acosta, Fernando Luis y otros s/ recurso de casación”, CPE 438/2017/1/CFC1, CFCP, Sala IV, sentencia del 4/7/2019, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-b5bd06d6-f7db-4813-9f44-be0952c888f4.pdf>

“Baltasar, Cristián Hernán y otro s/ recurso de casación”, CPE 936/2012/TO1/6/CFC3, CFCP, Sala II, 9/11/2023, <https://www.cij.gov.ar/doc/d/sentencia-SGU-eff4d79c-6232-40c0-b24f-688871c9c980.pdf>

“Chiozzi, Osvaldo y otro s/ legajo de casación”, CPE 299/2011/TO01/8, CFCP, Sala III, 28/9/2022, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-c20f48c8-8fc9-475b-a9ed-0456fc52a843.pdf>.

“Demarco, Fabián Humberto y otros s/ recurso de casación”, CPE 1373/2014/TO1/8/1/CFC4, CFCP, Sala IV, 13/12/2021, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-72cf8004-e8d4-4e80-bc74-482485787fbc.pdf>.

“Endendijk, Marcela Elizabeth y otros sobre infracción art. 302”, CCC 72295/2015/TO1/CFC1, CFCP, Sala II, 22/10/2020, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-aff049dc-9871-494b-b96a-b61a21362e33.pdf>

“Esmede, Juan Osvaldo s/ recurso de casación”, CPE 832/2015/TO1/4/CFC5, CFCP, Sala III, 28/6/2023, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-1c8be308-26b8-45cc-8254-988e7b25ca8d.pdf>

“Galdo, Carlos Alberto y otros s/ recurso de casación”, CFP 14221/2015/TO1/CFC2, CFCP, Sala IV, sentencia del 1/6/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-430b2953-e64d-4b69-838a-81b89a28d904.pdf>

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

“Galván, César Javier s/ recurso de casación”, CPE 672/2013/TO1/3/CFC1, CFCP, Sala III, 19/12/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-b7487929-58a6-4535-8839-eddde9f1c74b.pdf>

“López Da Silva, Antonio s/ recurso de casación”, CPE 1930/2012/TO2/5/CFC2, CFCP, Sala I, 9/5/2023, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-874053d9-ab77-4d4e-bcda-373b8fbcce70.pdf>.

“Maticic, Ricardo s/ recurso de casación”, CPE 575/2009/TO1/CFC4, CFCP, Sala III, 28/11/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-c31c91d5-7726-456b-a8bb-007571c1bc69.pdf>

“Prinos, Patricia Vilma María s/ recurso de casación”, CPE 972/2016/TO3/CF2, CFCP, Sala IV, 5/11/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-024028ae-5bc1-4c22-8d12-b35a2c87bfc9.pdf>.

“Sanatorio Nuestra Señora del Pilar SA y otro s/ recurso de casación”, CPE 649/2017/TO1/CFC1, CFCP, Sala I, 13/3/2020, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-470f912d-515f-4575-8e66-8166ec83f311.pdf>

“Torres, Aníbal s/ recurso de casación”, FCR 52019408/2013/14/CFC3, CFCP, Sala IV, 26/10/2022, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-6ae087cb-a16e-44d3-88e4-89a97de75a52.pdf>.

“Villalobos, Gabriela Paola y otro s/ defraudación e infracción ley 20.974”, CCC 25020/2015/TO1/CFC1, CFCP, Sala IV, 29/8/2017, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-87456da8-e45f-4f24-b03c-87a2afa9eed0.pdf>.

Jurisprudencia del fuero penal económico de la CABA

“Austral Construcciones S.A. y otros s/ infracción ley 24.769”, CPE 536/2016/TO1, TOPE n.º 3, 27/6/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-b5bb91b7-d5ab-4e37-bc47-450d2395109c.pdf>

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año XI, número 21 (2025), pp. 13-44.

- “Baltasar, Cristian Hernán y otros s/ infracción ley 24.769”, TOPE n.º 1, 27/2/2023, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-434e22e9-f9c7-41e0-87c7-a78cf82374c7.pdf>
- “Belichoff, Jorge Manuel y otros s/ inf. ley 24.769”, FRO 18651/2013/TO1, TOPE n.º 2, 10/5/2023, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-8cfc42cc-e4e2-4aa7-80c7-523a7a32924c.pdf>
- “Bianchetti, Emilio Walter s/ suspensión del proceso a prueba”, CPE 1884/2017/TO1/5, TOPE n.º 2, 23/8/2023, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-fa9cb928-6ea4-423a-96b9-069651be1736.pdf>
- “Deng, Shunzao s/ infracción ley 24.769”, CPE 1759/2016/TO1, TOPE n.º 1, 5/12/2023, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-1d87e744-7e91-47ce-881e-f5fa57ce6c1b.pdf>
- “Frega, Liliana Ester y otros s/ infracción ley 24.769”, CPE 1320/2008/TO1/CFC1, TOPE n.º 3, 18/4/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-49c1d081-226f-4218-9f21-8217851b4b21.pdf>
- “G. A. S.A. Y M. L., C. s/ infracción ley 24.769”, CPE 975/2017/3/CA002, CNAPE, Sala A, 13/11/2020, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-23c5b3cf-5c0c-4901-b309-8e7d3cf3a99f.pdf>
- “Gadaleta, Ignacio Vicente y otros s/ actuaciones complementarias”, CPE 1477/2010/TO1/1, TOPE n.º 3, 2/6/2023, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-8038d304-b393-4538-8802-385e4aca1a06.pdf>
- “Galván, César Javier s/ incidente de suspensión de juicio a prueba”, CPE 672/2013/TO1/3, TOPE n.º 1, 22/4/2024, <https://www.cij.gov.ar/m/d/sentencia-SGU-f15e5f25-2a65-46b7-b2f2-330f7bd43ba2.pdf>
- “Grabriele, Juan Ignacio y otro s/ infracción ley 24.769”, TOPE n.º 3, 30/9/2022, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-4ca33053-5188-4870-b8ed-ef043b1b06cb.pdf>

KINGSTON (2025), “La reparación integral del perjuicio en los delitos aduaneros y tributarios”, pp. 13-44.

“Esmede, Juan Osvaldo s/ incidente de extinción de la acción penal”, CPE 832/2015/TO1/4, TOPE n.º 2, resolución del 6/2/2023, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-a6a1ecb4-9e21-4a11-8952-4cf95014c673.pdf>

“Magré, Mariano Andrés y otros s/ inf. ley 22.415”, CPE 141/2008/TO1, TOPE n.º 1, 13/6/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-850c7c55-a025-401f-a9c9-e1eeb6c4ebca.pdf>

“Maidana, Gustavo Daniel s/ inf. ley 22.415”, CPE 424/2021/TO1, TOPE n.º 2, 7/12/2023, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-571f09ba-ca9b-4cfa-a5c1-edbd2f4a3de9.pdf>

“Pulars S.A. y otros s/ infracción ley 24.769”, TOPE n.º 2, 31/10/2022, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-183cf82a-9366-42c8-bb99-136b230ee881.pdf>

“Rueda Vigabriel, Rosa s/ infracción ley 22.415”, CPE 82/2021/TO1, TOPE n.º 1, 28/5/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-7b833c17-9484-4b54-a7a8-b8243c2da9ea.pdf>

“Simmermacher, Jorge Augusto Carlos y otros s/ Asociación ilícita, Asociación ilícita fiscal y evasión agravada tributaria”, FSM 5673/2013/TO1, TOPE n.º 2, 28/2/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-0fc796b5-d877-485f-8766-cdbc1855624a.pdf>

“Simmermacher, Jorge Augusto Carlos y otros s/ infracción ley 22.415”, CPE 530/2015/TO6, TOPE n.º 2, 28/2/2024, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-0b322e0a-cb6b-4646-8c35-c9a853a1ce66.pdf>

“Tinto, Nicolás Martín s/ infracción ley 22.415”, CPE 864/2020/TO1, TOPE n.º 1, 8/9/2022, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-9e868e83-9731-4182-a375-ee01b93e51ca.pdf>

“Vallejos Cáceres, Ignacio s/ infracción ley 24.769”, CPE 1085/2018/TO1, TOPE n.º 3, 18/3/2025, <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-05f006b7-1854-4291-af17-fbc42bd13eaf.pdf>

DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: UNA CATEGORÍA LEGÍTIMA Y NECESARIA^{*}

Agustina SZENKMAN^{**}

Fecha de recepción: 8 de mayo de 2025
Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2025

Resumen

La finalidad principal de este trabajo consiste en establecer la legitimidad y la necesidad de los denominados delitos de infracción de deber. Para ello, comenzaré por determinar en qué consisten y cuál ha sido su evolución doctrinaria más destacada, esto es, en función de la postura de sus principales exponentes, desde sus orígenes hasta la actualidad. Una vez aclarada la cuestión conceptual, presentaré las principales críticas a las que fue expuesta esa teoría y, a partir de ello, brindaré mi punto de vista sobre la necesidad de esta categoría y su compatibilidad con el Código Penal argentino. Al mismo tiempo, una vez abordadas las cuestiones teóricas relativas a esta doctrina, precisaré algunas implicancias teóricas y prácticas especialmente relacionadas con las formas de intervención delictiva. Finalmente, y ya afirmada su legitimidad y necesidad, analizaré qué clase de vinculación tienen, si es que alguna, los delitos de infracción de deber y los delitos especiales. Para realizar esta empresa, como es de esperarse, me detendré, aunque brevemente, en algunas particularidades de los últimos.

Palabras clave: Delitos de infracción de deber – Deber extrapenal – Instituciones – Delitos especiales

Title: *Crimes of breach of duty: a legitimate and necessary category*

Abstract

^{*} Este artículo es una versión resumida de la tesis presentada en el marco de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de San Andrés, la cual obtuvo la calificación máxima y fue dirigida por Alejandra Verde, a quien le agradezco sus comentarios y aportes para la elaboración de este trabajo. No quiero dejar de agradecerle a Marcelo Lerman por la lectura posterior del texto.

^{**} Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UdeSA). Maestranda en Derecho Penal (UdeSA). Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de San Andrés.

The main purpose of this paper is to establish the legitimacy and the necessity of the so-called crimes of breach of duty (*Pflichtdelikte*). To that end, I will begin by determining what they consist of and what their most significant doctrinal development has been, that is, in light of the positions of their main proponents, from their origins to the present day. Once the conceptual question has been clarified, I will set out the main objections to which that theory has been exposed, and, on that basis, I will offer my own view on the necessity of this category and its compatibility with the Argentine Criminal Code. At the same time, once the theoretical questions concerning this doctrine have been addressed, I will specify some theoretical and practical implications, particularly related to the forms of criminal participation. Finally, having affirmed its legitimacy and necessity, I will analyze what kind of connection, if any, exists between crimes of breach of duty and special offenses. To carry out this undertaking, as is to be expected, I will dwell on some particularities of the latter..

Keywords: Crimes of breach of duty – Extra-criminal duty – Institutions – Special offenses

Sumario: I. Introducción; II. Delitos de infracción de deber; III. Consecuencias teórico-prácticas de la aceptación de la teoría de los delitos de infracción de deber; IV. Delitos especiales; V. Conclusión; VI. Bibliografía

I. Introducción

A fin de delimitar las formas de intervención en un suceso, la doctrina mayoritaria recurre a la teoría del dominio del hecho¹, según la cual es esencial establecer quién “domina el acontecer que conduce a la realización del delito”².

¹ Algunos autores consideran que el dominio del hecho es un criterio válido no solo para determinar la autoría, sino del contenido del injusto de toda clase de delitos, es decir, también de los delitos especiales. Así, SCHÜNEMANN, GARCÍA MARTÍN y RUEDA MARTÍN (GÓMEZ MARTÍN, “Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal español”, en ROBLES PLANAS (dir.), La responsabilidad en los “delitos especiales”, Buenos Aires, BdeF, 2022, p. 156 y s.). Hay quienes adoptan una postura crítica en relación con la teoría del dominio del hecho como forma de establecer la autoría. Al respecto, véase FALCONE, Andrés, *La caída del dominio del hecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

² ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2003, p. 69. En este sentido, lo decisivo para la autoría es “si, y en qué medida, el interviniente individual, de acuerdo con la forma y a la relevancia de su contribución objetiva al hecho, así como a causa de la intervención de su voluntad, domina o domina conjuntamente la realización del tipo, así como la forma en la que esta ocurre de un modo tal que el resultado aparece (también) como obra de su voluntad orientada al objetivo como hecho configurado por su voluntad”, WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Derecho penal. Parte general*, 46.ª ed., Lima, Instituto Pacífico, 2018, p. 363.

La teoría de los delitos de infracción de deber surge para solucionar una situación que se manifiesta en el ámbito de la autoría y la participación que no puede ser resuelta adecuadamente desde el criterio del dominio del hecho. Cuando un tipo penal exige una determinada característica para ser autor, se generan ciertos problemas frente a cualquier intervención delictiva conjunta en la que una persona tiene la calidad requerida por la norma para ser autora y otra no³.

El presente trabajo busca ofrecer una descripción sobre la evolución de la teoría de los delitos de infracción de deber y el estado actual de la cuestión, tanto en el derecho comparado como en Argentina, pues la temática, si bien presenta un problema teórico de gran abstracción, también reviste especial importancia práctica para la jurisprudencia. Piénsese, por ejemplo, que los casos de corrupción son delitos de infracción de deber.

Comenzaré por explicar, brevemente, qué se entiende por delitos de infracción de deber. Por cuestiones de espacio, me concentraré en las concepciones de los autores más reconocidos que trabajaron el tema, sin desconocer que existen otros que también abordan la temática.

En gran medida, haré referencia a autores alemanes o españoles. Al respecto, he tenido en cuenta no solo su trayectoria en el tratamiento de los delitos de infracción de deber, lo que por sí solo sería razón suficiente para justificar esta decisión, sino también que no puede soslayarse que la tradición europeo-continental es la base de la legislación argentina y que esto es especialmente marcado en derecho penal.

En este ámbito es fundamental conocer las ideas de ROXIN, a quien se le atribuye la “creación” de la categoría en estudio. Asimismo, resulta esencial mencionar la postura de JAKOBS, ya que este autor ha contribuido enormemente a la evolución de esta teoría y a la precisión de algunas de sus nociones más elementales, como se verá más adelante. A su vez, expondré algunas de las opiniones

³ Véase el caso de dos sujetos que, en función de un plan compartido, cometen un ilícito que requiere la calidad de funcionario público pero solo uno la posee. Según la teoría del dominio del hecho, ambos deben ser considerados coautores, pero, conforme la letra del tipo penal ello no sería correcto. Solo quien posee la calidad especial requerida puede ser autor y la otra persona solo puede ser partícipe, independientemente del dominio del hecho compartido o del grado de participación que haya tenido. Obsérvese, a su vez, el problema de la autoría mediata con ayuda de un instrumento doloso no cualificado. En concreto, el supuesto en el que la persona que ostenta la característica exigida por el tipo penal (*intraneus*) induce a otra, que no la posee (*extraneus*) a realizar la conducta prohibida. En estos casos, de seguirse la teoría del dominio del hecho, el *extraneus*, que es quien en efecto domina el hecho, no podrá ser autor de ese delito, pues carece de la cualificación que requiere el tipo penal, y la “persona de atrás”, si bien posee la calidad exigida por la norma para ser autor, no tiene el dominio del hecho.

de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES —discípulo de JAKOBS—, quien ha realizado un gran aporte y ha abordado, de forma sistemática, diversos puntos relevantes o problemáticos.

Esta clasificación, entre delitos de dominio del hecho y delitos de infracción de deber, ha generado diversas opiniones, no necesariamente homogéneas ni coincidentes. Por ello, una vez expuestas las características principales de las posturas más relevantes, se enumerarán las objeciones más importantes que han aparecido a lo largo del tiempo al respecto, como por ejemplo un eventual problema con el principio de legalidad.

Seguidamente, trataré de dar respuesta a las críticas de mayor peso para, luego, poder afirmar la necesidad y la legitimidad de los delitos de infracción de deber. Además, sostendré que no hay disposición en el derecho penal argentino que obligue a rechazar esta teoría.

Finalmente, y sin ánimo de exhaustividad, en tanto podría existir alguna vinculación entre este concepto y los denominados delitos especiales, luego de definirlos, se buscará responder al interrogante de si todos los delitos de infracción de deber son necesariamente delitos especiales y, en todo caso, si la inversa también rige.

II. Delitos de infracción de deber

1. Origen: La concepción de Roxin

Para lograr un entendimiento acabado de los postulados de ROXIN sobre esta temática, realizaré a continuación algunas precisiones. Él define al autor (de un hecho) como la “figura central en la realización de la acción ejecutiva típica”⁴. La determinación de esta *figura central* varía en función de la clase de delito y esto, a su juicio, exige la aplicación de criterios diferenciados. Reserva la categoría “delitos de dominio” para aquellos en los que el punto de referencia para establecer la relación de dominio es la descripción del tipo penal⁵. Por solo mencionar algunos ejemplos, el homicidio simple⁶ y el hurto⁷ encuadran en esta categoría, ya que, de acuerdo con la letra de la ley,

⁴ ROXIN, *supra* nota 2, p. 68.

⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 27.

⁶ Art. 79 del CP: “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena”.

⁷ Art. 162 del CP: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

como no se exige ningún otro requisito de autoría, serán autores quienes posean el dominio del suceso previsto en la norma penal.

No obstante, ROXIN considera que este criterio no es un principio que rija siempre para la determinación de la figura central, es decir, el autor del hecho. Por el contrario, considera que hay casos en los cuales lo decisivo para ello no es la configuración externa del comportamiento del autor, sino el incumplimiento de las prestaciones asociadas a un rol social asumido⁸. Así, en los delitos de infracción de deber es irrelevante si la persona que interviene posee el dominio del hecho, porque la categoría se centra en la infracción de un deber pretípico y extrapenal mediante la cual contribuye, por acción u omisión, a la producción del resultado⁹. ROXIN ofrece como ejemplos a “los delitos de funcionarios”, los que exigen que la comisión la realice un profesional —como la violación del deber de silencio del médico o del secreto profesional—, el abuso de confianza o la administración desleal o fraudulenta¹⁰.

Entonces, solo podrán ser autores quienes lesionen un deber que especialmente los obliga, el cual es exigido por el tipo penal¹¹ para atribuir responsabilidad y, por ese motivo, carece de relevancia la existencia o no de un dominio del hecho.

Esta concepción presenta dos consecuencias fundamentales. Respecto de la intervención delictiva, solo realiza el tipo penal quien incumple con un deber previo que recae sobre aquel y, por lo tanto, el obligado será siempre considerado autor, con independencia del grado de participación que tenga en el hecho. En cambio, la persona no calificada por el deber no podrá ser autora, incluso cuando de hecho domine su ejecución.

⁸ ROXIN, *supra* nota 2, p. 180.

⁹ *Idem*.

¹⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid y otra, Marcial Pons, 2000, p. 419. Cabe agregar que, para el jurista alemán, los denominados “delitos de propia mano impropios” o “altamente personales” constituyen un subgrupo de delitos de infracción de deber y estos, a su vez, incluyen a los “delitos de declaración”, como el delito de falso testimonio, en el que solo puede ser autor quien está bajo la presión de la obligación de declarar o de juramento (ROXIN, *supra* nota 2, pp. 195-196).

¹¹ Aunque de esto no se sigue que ese deber nace del tipo penal en cuestión o de la ley penal. ROXIN destaca que no se refiere al deber general de respetar la norma —intrínseco en todo ilícito—, sino a la lesión de un deber extrapenal, que no se extiende necesariamente a todos los intervinientes en el suceso delictivo, pero es esencial para la realización de ese tipo penal (ROXIN, *supra* nota 10, p. 387). Aclara que incluso se trata de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y que suelen originarse en otras ramas jurídicas. A modo de ejemplo, obsérvense los deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de guardar secreto en ciertas profesiones y las obligaciones jurídico-civiles de aportar alimentos o manutención a ciertas personas (ROXIN, *supra* nota 10, p. 387).

Del mismo modo, será partícipe de un delito de infracción de deber quien, sin detentar el rol o la calidad exigida por el tipo penal para ser autor, coopera o interviene de cualquier modo en su ejecución. Es decir, quien interviene en el hecho sin quebrantar ninguna obligación extrapenal, sin importar cuánto domine o realice la acción típica.

De lo anterior se deriva que, si lo importante, a los fines de determinar la autoría, es el incumplimiento de un deber extrapenal, entonces, resulta irrelevante si el tipo penal se realiza mediante acción u omisión, ya que, según esta postura, se encuentran equiparadas. ROXIN señala que en los delitos de omisión el criterio para delimitar la autoría no es el dominio del hecho sino la infracción del deber de evitar el resultado —fundamentadora del tipo— y el cumplimiento de los demás requisitos¹². En su opinión, todos los delitos de comisión por omisión, es decir, los delitos de omisión impropia, son delitos de infracción de deber.

Para finalizar, cabe señalar que ROXIN, inicialmente, también había incluido a los delitos imprudentes en la categoría de delitos de infracción de deber. Sin embargo, abandonó esta posición, por considerar que “la infracción del deber general de cuidado que fundamenta el ilícito tan solo caracteriza al deber de evitar que concierne a todo ciudadano y que está presupuesto también en los tipos dolosos”¹³.

2. El aporte de Jakobs

En el marco de un pensamiento normativista del derecho penal, JAKOBS parte de la idea de que todas las personas conviven en un mundo regulado por normas en el que cada quien debe satisfacer deberes que le dan forma a la competencia personal. El incumplimiento de esas obligaciones por una administración de la competencia fundamenta la responsabilidad jurídico-penal.

JAKOBS identifica dos clases de deberes. Por un lado, existe el ámbito de los deberes negativos que surgen del sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias y fundamentan la competencia de toda persona de que su círculo de organización no lesione a otra. Es decir, se trata de un deber general —que rige para toda la ciudadanía— y que consiste en no dañar o poner en peligro los bienes jurídicos de otras personas mediante la configuración de la

¹² ROXIN, *supra* nota 2, pp. 801-802.

¹³ CÓRDOBA, “Los delitos de infracción de deber”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 1, 2015, p. 105, nota al pie n.º 30.

organización propia¹⁴. Por el otro, el autor se refiere a los deberes positivos como aquellos que surgen “para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales”¹⁵. Estos deberes no están dirigidos a la generalidad de las personas ni son atemporales, sino que tienen como presupuesto necesario que su titular desempeñe un rol especial¹⁶.

En toda sociedad habrá quienes poseen un estatus general —alcanzados por los deberes negativos de no dañar— y quienes son titulares de un estatus especial —y por lo tanto obligados por deberes positivos de fomentar determinado ámbito de protección de bienes—. La responsabilidad jurídico-penal surgirá siempre de la lesión de las reglas que se aplican a cada uno de estos estatus.

De esta distinción se deriva, a su vez, la clasificación de los delitos en dos grandes grupos. En los delitos de dominio, la responsabilidad penal se vincula con la lesión a límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo —independientemente de que la conducta consista en una acción o en una omisión—¹⁷. Se trata de “actos organizativos del titular de un ámbito de organización”¹⁸ que infringen el deber negativo de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia¹⁹. En otras palabras, de acuerdo con su postura, debe responderse penalmente por una administración defectuosa de la propia organización.

En cambio, los delitos de infracción de deber conllevan un incumplimiento de un deber positivo. En estos casos, con independencia del hecho, existe una relación previa positiva entre el

¹⁴ JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, UNL, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 118-119.

¹⁵ JAKOBS, *supra* nota 14, p. 119.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 347.

¹⁸ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 718.

¹⁹ JAKOBS, *supra* nota 14, p. 119.

estatus del autor —vinculado con contextos regulados o instituciones²⁰— y el bien jurídico²¹ que la norma penal protege.

JAKOBS difiere en el fundamento de la teoría de los delitos de infracción de deber respecto de la posición de ROXIN. Para él quien se encuentra sometido a una institución está obligado al cuidado del bien jurídico al que se refiere el deber y, por lo tanto, será la estructura institucional la que configura la responsabilidad de la persona. En cambio, ROXIN entiende que los delitos de infracción de deber son definidos en función de la decisión legislativa tomada al redactar el tipo penal y serán estos en los que la norma requiere que el autor haya infringido un deber extrapenal pretípico²².

En resumen, lo decisivo para JAKOBS es la competencia: “en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción a un deber negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que —desde luego— abarca el empeoramiento)”²³, es decir, en función de una competencia institucional.

Podría evaluarse si la teoría profundizada de JAKOBS no carece de un paso adicional de análisis. En concreto, parecería que su postura no termina de explicar las implicancias que conlleva que la fundamentación de ambas clases de responsabilidad sea diferente. ¿Sería, por ejemplo, que una es más grave que la otra?

No obstante esa aclaración, en materia de delitos de infracción de deber cabe puntualizar dos cuestiones vinculadas con la intervención delictiva y la omisión.

²⁰ “Una institución es un modo de relacionarse en una sociedad, que perdura en el tiempo, es decir, que pasa de generación en generación, que tiene reconocimiento jurídico y que se halla sustraído al poder de disposición de los individuos. A modo de ejemplo, uno puede decidir libremente si quiere o no tener hijos, pero, si termina teniendo uno, ya no puede elegir si quiere hacerse cargo de las obligaciones de un padre. El modo de relacionarse entre padres e hijos ya está preconfigurado —y de manera no disponible— en el código civil por el Derecho de familia” (CÓRDOBA, *supra* nota 13, p. 102). JAKOBS menciona como instituciones a las relaciones paterno-filiales y sus sustitutos, la confianza especial y los “deberes genuinamente estatales” (JAKOBS, *supra* nota 18, p. 994). CÓRDOBA explica que en la concepción inicial de JAKOBS se incluía al matrimonio como una institución autónoma pero luego se limitó al matrimonio realmente practicado como un caso específico de confianza especial (CÓRDOBA, *supra* nota 13, p. 103).

²¹ JAKOBS, *supra* nota 18, p. 266.

²² Esta diferenciación es esencial en el ámbito de los delitos especiales que se analizará más adelante.

²³ JAKOBS, *supra* nota 18, p. 119. Así, en general, el comportamiento esperado por parte del autor se agota en algo negativo, es decir, que no realice una conducta que implique una lesión. En los casos de deberes especiales por responsabilidad institucional debe existir una relación positiva entre el autor y el bien (JAKOBS, *supra* nota 18, p. 52).

En primer lugar, el dominio del hecho como característica de la autoría se limita a los delitos en los que se busca que la responsabilidad por la propia organización no sea dañosa²⁴. Sin embargo, aquel criterio carece de relevancia para determinar la autoría y la participación en los casos de delitos de infracción de deber, porque aquí personas determinadas deben responder por la existencia de un bien, cuya tutela está institucionalmente asegurada, y no solo por el hecho de que la propia organización no lo menoscabe. En estos supuestos, la vinculación con el bien es siempre directa y, por lo tanto, siempre en calidad de autor²⁵.

Puede observarse que, a diferencia de ROXIN, para quien el criterio de infracción de un deber es la regla para determinar la autoría, JAKOBS lo utiliza, además, como fundamento esencial de la imputación jurídico-penal²⁶.

En segundo lugar, en cuanto a la omisión, para JAKOBS es indiferente la distinción entre acción y omisión²⁷, porque se trata de cuestiones fenotípicas, y demuestra la verdadera relevancia de esta afirmación en los delitos de infracción de deber. Según su postura, lo importante en estos tipos penales es el incumplimiento de su obligación, previamente constituida en función de la relación existente entre la persona y el bien, y no, en cambio, la forma en la que haya infringido ese deber²⁸.

Sin embargo, a diferencia de ROXIN, para JAKOBS no todos los delitos de comisión por omisión (es decir: de omisión impropia) son necesariamente delitos de infracción de deber, sino solo cuando están vinculados con una institución²⁹. De este modo, habría también delitos de omisión en virtud de una incumbencia organizacional, es decir, tipos penales que son equiparables a los delitos de

²⁴ JAKOBS, *supra* nota 18, p. 791.

²⁵ JAKOBS, *supra* nota 18, p. 791. El autor señala, por ejemplo, que “un fiscal comete un delito de encubrimiento a título de autor cuando hace desaparecer las diligencias de investigación dirigidas contra su amigo, cuando induce o ayuda a que se produzca tal desaparición o cuando no interviene viendo cómo otro suprime el expediente” (JAKOBS, *supra* nota 14, p. 89).

²⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 39.

²⁷ JAKOBS, *supra* nota 18, p. 267.

²⁸ Incluso ello lo lleva a afirmar que entre ambas clases de comportamiento existe una diferencia meramente natural a la que le falta una relevancia genuinamente jurídica (JAKOBS, *supra* nota 17, p. 363).

²⁹ El autor señala que “[t]odos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de incumbencia institucional” (JAKOBS, *supra* nota 18, p. 267).

organización o dominio por comisión y que no deben ser considerados delitos de infracción de deber³⁰.

En cuanto a la extensión de la categoría delictiva analizada, la vinculación opera en relación con otras clasificaciones. Por un lado, respecto de los delitos especiales, actúa de manera restrictiva, ya que no todo delito especial es un delito de infracción de deber. Por otro lado, funciona en sentido ampliatorio, ya que el delito de infracción de deber no es solo aquel comportamiento que puede ser subsumido bajo el tenor literal de un delito especial en sentido estricto, “sino toda lesión subsumible en un tipo penal aunque [...] esté formulado como un delito de autor indistinto”³¹. Sobre este tema se volverá más adelante.

3. Algunas críticas a la teoría de los delitos de infracción de deber

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES señala que a la idea anteriormente explicada se le ha reprochado que el concepto de “institución” sería demasiado abstracto y que no aportaría criterios que ayuden a descifrar qué supuestos son jurídico-penalmente relevantes. No obstante, advierte que la crítica carece de cimientos sólidos sobre los que asentarse y que parte de una comprensión del derecho penal, según la cual, este debe operar con exactitud matemática, prescindiendo de nociones sistemáticas que contengan cierto nivel de abstracción. En cambio, sostiene el autor, parece preferible una concepción que advierta la existencia de casos límites con contornos difusos y admita que ello no puede ser de otra manera³².

Vinculado con lo anterior, hay autores que agregan que la remisión a deberes positivos constituiría un ejercicio intuitivo que debe realizarse tipo penal por tipo penal y que ello derivaría en una gran inseguridad jurídica. Incluso se ha llegado al punto de sostener que la distinción entre deberes positivos y negativos no conduciría a un concepto único de autor, sino a dos diferentes, es decir, uno relacionado con el dominio del hecho y otro con la infracción de un deber³³.

³⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 47. Este será el caso de los delitos por omisión en función de una injerencia o comportamiento previo del autor. JAKOBS señala que se trataría de un deber en virtud de responsabilidad por organización ya que se responde por las consecuencias de la organización propia (JAKOBS, *supra* nota 18, p. 981).

³¹ CÓRDOBA, *supra* nota 13, p. 105. Se propone el siguiente ejemplo: “antes de la sanción de la ley 25.816, el robo cometido por un policía en una casa del barrio que debía vigilar era ya un ‘delito de infracción de deber’, aunque la conducta solo pudiera ser subsumida en el tipo penal del art. 164 del Cód. Penal”.

³² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 102.

³³ Esta crítica es expuesta, por ejemplo, por GÓMEZ MARTÍN y resumida por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Réplica”, en ROBLES PLANAS (dir.), La responsabilidad en los “delitos especiales”, Buenos Aires, BdeF, 2022, p. 434 y s.

GÓMEZ MARTÍN relata que hay quienes han planteado el obstáculo de que, en verdad, el fundamento del ilícito reside siempre en la responsabilidad por organización de la propia esfera de libertad y nunca en la responsabilidad por institución. Según esta idea, las personas no responden en función del estatus que ocupan (incluso en los casos de, por ejemplo, autores que son funcionarios públicos), sino por la “lesión del bien jurídico resultante de la deficiente organización de su propia esfera de libertad, no de las esferas ajenas” y “[s]olo podrá restringirse la libertad del individuo haciéndole responder por la no evitación de lesión de bienes jurídicos que resulte de esferas ajenas de libertad cuando ello se encuentre expresamente previsto en la ley”³⁴.

En relación con las instituciones, otra de las objeciones sostenidas es que los deberes cuya infracción se amenaza con pena no serían sus deberes originales. Por ejemplo, SCHÜNEMANN postula que en el centro de la relación entre padres e hijos se encuentra el deber de que los primeros le otorguen una buena educación a estos últimos. No obstante, su incumplimiento prácticamente nunca está amenazado con una pena³⁵. Incluso, ha llegado a puntualizar que, en la mayoría de los casos en los que alguien no se atiene a las normas de la institución a la que pertenece, la reacción apropiada no debería provenir del derecho penal, sino que debería tratarse de una medida institucional, que puede llegar a la expulsión de la persona de la institución³⁶. Por lo tanto, esta opinión concluye que la lesión de deberes institucionales no puede fundamentar, como regla general, ningún delito y que aún no se ha descifrado si puede hacerlo excepcionalmente y, en todo caso, bajo qué requisitos³⁷.

³⁴ GÓMEZ MARTÍN, *supra* nota 1, p. 135. Si bien se ha tratado de sortear este inconveniente al predicar la dependencia de las instituciones derivadas de deberes positivos respecto de las instituciones derivadas de deberes negativos, GÓMEZ MARTÍN propone algunos interrogantes a los que, a su entender, no se le habría dado respuesta. Por ejemplo, ¿podría afirmarse que la integridad física o la salud individual de un adulto incapaz que, por tanto, no depende de nadie, solo será realizable eficazmente mediante la referencia a una institución positiva? ¿Cuál? (*idem*, p. 136).

³⁵ SCHÜNEMANN, “La tesis de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber vs. dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales” (traducción a cargo de Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz), en *Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 2017, p. 9.

³⁶ SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, p. 10.

³⁷ Sobre este punto, SCHÜNEMANN propone dos cuestiones que, a su entender, ninguna contribución de la teoría de los delitos de infracción de deber ha resuelto por no considerar necesaria la diferenciación entre deberes internos y externos de una institución, y el hecho de que la lesión individual de un deber institucional no perjudica a la institución en su conjunto (véase SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, p. 11 y s.). A criterio de SCHÜNEMANN, entonces, el ámbito legítimo de los delitos especiales es en su mayor parte el de los delitos especiales de garante, en los cuales el fundamento penal reside “en el dominio de protección sobre el bien jurídico o en el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro. La legitimidad de los delitos puros de infracción de deber, en los cuales la sola infracción de un deber especial institucional fundamenta la punibilidad, ha quedado hasta hoy en buena medida sin resolver y, en cualquier caso, solo se puede tener en cuenta en un ámbito muy estrecho” (SCHÜNEMANN, *supra* nota 36, p. 12).

Por otra parte, PARIONA ARANA enumera ciertas críticas vinculadas con el principio de legalidad que han ido surgiendo sobre esta categoría. La primera objeción en este ámbito consiste en que los delitos de infracción de deber estarían en conflicto con el principio de legalidad en los casos en los que la ley describe modalidades de acción específica³⁸, por ejemplo, que la acción se lleve a cabo con violencia³⁹. En este sentido, algunos autores cuestionan que, según esta doctrina, se le atribuye necesariamente al autor de un delito de infracción de deber la realización de todos los elementos del comportamiento típico, independientemente de que los haya realizado.

Hay quienes refutan esa postura y afirman que, si bien en los delitos de infracción de deber lo importante es el incumplimiento de esa obligación especial, el legislador puede delimitar en ciertos casos las conductas penalmente relevantes⁴⁰. En estos supuestos se requerirá que el autor, además de ser titular del deber jurídico, lo infrinja de la manera en la que está prevista.

El segundo planteo radica en que se afectaría el mandato de certeza, que exige que la norma describa las conductas típicas de la forma más precisa posible, ya que en los delitos de infracción de deber no se estaría definiendo una acción u omisión determinada⁴¹. A esta consideración se le refuta que, en esta clase de delitos, lo esencial para el reproche penal no es cómo se realiza la conducta típica, sino el incumplimiento de un deber especial del agente que condiciona el resultado típico. Por ese motivo, se entiende que no es trascendente si la infracción se produce por acción o por omisión y que, en este sentido, parece acertado que el legislador no precise el comportamiento en particular, sino que solamente determine en el tipo una infracción del deber⁴².

Sin embargo, hay quienes aún advierten problemas con la equiparación de acción y omisión, dado que consideran que no siempre los delitos especiales se hallan redactados de forma tal que la conducta típica pueda ser realizada en ambas modalidades. Ello, según esta postura, tendría consecuencias importantes respecto de la participación de los *extranei* en delitos especiales⁴³. Es más,

³⁸ PARIONA ARANA, “La teoría de los delitos de infracción de deber y el principio de legalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26-11, 2024, p. 14.

³⁹ PARIONA ARANA, con cita a los autores alemanes SEIER y KRAATZ, propone como ejemplos los delitos de obtención de declaración mediante violencia y la falsedad ideológica de funcionario público del Código Penal alemán.

⁴⁰ PARIONA ARANA, *supra* nota 39, p. 27.

⁴¹ PARIONA ARANA, *supra* nota 39, p. 16.

⁴² PARIONA ARANA, *supra* nota 39, p. 17.

⁴³ GÓMEZ MARTÍN, *supra* nota 1, p. 137.

también se ha mencionado un quebrantamiento del principio de legalidad, al considerar como una autoría acciones que serían de participación.

Como tercer punto, y relacionado con el principio de legalidad, se afirma que algunos sostienen un menoscabo al mandato de determinación por la semejanza estructural que habría entre los delitos de infracción de deber y las leyes penales en blanco⁴⁴. Frente a ello, se aduce que las leyes penales en blanco no son ilegítimas *per se* y que, además, no se trataría de deberes extrapenales, sino de obligaciones que derivan del mismo tipo penal⁴⁵.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES menciona que otro de los cuestionamientos consiste en el hecho de que se estatuyen deberes positivos de actuar que equivaldrían a una moralización ilícita del derecho⁴⁶. Hay quienes sostienen que las instituciones que derivan de deberes positivos contendrían una cantidad considerable de elementos morales incompatibles con un Estado de Derecho liberal que solo se encarga (y debería encargarse) de prohibir conductas que dañan o ponen en peligro la libertad individual.

Frente a esta idea, se ha considerado que, independientemente de que los deberes positivos restrinjan el ámbito de actuación individual, esta circunstancia es legítima en el derecho de un Estado democrático. En efecto, se ha precisado que “las instituciones positivas aseguran las condiciones fundamentales de existencia de la institución negativa y, por ende, en definitiva, la libertad”⁴⁷. Por este motivo, no pueden criticarse los deberes positivos sin socavar las bases de las instituciones negativas que resultan irrenunciables para la sociedad actual.

No puedo dejar de mencionar que algunos autores entienden que la categoría de los delitos de infracción de deber sería innecesaria. Al respecto, por ejemplo, MAÑALICH sostiene que su utilización supone un retroceso a una concepción premoderna del derecho. Así, comienza por afirmar que un aspecto esencial del derecho penal moderno consiste en que la base de cualquier

⁴⁴ PARIONA ARANA, *supra* nota 39, p. 18. En concreto, se plantea que la determinación de la autoría a partir de deberes extrapenales tendría el carácter de ley penal en blanco. Si bien la crítica no asemeja por completo los delitos de infracción de deber a las leyes penales en blanco, sí se enfatiza que recurrir a los deberes extrapenales pone en tela de juicio la independencia del tipo penal (*idem*, p. 19).

⁴⁵ PARIONA ARANA, *supra* nota 39, p. 27.

⁴⁶ Esta crítica debe ser observada según el contexto histórico en el que fue propuesta. Fíjese que el motivo por el que la tradición iusfilosófica aceptó las instituciones, aunque solo como una mera excepción, radica en que se basaba en una concepción del Estado liberal extremo que hoy se encuentra plenamente superado (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 283).

⁴⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 282.

deber cuya infracción sea jurídico-penalmente relevante debe surgir de una norma públicamente vinculante. En esta línea, concluye que la doctrina de los delitos de infracción de deber sería incompatible con aquella premisa al intentar buscar el fundamento de las obligaciones “por detrás” de la norma, es decir, en las instituciones⁴⁸. Asimismo, MAÑALICH destaca que el hecho de que el *intranseus* resulte penalmente responsable exclusivamente en función de una infracción a un deber extrapenal equivaldría a validar una estructura de responsabilidad *cuasiobjetiva*, al modo de un *versari in re illicita*⁴⁹.

El autor descarta la necesidad de la categoría que aquí se estudia al considerar que en esa clase de delitos puede afirmarse la competencia de “la persona de atrás” (en los supuestos de actuación de un instrumento no cualificado), a pesar de la falta de responsabilidad de “la persona de adelante” a título de autor, siempre que “la persona de atrás” haya configurado, mediante acción u omisión, la situación que le permitió a “la persona de adelante” ejecutar el hecho sin infringir ningún deber primario. De esta manera, para MAÑALICH la responsabilidad de “la persona de atrás” se fundaría en la competencia, por un defecto de responsabilidad jurídico-penalmente relevante, de “la persona de adelante”, que aquí consiste en la adecuación normativa, aun cuando institucionalmente anómala, de su actuar⁵⁰.

ROBLES PLANAS también niega la necesidad de esta categoría de delitos. Por un lado, alega que es político-criminalmente insatisfactoria ya que, a su entender, de seguirse las premisas que aquella propone, los partícipes resultarían más gravemente penados por su intervención en delitos comunes que por su participación como *extranei* en delitos de infracción de deber⁵¹. Por otro lado, plantea que, seguir esta teoría, implicaría aceptar un título de imputación alternativo, distinto al habitual, basado en la responsabilidad institucional, en el que no es necesario que se configure un riesgo no permitido para el bien jurídico, sino que solo se exigiría la constatación de deslealtad de la persona obligada para con el bien o la institución⁵².

⁴⁸ MAÑALICH, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Polít. crim.*, vol. 7, n.º 14, diciembre 2012, p. 360. Señala que “[e]l delito del *intranseus* no puede estar constituido por la infracción de algún deber extra-penal, pues el injusto penalmente relevante siempre consiste en la infracción de un deber impuesto por la respectiva norma de comportamiento penalmente reforzada” (MAÑALICH, “La estructura de la autoría mediata”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 34, 2010, p. 409).

⁴⁹ MAÑALICH, “La estructura...”, *supra* nota 49, p. 410.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ ROBLES PLANAS / RIGGI, “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, en ROBLES PLANAS (dir.), *supra* nota 1, p. 63.

⁵² *Ídem*, p. 67.

En Argentina, en particular, hay quienes plantean que la legislación penal constituiría un límite para esta propuesta doctrinaria, en función del art. 45 del CP, que define a los autores como aquellos que tomaran parte en la ejecución del hecho y, por lo tanto, quien ayuda a que otra persona cometa el delito, aunque tenga la característica especial exigida para la autoría, no podría ser considerado autor⁵³. Es decir, entienden que habría una interpretación analógica *in malam partem*, contraria al principio de legalidad en su corolario de *lex stricta*, al abarcarse como autores a quienes, a nivel fáctico, no lo son.

4. Conclusiones parciales

4.1. Legitimidad de los delitos de infracción de deber

A diferencia de las posturas que rechazan la legitimidad de los delitos de infracción de deber, sin desconocer sus argumentos, me inclino a favor de esta categoría. Sin ánimo de llevar adelante un análisis extenso de la cuestión, me gustaría realizar ciertas precisiones respecto de dos de sus principales críticas: los supuestos problemas vinculados con las instituciones —su imprecisión, abstracción o necesidad de recurrir a fundamentos “por detrás de la norma”— y un eventual conflicto con el principio de legalidad.

Una de las objeciones que ha tenido más fuerza a lo largo del tiempo es la que busca derrumbar las bases de los delitos de infracción de deber, es decir, las instituciones.

Como aclaración previa, y contrario a lo sostenido por algunos autores⁵⁴, considero que efectivamente se trata de deberes extrapenales (y no penales) que pueden extraerse de cualquiera de las ramas del ordenamiento jurídico y que se insertan dentro del sistema de los delitos de infracción de deber. Véanse, por ejemplo, las obligaciones que derivan de la responsabilidad parental prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación o incluso aquellas que surgen en función de un contrato verbal entre una persona que se encargará de cuidar a un niño mientras sus padres no están.

Entiendo que es posible afirmar cierta imprecisión o abstracción por parte de las instituciones que derivan de deberes positivos, pero ello no es obstáculo para su legitimidad. Cabe destacar que

⁵³ RAFECA, *Derecho penal sobre bases constitucionales*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2021, p. 741, quien postula que la única forma de aplicar esta teoría sería una eventual reforma legislativa.

⁵⁴ Como, por ejemplo, PARIONA ARANA.

en la teoría del delito suele hacerse referencia a nociones no del todo definidas en la ley penal. Obsérvense las reglas de la imprudencia a las que se recurre en el estadio de la imputación objetiva y, más en concreto, la remisión a normas prudenciales a fin de constatar la violación de un deber de cuidado que justifique la creación de un riesgo no permitido. Por su parte, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES propone como ejemplo el concepto de riesgo permitido que también suele considerarse en el ámbito de la imputación objetiva de las instituciones negativas⁵⁵.

Por lo tanto, incluso en los casos de instituciones negativas se opta por utilizar nociones no detalladas en la ley penal, sin que por ello se las tilde de defectuosas. Parecería, entonces, que se intenta exigirle al sistema de los delitos de infracción de deber más de lo que se requiere a otras doctrinas de la teoría del delito.

Tampoco me parece acertado afirmar que con esta categoría se estarían construyendo dos conceptos diferentes de autor en función de que se trate de un delito de dominio o de infracción de deber. En cambio, creo que se trata de una noción única de autoría y dos formas diferenciadas de determinarla, en función de la clase de delito frente al cual nos encontremos: a veces se hará referencia al dominio del hecho y en otras ocasiones a la infracción de una obligación positiva derivada de una institución; pero el concepto de autoría siempre girará alrededor del mismo entendimiento, a saber: el autor como figura central del hecho —que no necesariamente debe apreciarse desde la perspectiva de quien posee el *dominio* del suceso—.

4.2. Delitos de infracción de deber: una categoría necesaria

Sin perjuicio de que los aportes de MAÑALICH y ROBLES PLANAS sean sumamente interesantes, no considero acertadas sus conclusiones respecto de la falta de necesidad de la categoría. Contrario a lo sostenido por MAÑALICH, la idea de recurrir a la exigencia de que el *intraneus* haya “abierto el espacio de juego para la acción” del *extraneus* no resuelve los problemas originalmente planteados en estos casos, especialmente si se piensa en criminalidad organizada.

⁵⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 103. Además, una diferencia esencial entre ambos tipos de instituciones que repercute en la mayor imprecisión de los deberes positivos es la forma atemporal en la que están determinados. Me refiero a que la ley negativa obliga siempre y para siempre, es decir, que las prohibiciones obligan de forma atemporal. En cambio, los mandatos de las instituciones que derivan de deberes positivos son determinados temporalmente. En este sentido, no obligan en todo momento a realizar la acción mandada, sino solo para un tiempo determinado y, por este motivo, no serían tan precisos como las prohibiciones de la institución negativa (*idem*, p. 131). Aquí entrarían en consideración las cuestiones vinculadas con la delegación de la posición que serán analizadas *infra*.

La omisión de control o dominio del *intraneus*, sobre todo posterior a la realización de la conducta delictiva del *extraneus*, ¿podría constituir, como el jurista propone, una conducta que realmente “abre el espacio de juego” para la acción del *extraneus*? A mi criterio, esto no es posible, por lo menos, en todos los casos. Por lo tanto, la solución de MAÑALICH es contingente y no consigue dar una refutación conceptual a una cuestión que sí lo es.

Además, la forma de responsabilizar al *intraneus* propuesta por MAÑALICH no permite explicar racional ni razonablemente el disvalor de la acción. El ordenamiento jurídico en su conjunto ha impuesto a determinados sujetos, que se encuentran en situaciones concretas, deberes especiales (por ejemplo, a los funcionarios públicos). A su vez, la ley penal refleja esta intención de criminalización especial al especificar el círculo de autores que pueden cometer ciertos delitos. Por lo tanto, entiendo que hablar de autoría mediata para explicar y justificar el reproche penal no reflejaría la idea de justicia que pretende afianzarse en el caso de delitos que implican un incumplimiento de un deber especial extrapenal, cuya existencia ya fue previamente establecida.

Sumado a ello, tal como señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, se trata de una responsabilidad inmediata en cabeza del *intraneus*, ya que posee una obligación también inmediata y personalísima de proteger y fomentar determinado bien jurídico, sin que sea necesario recurrir a la fenomenología de la autoría mediata⁵⁶.

En cuanto a las objeciones efectuadas por ROBLES PLANAS, si bien él considera que la categoría de delitos de infracción de deber es innecesaria, la reemplaza por otra (u otras). En efecto, distingue entre delitos de posición y delitos especiales de deber. Entonces, por un lado, sus críticas no consiguen demostrar la pretendida falta de necesidad de la categoría y, por el otro, el tratamiento por él propuesto termina complejizando aún más la cuestión.

ROBLES PLANAS plantea críticamente que la categoría que aquí se estudia implica la creación de un título de imputación alternativo. Sin embargo, el incumplimiento del deber implicaría, en el caso concreto, la creación de un riesgo no permitido. Por ejemplo, el jefe de la comisaría que omite impedir que los agentes de policía a su cargo torturen a personas detenidas crea, al infringir ese deber, un riesgo no permitido, a la vez que incumple con su deber positivo derivado de la institución.

⁵⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 207 y s.

4.3. Los delitos de infracción de deber y el Código Penal argentino

En cuanto a las críticas vinculadas con el principio de legalidad, considero que es especialmente relevante analizar si es posible compatibilizar la teoría de los delitos de infracción de deber y las normas que regulan la autoría y la participación en el Código Penal argentino. Para ello, se debe abordar la problemática planteada en torno a la alegada afectación del mandato de certeza al equiparar acciones u omisiones que, a su vez, no estarían suficientemente definidas en los delitos de infracción de deber. La vasta literatura sobre esta cuestión excede no solo a este trabajo, sino también al propio problema de los delitos de infracción de deber. Me inclino por adherir a la postura que sostiene que, en líneas generales, no habría un conflicto con el principio de legalidad.

Se suele objetar que, por medio de la teoría de la infracción de deber, ilegítimamente se pretende extender la autoría a acciones que serían una mera participación. Esta objeción, tal como está planteada, se formula desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho y, justamente, aquí se niega que ese criterio sea aplicable a estos casos en particular. Por lo tanto, la circularidad de esta crítica permitiría rechazarla. No obstante, esto deberá ser analizado en función de la letra de la ley de cada sistema jurídico. En este caso, como es de esperarse, se hará referencia a los artículos que regulan la autoría y la participación en Argentina, particularmente en el artículo 45 del CP, que conviene recordar:

ARTICULO 45. Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

La norma citada no determina, de forma expresa, qué ha de entenderse por autor o por partícipe en el derecho penal argentino y esto tampoco es definido en otra previsión del Código Penal. El artículo, en cambio, se limita a equiparar la escala penal que les corresponde a las contribuciones de “quienes tomasen parte en la ejecución del hecho” y de ciertos partícipes —de quienes hayan sido cómplices necesarios y de los instigadores—. Véase que, por ejemplo, no se menciona (explícitamente) el supuesto de la autoría mediata y no, por eso, debería descartarse su aplicabilidad.

A partir de ello, podría postularse que, para ser autor en los delitos de infracción de deber, de conformidad con lo previsto en el art. 45 del CP, es necesario que la persona sobre la que recae el deber extrapenal haya tenido alguna intervención, cualquiera, aunque sea un “dejar hacer”, durante la ejecución del hecho, esto es, desde el comienzo de ejecución hasta la tentativa acabada o la consumación.

En estos casos, la posibilidad de atribuirle el hecho tanto a quien tiene el deber que se infringe como a quien no lo tiene y realiza o contribuye en la realización del comportamiento, para poder satisfacer lo establecido en el art. 45 del CP, va a depender de que el primero haya realizado alguna clase de contribución durante la ejecución del hecho.

III. Consecuencias teórico-prácticas de la aceptación de la teoría de los delitos de infracción de deber

Una vez descriptos algunos de los aportes fundamentales en el ámbito de los delitos de infracción de deber y expuestas las posibles críticas y ciertas reflexiones al respecto, el análisis continuará, sin ánimos de exhaustividad, respecto de cómo impacta la existencia de esta categoría en otros institutos de la teoría del delito, en concreto, aquellos vinculados con las formas de intervención.

1. Formas de intervención delictiva de los obligados especiales

Algunos autores, como JAKOBS o SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, sostienen que el obligado especial que incumple su deber positivo responde como autor⁵⁷. Existen deberes positivados que el legislador expresamente ha normativizado como delitos de infracción de deber en la legislación, y todas las formas de intervención se encuentran equiparadas bajo el manto de la autoría⁵⁸. Ello es claro en los casos de delitos de funcionario público así tipificados como, por ejemplo, aquellos prescriptos en el art. 144 *bis* del CP argentino⁵⁹.

⁵⁷ Independientemente de si, junto a su persona, hubo una actuación por parte de un tercero o una acción de las fuerzas de la naturaleza que contribuyeron a la producción del resultado. Véase, por ejemplo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 183.

⁵⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 184.

⁵⁹ Art. 144 *bis* del CP: “Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo 1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal; 2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas

Sin embargo, la regla de la autoría también rige para figuras de la parte especial del Código Penal que exigen deberes que no han sido explícitamente positivados como delitos de infracción de deber, pero que, al ser interpretados conforme a las instituciones, resultan pertenecer a esa clasificación. Obsérvese, por ejemplo, el abuso sexual simple (art. 119, párr. 1, del CP argentino) cometido por un ascendiente (incluso si su intervención consistiera, materialmente, en una mera participación)⁶⁰. En un caso como el planteado, es irrelevante su dominio efectivo del hecho y el grado de intervención que haya tenido en el suceso, porque, sin perjuicio de la modalidad de su aporte, el autor incumple un deber positivo del cual es titular⁶².

De ello se deriva que el obligado especial será siempre autor, incluso en los supuestos en los que, a primera vista, parecería una participación. Obsérvese el siguiente supuesto: un padre entrega un cuchillo a una persona para que lesione gravemente a su hijo, lo que efectivamente ocurre. Aquí, el padre solo ha cooperado en la afectación de la integridad física de su hijo. No obstante, de seguirse las premisas de la teoría de los delitos de infracción de deber, al haber dañado la institución positiva que regula su actuación, el padre deberá responder como autor del delito de lesiones graves, aunque aparentemente solo haya ayudado a la comisión del hecho⁶³.

o les aplicare apremios ilegales; 3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales”.

⁶⁰ Aquí cabe mencionar el art. 133 del CP argentino que prevé una equiparación entre la pena de autores y partícipes en materia de delitos sexuales de la siguiente manera: “Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores”.

⁶¹ La doctrina española hace referencia específicamente al delito de la madre que deja morir de hambre a su hijo (conf. art. 138 del CP español). Sobre esta cuestión, véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 186.

⁶² Sobre este corresponde hacer una precisión. Habrá supuestos en los que puede ser afirmada la autoría por dominio del hecho sin necesidad de recurrir a la autoría que, de todas formas, se presenta en función del quebrantamiento de un deber positivo (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 187). Así, el padre que lesiona gravemente a su hijo al clavarle un cuchillo es autor de lesiones graves como delito de dominio del hecho y, en principio, carece de relevancia el hecho de que con su comportamiento organizativo también haya quebrantado un deber positivo.

⁶³ A nivel práctico, en Argentina, esta distinción resulta relevante a los efectos de la pena a aplicar en casos de complicidad secundaria. Véanse los arts. 45 y 46 del CP argentino.

⁶⁴ Aquí habría que resaltar siquiera brevemente una cuestión dado que, de las ideas indicadas, parecería derivarse que podrá castigarse al obligado especial como autor de una tentativa del delito aun cuando el hecho principal no haya ingresado en la fase de comienzo de ejecución (JAKOBS, *supra* nota 18, p. 792; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 192 y s.). Siguiendo con el mismo ejemplo, supongamos que la persona a quien el padre le facilitó el cuchillo cambia de opinión en la etapa de preparación y no lesiona al niño. En este caso, la infracción del deber del padre ya se habría producido con la entrega del elemento.

En relación con la figura de la coautoría, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES plantea dos cuestiones centrales. Por un lado, con cita a ROXIN, señala que no es posible que exista una coautoría entre un autor por organización (es decir, con dominio del hecho) y un autor por infracción de deber porque la coautoría presupone criterios de imputación únicos para todos los coautores. Destaca que la lesión del deber por parte del obligado especial tiene características personalísimas y solo puede coincidir de forma paralela, pero sin conexión con una lesión del mismo bien jurídico llevada a cabo por alguien en función de una organización defectuosa⁶⁵. En concreto, se estaría ante dos autorías paralelas.

Por el otro, y en parte derivado de lo anterior, tampoco puede afirmarse la existencia de coautoría entre dos obligados especiales ya que se trata de dos incumplimientos independientes de deberes personalísimos. Cada cual lesiona su obligación y, por tanto, será autor en función del quebrantamiento de ese deber⁶⁶. En el supuesto en que los sujetos obligados, mediante un plan común, se repartan las tareas para cometer el delito, tampoco podría haber una lesión conjunta a un deber. Por el contrario, estaríamos ante dos delitos de infracción de deber distintos y una responsabilidad en coautoría por un delito de dominio del hecho⁶⁷. Este sería el caso, por ejemplo, de los padres que coordinan y se reparten las tareas necesarias para dar muerte a su hijo. Aquí cada uno quebranta sus deberes individuales derivados de la responsabilidad parental y, a su vez, ambos llevan a cabo, en coautoría, un delito de organización.

En cuanto a la autoría mediata, ya desde los comienzos de esta teoría ROXIN afirmaba la posibilidad de que un *intraneus* utilice como instrumento a un *extraneus*. Planteaba, por ejemplo, que el funcionario público que, sin tener dominio del hecho, determina a un *extraneus* a cometer la conducta tipificada, es autor mediato —en función de la violación a un deber extrapenal que le incumbía— y el *extraneus*, a pesar de tener el dominio del hecho, es cómplice⁶⁸.

Por el contrario, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES considera que la figura de la autoría mediata no es la construcción jurídico-penal adecuada para describir dogmáticamente la situación del obligado especial que deja que un *extraneus* lleve a cabo la ejecución que —para el *intraneus*— resulta típica. A su criterio, se trata de una responsabilidad inmediata —y no mediata— de parte del titular

⁶⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 201 y s.

⁶⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 202 y s.

⁶⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 205. Un tratamiento sobre la relación concursal entre ambos delitos puede verse en *ídem*, cap. XII, I.

⁶⁸ ROXIN, *supra* nota 10, p. 394.

de la obligación ya que la vinculación que tiene con el bien jurídico que debe proteger y fomentar es también inmediata y personalísima y, por tanto, no es necesario recurrir a la fenomenología del delito para adoptar una denominación de autoría mediata⁶⁹.

Por último, respecto de la instigación, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES afirma que solo el *intraneus* puede ser instigador en el caso de que no impida un delito de instigación⁷⁰.

2. Formas de intervención delictiva en los delitos cometidos por obligados especiales

En lo que sigue se realizará una breve mención respecto de la posibilidad de que particulares puedan participar en la comisión de delitos de infracción de deber. Actualmente, resulta prácticamente indiscutido que tal cuestión debe ser respondida afirmativamente⁷¹. Sin embargo, cabe formular algunas precisiones.

El *extraneus* no puede ser coautor de un delito de infracción de deber, del mismo modo que no puede ser autor, incluso cuando tiene el dominio del hecho. En el supuesto de que haya determinado un plan de forma conjunta con una persona especialmente obligada y se hayan repartido las tareas, será coautor del delito común de dominio del hecho u organización y no del delito de infracción de deber, siempre que el primero esté tipificado⁷². Por ejemplo, el delito de homicidio puede constituir un delito de infracción de deber cuando es cometido por una persona especialmente obligada o un delito de organización si la conducta la lleva a cabo un tercero. Entonces, véase el caso en que el padre *P* quiere dar muerte a su hijo *y*, para ello, se pone de acuerdo con un tercero *T*—quien no posee ningún tipo de obligación para con el bien jurídico de la vida del hijo de *P*—. Con base en un plan común y en una división de tareas pautada, cometen el hecho. Aquí *T* será coautor de un delito de dominio del hecho. En cambio, en el caso de ciertos delitos en los que el fundamento es únicamente el deber, no será posible atribuir responsabilidad, aunque alguien realice el acto material. Véase, por ejemplo, el tipo penal de prevaricato judicial.

⁶⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 207 y s. El autor propone una solución similar para los casos en que tanto la persona de adelante como la de atrás son *intraneus* (ver *idem*, p. 211 y s.). De la misma forma aborda los supuestos en que un obligado positivamente deja que una tercera persona realice la ejecución típica, a pesar de que el obligado especial es responsable del defecto de imputabilidad de la otra persona (*idem*, p. 212 y s.).

⁷⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 213.

⁷¹ Para un análisis más profundo respecto de los reproches en torno a la posibilidad de que un *extraneus* participe en un delito de infracción de deber y las respuestas frente a estas críticas, véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, pp. 215 y ss.

⁷² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 222 y s.

En los casos en los que un *extraneus* pretenda utilizar, como instrumento, a una persona especialmente obligada, se debe descartar la autoría mediata ya que el particular no es titular de un deber positivo derivado de una institución. De este modo, solo podrá ser punible el *extraneus* mediante la creación de tipos penales *ad hoc* o a través de una autoría mediata construida con base en un delito de dominio del hecho⁷³.

En cuanto a las formas de participación, se ha afirmado que, en principio, un tercero puede realizar una contribución al hecho de una persona que está obligada positivamente o instigarla a cometerlo⁷⁴. Sin embargo, ha resultado problemático el tratamiento que debe darse a estas intervenciones y se han propuesto diversas soluciones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁷⁵, que por razones de espacio no se detallarán.

IV. Delitos especiales

Establecidas las características principales de los delitos de infracción de deber, su legitimidad e impacto en diversos institutos de la teoría del delito, corresponde tratar su vinculación con los delitos especiales.

1. Definición

Históricamente, se ha clasificado a los delitos en comunes y en especiales. Serán comunes aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona. En la mayoría de los casos, su tipificación comienza con “quien” o “el que”. A modo de ejemplo, véase el delito de homicidio simple (art. 79 del CP) o de hurto (art. 162 del CP). Por otra parte, se define a los delitos especiales como aquellos que solo pueden ser cometidos por quienes poseen determinadas cualidades personales exigidas por la ley (como, por ejemplo, los delitos en los que se requiere que el autor sea un funcionario público)⁷⁶.

⁷³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 224 y ss.

⁷⁴ Véase, al respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, pp. 228 y ss.

⁷⁵ Para un tratamiento profundizado sobre esta cuestión, véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, pp. 231 y ss.

⁷⁶ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Madrid, Thomson Reuters Civitas, 1997, p. 337; en igual sentido, CÓRDOBA, *Elementos de la teoría del delito*, t. I, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2021, p. 28 y GÓMEZ MARTÍN, “¿Delitos de posición con infracción de deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, 2016, p. 88 y sus citas. Actualmente, hay quienes critican que en los delitos especiales los *intranei* sean siempre autores y los *extranei* partícipes. Véase, por ejemplo, la opinión de SILVA SÁNCHEZ, quien postula que puede haber *intranei* que no sean autores. Para ello, insiste en que debe aceptarse la idea de que los delitos especiales o bien son reducibles a una cuestión

Al respecto, JAKOBS indica que “a la existencia de todo bien jurídico le es connatural que no se produzca su lesión; pero en los delitos especiales el bien jurídico como unidad funcional surge solo cuando el sujeto del deber (el obligado) desempeña el papel que le está asignado en la institución. En los delitos especiales no se trata, pues, de la perturbación de unidades funcionales existentes, intactas en sí, sino de la negativa a dejarse integrar en la producción de una unidad funcional”⁷⁷.

La clasificación de los delitos especiales en propios o impropios es bastante defendida. Se los denomina propios cuando la característica especial del autor constituye el fundamento de la punibilidad, es decir, si el elemento forma parte del tipo básico⁷⁸. Por ejemplo, el delito de prevaricato (art. 269 del CP argentino). En cambio, son delitos especiales impropios aquellos en los que la calidad de quien comete el hecho implica un agravamiento o atenuación de la pena, es decir, del tipo básico⁷⁹. Véase, por ejemplo, el supuesto del homicidio calificado. Cualquiera puede cometer el tipo básico y matar a una persona (art. 79 del CP argentino) pero el hecho será más grave si lo comete el ascendiente (art. 80, inc. 1 del CP argentino).

Sin embargo, otra parte de la doctrina no comparte esta distinción por entender que los elementos personales especiales exigidos por los delitos especiales no agravan o atenúan la pena del autor, sino que la justifican, es decir, fundamentan ese contenido del ilícito que consideramos distinto. Desde este punto de vista, carecería de sentido distinguir entre delitos especiales propios e impropios. Esta diferenciación toma como punto de partida la existencia (o no) de un delito común paralelo que, según esta opinión, adolecería de un doble defecto: ello sería superfluo y conduciría a sancionar de forma problemática la participación de los *extranei*⁸⁰.

Otros autores agregan una precisión a la definición de delitos especiales por considerar que, de lo contrario, la distinción entre delitos comunes y especiales carecería de sentido. Sostienen que “la

de organización o bien, aun consistiendo esencialmente en la infracción de un deber, muestran una dimensión de organización adicional al deber (en ROBLES PLANAS [dir.], *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires, BdeF, 2022, p. XXI). Para este autor, existen lo que denomina delitos “mixtos” que son aquellos tipos penales que para su realización requieren una infracción a un deber por parte del *intraneus*, pero que, además, contienen la conducta delimitada mediante elementos fácticos o jurídicos adicionales (SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 2025, pp. 1290 ss.).

⁷⁷ JAKOBS, *supra* nota 18, p. 53.

⁷⁸ BACIGALUPO, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020, p. 55; VERDE, *Investigaciones en derecho penal y teoría del derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2022, p. 218; FRISTER, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2022, p. 175.

⁷⁹ BACIGALUPO, *supra* nota 78, p. 55; VERDE, *supra* nota 78, p. 218; FRISTER, *supra* nota 78, p. 175.

⁸⁰ Para un mayor abordaje de esta cuestión, véase GÓMEZ MARTÍN, *supra* nota 1, p. 133.

mera constatación formal de que un tipo exige la concurrencia en su autor de un determinado elemento fáctico-descriptivo limitador del círculo de posibles autores no puede bastar, en modo alguno, para reconocer a [ese] tipo, por principio, la consideración de delito especial⁸¹. Afirman que todos los delitos están fácticamente calificados, porque en cada uno “las circunstancias fácticas inherentes a su ejecución vienen a determinar la idoneidad de ciertos sujetos como autores del delito [y] ello a pesar de que [esa] restricción fáctica del círculo de autores no se encuentre formalmente positivizada en el correspondiente tipo penal”⁸².

Para aclarar esta postura con un ejemplo al extremo, véanse los supuestos de homicidio o daños, dos delitos que son caracterizados como comunes pero que, de recurrirse a una mera delimitación fáctico-criminológica, podrían ser calificados como especiales. En el homicidio solo podrá ser autor quien ocasione la muerte de otra persona y no su propia muerte. De igual forma, solo podrá consignarse como autor de daños a quien afecte un bien ajeno y no uno propio. Esta opinión postula que “en los delitos especiales el legislador delimita el círculo de posibles autores con el objeto de proteger de forma más eficiente al correspondiente bien jurídico” y, por lo tanto, “puede resultar de utilidad preguntarse, al mismo tiempo, si la limitación del círculo de posibles autores se encuentra o no justificada desde el punto de vista de la protección del bien jurídico”⁸³.

En consecuencia, se sumaría un paso en la verificación de si estamos ante un delito especial. Por un lado, se evalúa la posible restricción de quiénes pueden ser autores y, por el otro, se evalúa si existe una vinculación con la protección del bien jurídico en particular. Propone, a su vez, distinguir entre delitos especiales en sentido amplio (o con elementos meramente tipificadores) y delitos especiales en sentido estricto (o de posición). En los primeros, la restricción del círculo de los posibles autores obedece a razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual. En cambio, los segundos se caracterizan porque solo pueden ser autores quienes están en una posición especial respecto del bien jurídico protegido. Dentro de esta categoría, a su vez, se hallan los incumplimientos de una función institucionalizada (o delitos especiales de posición institucional) y las infracciones a una función social no institucionalizada (o delitos especiales de posición no institucional)⁸⁴.

⁸¹ *Ídem*, pp. 103-104.

⁸² *Ídem*, p. 104.

⁸³ *Ídem*, p. 105.

⁸⁴ *Ídem*, p. 161. Aquí se explica que, en algunos delitos especiales de posición, no se cuenta únicamente con el elemento organizativo —aquel relativo a la posición especial que ocupa el sujeto activo en relación con el bien jurídico protegido—,

Otros autores optan también por una concepción algo similar a la anterior y diferencian los delitos especiales entre delitos de posición —solo aparentemente especiales— y delitos especiales de deber. En los primeros el injusto se fundamenta en la organización defectuosa de una esfera mediante una vinculación a formas sociales de relación para con el bien jurídico que típicamente aparecen como especialmente lesivas o peligrosas⁸⁵. Por el contrario, los segundos responden a un fundamento distinto: el destinatario de la norma tiene que producir personalmente una prestación en función de haber asumido derechos y deberes de carácter institucional y, por este motivo, desde esta perspectiva, se sostiene que el *extraneus* no puede responder por esta clase de delitos. Para que este pueda ser responsabilizado debería estar expresamente tipificado el comportamiento llevado a cabo contra las instituciones “desde afuera”⁸⁶.

2. ¿Todos los delitos especiales son delitos de infracción de deber?

ROXIN afirma que en los delitos especiales solo puede ser autor quien reúna determinada característica de autoría, pero detalla que “[p]or regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de ‘delitos de infracción de deber’”⁸⁷. Parecería, entonces, que el autor equipara a los delitos especiales con los delitos de infracción de deber. Sin embargo, entiendo que ello no es correcto. Tal como se verá en

sino que, en un segundo nivel de relevancia, se encuentra el componente relativo a la infracción de un deber jurídico extrapenal. Ello influye en la determinación de posibles intervinientes ya que se cuenta con una doble dimensión. Por una parte, objetiva, es decir, comunicable a todo interviniente en el hecho y, por otra, personal, o sea, incommunicable al *extraneus* “de tal modo que la ausencia en este puede descargarlo de una parte de su responsabilidad por la intervención en el hecho” (*idem*, p. 162). Se propone el siguiente ejemplo, en el marco de un delito especial de posición institucional: el juez que dicta una resolución injusta, además de contribuir a un incorrecto funcionamiento de la administración de justicia, mediante su conducta también quebranta el deber de fidelidad y lealtad que es inherente a su cargo que lo vincula con la función pública (*idem*, p. 163). Además, luego se especifica que en los delitos especiales de posición no institucional existe una función social que coloca al autor en una posición especial de dominio respecto del bien jurídico protegido ya que este está en una posición de especial vulnerabilidad frente al *intraneus*. Por lo tanto, aquí también el *intraneus* se encuentra obligado por un deber jurídico extrapenal (*idem*, pp. 164-165). Este sería el supuesto del delito de revelación del secreto médico. El profesional se encuentra vinculado por su profesión a reglas de naturaleza deontológica por ser titular de información sensible, de alguien que la deposita en función de una relación de confianza y de intimidad, con la expectativa de que esos datos no sean revelados (*idem*, p. 165).

⁸⁵ ROBLES PLANAS, “Réplica” en ÍDEM (dir.) *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires, BdeF, 2022, pp. 351-352.

⁸⁶ *Ídem*, p. 353. A modo de ejemplo, la intervención de un *extraneus* en una prevaricación judicial es impune porque el deber de producir resoluciones justas solo concierne al juez.

⁸⁷ ROXIN, *supra* nota 76, p. 338.

los apartados siguientes, se advierten supuestos de delitos especiales, es decir, tipos penales que requieren una calidad particular en el autor, que no constituyen delitos de infracción de deber.

En este sentido, en función de la vinculación con un deber institucional, desde la perspectiva de JAKOBS, no todos los delitos especiales son delitos de infracción de deber, sino solo aquellos en los que el deber especial que determina la condición de autor es un deber institucional, es decir, aquel que deriva de alguna de las instituciones señaladas *supra*. En este sentido, el incumplimiento de deberes aislados que no fundamentan un estatus específico, es decir, que no se basan en una institución, no conlleva la comisión de un delito de infracción de deber. Son, por ejemplo, solo delitos especiales, pero no delitos de infracción de deber, la quiebra fraudulenta y la insolvencia fraudulenta, la retención indebida y el libramiento del cheque sin fondo⁸⁸.

Véase el supuesto de la defraudación por retención indebida (art. 173, inc. 2 del CP). Este delito solo puede ser cometido por el depositario, comisionario o administrador que tiene la obligación de restituir, en debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado. Tal como se advierte, existe una limitación en la autoría. No obstante, no son obligados especiales en el sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a la que se refiere la norma no se basa en una institución, ni deriva de un deber positivo. Así, el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien puesto en su esfera jurídica, sino que solo se trata de una relación jurídica que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y el depositario, comisionario o administrador.

Ahora bien, nótese el caso del tipo penal de peculado, es decir, cuando un funcionario público se apropia de los caudales o efectos que debía encargarse de administrar, percibir o custodiar (art. 261 del CP). Si bien el contexto o la situación fáctica es similar a la del ejemplo anterior, aquí nos encontramos frente a un delito de infracción de deber. Ello se debe a que entre el funcionario público y los caudales o efectos a su cargo existe una relación institucional que lo convierte en titular de un deber positivo de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado. En su rol especial debe encargarse precisamente de que esos bienes estén seguros y protegidos frente a peligros y lesiones.

⁸⁸ CÓRDOBA, *supra* nota 13, pp. 104-105. Cabe agregar que, por este mismo motivo, no todos los delitos imprudentes ni todos los delitos de comisión por omisión son necesariamente delitos de infracción de deber, sino solamente cuando estén vinculados con una institución. En este punto, se diferencia de la postura sostenida por ROXIN.

En esta línea, JAKOBS distingue entre delitos especiales en sentido amplio y en sentido estricto. En los primeros existe una restricción de la posible autoría sin más. El legislador delimita quién puede ser autor “como consecuencia de que un determinado bien solo puede ser dañado por un determinado grupo de personas, o por ellas en una forma especialmente sencilla, o, por último, cuando el bien jurídico únicamente pueda ser dañado de una determinada manera”⁸⁹. Así, se establece una relación solo mediante el comportamiento delictivo. En estos supuestos, según JAKOBS, se debe establecer la forma de intervención según el criterio del dominio del hecho.

Por el contrario, en los delitos especiales en sentido estricto o delitos de infracción de deber, existe un deber específico debido a una relación preexistente entre la persona obligada y el bien jurídico, con independencia de la comisión delictiva. En estos casos, el especialmente obligado respondería siempre a título de autor⁹⁰.

3. ¿Todos los delitos de infracción de deber son delitos especiales?

Para finalizar resta responder este interrogante al que obligatoriamente se llega al estudiar esta temática. Si la definición de los delitos especiales consiste en la determinación de un círculo de autores posibles para la comisión de un tipo penal en particular, parecería que todos los delitos de infracción de deber serían delitos especiales, tal como ha sido sostenido, entre otros, por JAKOBS. Se trataría, entonces, de una relación de género-especie, siendo el género los delitos especiales y la especie los delitos de infracción de deber. Ello se debe a que en todos los delitos de infracción de deber se exige cierta vinculación en concreto entre el autor y una institución que le genera determinada obligación.

V. Conclusión

No puede desconocerse la necesidad y la legitimidad de la categoría conocida como “delitos de infracción de deber”, aunque ello no implica que se hayan resuelto todas las cuestiones problemáticas que se presentan. Llama la atención que, sin desconocer los trabajos importantes al respecto, no haya más investigaciones sobre la temática.

⁸⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 5, p. 45.

⁹⁰ JAKOBS, *supra* nota 18, p. 831.

En este trabajo he buscado exponer qué son los delitos de infracción de deber, cuáles han sido las principales críticas a las que fue expuesta esa teoría y, a partir de ello, brindar mi punto de vista sobre la necesidad de esta categoría y su compatibilidad con el Código Penal argentino.

Una vez saldadas las cuestiones teóricas relativas a la teoría en sí misma, me dediqué a estudiar algunas implicancias teóricas y prácticas que surgen a partir de lo anterior. Principalmente, me interesé, por un lado, por delimitar los delitos especiales y los de infracción de deberes y, por el otro, por establecer cuáles son sus conexiones. En función de ello, he demostrado que no todo delito especial es un delito de infracción de deber, pero que, a la inversa, todo delito de infracción de deber es un delito especial.

VI. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020.

CÓRDOBA, Fernando, “Los delitos de infracción de deber”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 1, 2015, pp. 93-113.

CÓRDOBA, Fernando, *Elementos de la teoría del delito*, t. I, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2021.

FALCONE, Andrés, “¿Delitos especiales? Reducción del ‘círculo de autores’ en delitos de infracción de un deber de fomento”, en *InDret*, 1/2020.

FALCONE, Andrés, *La caída del dominio del hecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general* (Traducción de la 9.ª ed. alemana a cargo de María de las Mercedes GALLI y Marcelo A. SANCINETTI), 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2022.

GÓMEZ MARTÍN, “¿Delitos de posición con infracción de deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, 2016.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General* (Traducción a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y otro), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal* (Traducción a cargo de Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1997.

SZENKMAN (2025), “Delitos de infracción de deber: una categoría legítima y necesaria”, pp. 45-75.

JAKOBS, Günther, “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos” (Traducción a cargo de Miguel CANCIO MELIÁ), UNL, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 87-120.

MAÑALICH, Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Polít. crim.*, vol. 7, n.º 14, diciembre 2012, pp. 357-377.

MAÑALICH, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 34, 2010, pp. 385-414.

PARIONA ARANA, Raúl, “La teoría de los delitos de infracción de deber y el principio de legalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26-11, 2024, pp. 1-31.

PARIONA ARANA, Raúl, “La asunción de la teoría de los delitos de infracción de deber y sus consecuencias en la jurisprudencia peruana”, en *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 60, pp. 1-34.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier / RUEDA MARTÍN, María Ángeles / GÓMEZ MARTÍN, Víctor / RIGGI, Eduardo Javier, en ROBLES PLANAS, Ricardo (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires, BdeF, 2022.

RAFECAS, Daniel, *Derecho penal sobre bases constitucionales*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2021.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Madrid, Thomson Reuters Civitas, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2003.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (Traducción de la 7.ª ed. alemana a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid y otra, Marcial Pons, 2000.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd, “La tesis de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber vs. dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales” (Traducción a cargo de Carmen PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ), en *Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 2017.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año XI, número 21 (2025), pp. 45-75.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Derecho penal. Parte general*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 2025.

VERDE, Alejandra, *Investigaciones en derecho penal y teoría del derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2022.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Derecho penal. Parte general* (Traducción a cargo de Raúl PARIONA ARANA), 46.ª ed., Lima, Instituto Pacífico, 2018.

LA RECIENTE DISCUSIÓN ARGENTINA SOBRE LOS HOMICIDIOS POR ODIO: PANORAMA CRÍTICO Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Clara B. ROMBOLÁ*

Fecha de recepción: 18 de marzo de 2025

Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2025

Resumen

El trabajo aborda la discusión argentina reciente sobre la legitimidad de la agravante del homicidio por odio prevista en el art. 80, inc. 4.º, del Código Penal. Tras reconstruir el estado actual del debate —en particular las posiciones de Marcelo SANCINETTI, José Milton PERALTA y María Laura MANRIQUE, así como la influyente obra de Heidi HURD y Michael MOORE—, se examinan críticamente los intentos de fundamentar la mayor pena en la idea de sometimiento de la víctima y en la relevancia de los motivos emocionales. Se sostiene que ninguna de esas construcciones logra justificar adecuadamente la agravante sin tensionar el principio de derecho penal de acto. Como hipótesis alternativa, se propone que los homicidios por odio no integran la discusión por motivos, sino que responden a una técnica legislativa defectuosa: su fundamento reside en una tutela reforzada basada en la mayor indefensión de los bienes jurídicos de personas pertenecientes a grupos en condición de vulnerabilidad. Sobre esa base se ensaya una interpretación del art. 80, inc. 4.º, CP que concilia la protección de esos grupos con las exigencias del derecho penal liberal.

Palabras clave: Homicidio por odio – Agravantes – Motivos – Principio de derecho penal de acto – Grupos en condición de vulnerabilidad – Tutela reforzada

Title: *The recent Argentine debate on hate-motivated homicides: a critical overview and a proposed solution*

Abstract

This paper addresses the recent Argentine debate on the legitimacy of the aggravating circumstance for hate-motivated homicide laid down in Article 80(4) of the Criminal Code. After reconstructing the current state of the discussion —particularly the positions of Marcelo SANCINETTI, José Milton

* Magíster en Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella. Docente en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires.

PERALTA and María Laura MANRIQUE, as well as the influential work of Heidi HURD and Michael MOORE—, it critically examines the attempts to ground the increased penalty in the idea of the victim's subjugation and in the relevance of emotional motives. It argues that none of these constructions adequately justifies the aggravation without straining the act-based principle of criminal law. As an alternative hypothesis, it proposes that hate homicides do not belong to the debate on motives but rather stem from a defective legislative technique: their rationale lies in a reinforced protection grounded in the greater defencelessness of the legal interests of persons belonging to vulnerable groups. On that basis, an interpretation of Article 80(4) of the Criminal Code is offered that reconciles the protection of those groups with the requirements of liberal criminal law.

Keywords: Hate-motivated homicide – Aggravating circumstances – Motives – Act-based principle of criminal law – Vulnerable groups – Reinforced protection

Sumario: I. Introducción; II. Panorama de la discusión argentina reciente; III. Crítica a las posturas argentinas recientes; IV. Toma de postura: hacia una teoría objetiva de los delitos de odio; V. Conclusión; VI. Bibliografía

I. Introducción

Este breve trabajo tiene como fin investigar la cuestión vinculada a los delitos de odio y su legitimidad, en especial a partir de la reciente discusión que se ha producido en Argentina sobre el tema. Se trata de un conocido problema instalado hace tiempo en la doctrina¹ que cuestiona tanto la justificación moral como jurídico-penal (o dogmática) respecto de la mayor pena con la que se

¹ MANRIQUE, “Delitos de odio y motivos emocionales”, en *Análisis Filosófico*, vol. XXXIX, n.º 2, noviembre 2019; PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012; PERALTA, “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, en *InDret* 4/2013; ÁLVAREZ, “Emociones y respuesta penal: sobre los delitos de odio en la legislación argentina. Reflexiones a partir del art. 80, inc. 4.º, del CP”, en *Géneros e interseccionalidad. Un análisis crítico de la parte especial del derecho penal* (dir. Javier Teodoro ÁLVAREZ / Alexia Sofía ALONSO), Buenos Aires, Editores del Sur, 2022, pp. 75-112; LAWRENCE, “The Punishment of Hate: Toward a normative Theory of Bias-Motivated Crimes”, 93 MICH. L. REV. 320, 1994; HURD / MOORE, “Punishing Hatred and Prejudice”, *Stanford Law Review*, abr. 2004, vol. 56, n.º 5; KAHAN, “Two Liberal Fallacies In The Hate Crimes Debate”, en *Law and Philosophy* 20, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 175-193; GRÜNEWALD, “La reforma de los delitos de homicidio. Alegato a favor de una propuesta basada en atenuantes”, trad. de Leandro Dias, en *Homicidio y Legítima Defensa en la Obra de Anette Grünwald*, (coord. Marcelo LERMAN / Lucila Tuñón Corti / Leandro Dias), Buenos Aires, Editores del Sur, 2022.

castiga este tipo de delitos en comparación con aquellos cuya configuración fáctica es idéntica, a excepción de la motivación del autor.

Para exponer de forma precisa este problema tomaré como punto de partida las observaciones formuladas por Marcelo SANCINETTI, uno de los primeros en traer esta discusión —instalada desde hace varios años en Alemania— a la Argentina. En concreto, lo que SANCINETTI se pregunta es “... si podrá ser legítimo un concepto de ilícito con componentes no definibles por la decisión actual contra el valor exterior y, en este caso, *de qué modo* podría ser así, y *con qué límites*”².

Al referirse en específico a las agravantes por motivos en los homicidios señala que la mayor pena sin dudas “... no puede explicarse por el mayor grado de *consciencia* del autor de afectar el bien jurídico *vida*” y agrega que en ambas clases de homicidio el “... carácter de *decisión de afectación*, como tales, son *idénticas*”³. De todas maneras, no soslaya que “... la conmoción social que producen (conscientemente) los dos sucesos, no es la misma”⁴.

La primera intuición que surge al aproximarse al núcleo del problema es que si la decisión de afectación del bien jurídico vida es igual —tanto en los homicidios motivados por odio, como en aquellos fundados en otras razones—, entonces sería incorrecto pensar en la imposición de penas diferentes. No obstante, la fuerza de este razonamiento se ve condicionada si pensamos que “... *junto* al valor de la vida, hay *otro* interés social (¿objetivo?) concurrente: la mayor o menor *crueidad* del hecho no sería valorativamente incolora”⁵.

Como contracara persiste la objeción de que si *realmente* fuese posible fundamentar pena sobre la base de un elemento subjetivo por sí solo —como podría serlo la motivación del autor—, cabría preguntarse si un tipo penal de esta clase es legítimo a la luz de determinados principios del derecho penal liberal, en especial el de acto.

SANCINETTI no responde al problema planteado, sino que deja abierta la posibilidad de que componentes subjetivos —como la motivación— puedan ser legítimos si *co-constituyen* el ilícito,

² SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 302.

³ SANCINETTI, *idem*.

⁴ SANCINETTI, *idem*.

⁵ SANCINETTI, *idem*.

como así también que no lo sean si al suprimirlos, lo que resta del tipo penal se vuelve totalmente “incoloro” desde el punto de vista valorativo⁶.

La cuestión fue retomada en los últimos años en Argentina por José Milton PERALTA y María Laura MANRIQUE, quienes intentan argumentar en contra de las objeciones habituales dirigidas a la legitimidad de las agravantes por odio y, en última instancia, legitimar estos delitos.

Por un lado, PERALTA⁷ parte de la premisa de que los homicidios por odio son más graves que los simples sin que eso derive en un menoscabo al principio del derecho penal de acto. Su tesis central es que “... los motivos de odio señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor. Esta pretensión se materializa, además, en el hecho tornándolo más grave incluso desde un punto de vista estrictamente objetivo”⁸. La diferencia fundamental que explica la disparidad de pena está en que la “... idea de sometimiento no se presenta en los homicidios comunes en los cuales la víctima, para no ser tal, no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto”⁹.

Por otro lado, MANRIQUE parece coincidir en que identificar el odio como motivo relevante para atribuir responsabilidad no implica reprochar únicamente el carácter del autor o sus pensamientos malvados. No obstante, a diferencia de PERALTA, su justificación se centra en que los motivos deben ser entendidos como parte intrínseca de la acción. Ella considera que el problema central en argumentaciones como la de SANCINETTI está “... en la exageración o deformación que implica sostener que los motivos no se reflejan en la acción”¹⁰. En este orden de ideas, MANRIQUE resalta que entender a los motivos de odio o emocionales como meros pensamientos implica una mala comprensión del rol que tienen los motivos en el razonamiento práctico.

⁶ SANCINETTI, ob. cit., p. 351.

⁷ Este tema fue primeramente abordado por el autor en su obra *Motivos reprochables*. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, trabajo con el que obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Este libro fue publicado en 2012 y allí desarrolla pormenorizadamente el problema desde el punto de vista de las teorías de la pena (primera parte) y desde la teoría del delito (segunda parte). Un año más tarde (2013) publicó “Homicidios por odio como delitos de sometimiento. Sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio” que, con base en la investigación de su tesis doctoral, sintetiza su postura sobre cómo resolver la pertenencia sistemática de los motivos en el caso de los homicidios por odio.

⁸ PERALTA (2013), ob. cit., p. 4

⁹ PERALTA (2013), *idem*.

¹⁰ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 212.

En este trabajo me interesará retomar esta discusión y valorar críticamente estos intentos de fundamentación de PERALTA y MANRIQUE, con el fin de contribuir a esta tradición jurídica argentina vinculada al estudio de los delitos de odio. Para eso, luego de profundizar en las posiciones más relevantes del estado actual de la discusión (apartado II), se buscará demostrar que las posturas de PERALTA y MANRIQUE no logran brindar una adecuada justificación a las agravantes por odio (apartado III). En contraposición a sus formulaciones, la hipótesis que sostendré es que la agravante del homicidio debatida por estos autores no forma parte de la discusión por motivos (apartado IV). En particular, se intentará demostrar que el problema se produce por una técnica legislativa defectuosa, que no logra capturar adecuadamente el sentido de la ley: una tutela reforzada basada en una situación de mayor indefensión de los bienes jurídicos involucrados.

II. Panorama de la discusión argentina reciente

II.1. Cuestión previa: lineamientos teóricos de la discusión

La legitimación del ilícito se fundamenta en que la representación mental del autor coincide con la situación de hecho objetivo que este decide afectar, pero en algunos delitos se necesitará un plus además del dolo de realizar los elementos del tipo. La mayor pena de estas figuras se basa en la incidencia de ciertos componentes de naturaleza subjetiva que no integran el dolo, como, por ejemplo, las tendencias internas trascendentes, los elementos del ánimo y los motivos.

La naturaleza de los motivos como elemento subjetivo distinto del dolo generó muchos debates en la doctrina, puntualmente sobre si su pertenencia corresponde al ilícito o a la culpabilidad. Actualmente no existe un criterio unánime respecto de si pertenece a uno u otro nivel de análisis¹¹.

La opinión dominante en Alemania puede ser graficada claramente con el siguiente pasaje del manual clásico de JESCHECK y WEIGEND:

“[a]l tipo de injusto pertenecen aquellos elementos del tipo delictivo que describen el comportamiento prohibido, así como la disposición del autor referida al mismo (dolo o imprudencia), mientras que por el contrario el tipo de culpabilidad está integrado

¹¹ Un panorama detallado de la discusión alemana puede encontrarse en el libro ya citado de PERALTA, *Motivos reprochables*, en la segunda parte de la obra (pp. 121-195).

por aquellos factores que caracterizan más detalladamente a la actitud jurídica interna del autor actualizada en el hecho”¹².

Por tanto, un primer acercamiento a la problemática parecería llevarnos a afirmar que se está en presencia de elementos de la culpabilidad. Sin embargo, como derivación de ese problema surge la pregunta de si un elemento subjetivo, o la culpabilidad, pueden justificar el incremento de la escala penal de los delitos. Hellmuth MAYER, por ejemplo, consideraba que algunos elementos subjetivos, como los motivos, eran lesivos del principio *cogitationis poenam nemo patitur*¹³. Este problema se desarrolló junto “... con la evolución general de la teoría del ilícito, en el tránsito desde la concentración del ilícito en un contenido estricta o predominantemente objetivo (sistema de Liszt-Beling-Mezger), hacia el reconocimiento de su carácter subjetivo-objetivo (Welzel-Stratenwerth-JAKOBS), o simplemente subjetivo (Kaufmann-Zielinski-Struensee)”¹⁴.

En Argentina, los autores clásicos no diferenciaban estos elementos del dolo. NÚÑEZ, por ejemplo, los consideraba “... dolos específicos estructurales del corpus del delito...” aunque reconocía que en la discusión alemana el problema giraba en torno a su pertenencia al ilícito o a la culpabilidad, pues advertía que “[a]lgunos autores solo han visto en ellos elementos de la culpabilidad [...] pero el finalismo los ha desprendido totalmente del ámbito de la culpabilidad y los ha llevado, junto con todo lo que pertenece al ánimo del autor, al campo de la acción...”¹⁵.

En la actualidad, ZAFFARONI se alinea con la postura dominante en Alemania y afirma que “... todas las referencias legales a la motivación son cuestiones de la culpabilidad, que dan lugar a escalas de pena alteradas en razón del reproche pero que no afectan el injusto”. No obstante, su análisis concluye tras indicar que “... los casos que se presentan en la legislación argentina [...] por lo general no son usados para ampliar el ejercicio del poder punitivo sino para limitarlo”¹⁶.

En definitiva, si consideramos que los móviles son exclusivos de la culpabilidad, un elemento de la “pura” culpabilidad no podría justificar que se exceda la escala penal que va de ocho a veinticinco años, prevista para el homicidio simple. En efecto, la pena que finalmente se imponga deberá determinarse únicamente entre el mínimo de la escala —ocho años— y el máximo —

¹² JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Editorial Comares, 2002, p. 505.

¹³ Cita de ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1981, p. 365.

¹⁴ SANCINETTI, ob. cit., p. 302.

¹⁵ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Córdoba, Lerner Ediciones, 1977, pp. 64-65.

¹⁶ ZAFFARONI y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 544.

veinticinco años— con ayuda de las disposiciones del art. 41, CP, con las cuales ya se tiene especialmente en cuenta la incidencia de la calidad de los motivos que determinaron al autor a delinquir.

Casi la totalidad de las modalidades previstas en el inciso 4.º, esto es, “por placer, [...] odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” son consideradas “el paradigma de la transmutación de un elemento que correspondería, en principio, a la mera evaluación de la reprochabilidad y medición de la pena (art. 41, CP), en el elemento del ilícito”¹⁷.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que la legitimidad del derecho penal parte de “... un concepto de ilícito circunscripto al disvalor de *decisión actual contra el objeto del bien jurídico*”¹⁸, se puede advertir que el riesgo en tomar un “puro” elemento del ánimo como otro fundamento de incriminación podría derivar en la imposición de una pena prescindiendo de la potencial lesión o afectación objetiva al bien jurídico¹⁹.

Sobre este punto, se podría realizar una primera conclusión preliminar a partir de las palabras de SILVA SÁNCHEZ. En particular, él objeta que, si los móviles no pueden incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado, pero sí disminuirlo o excluirlo, se incurre en una contradicción cuando se acepta el efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente. Implica aceptar que las teorías de la culpabilidad centradas en el reproche del carácter o de la actitud interna —abandonadas para la fundamentación de la pena— todavía rigen, al menos implícitamente, en el ámbito de la determinación de la pena. Rechaza esta posibilidad y sostiene que “... habría que escoger necesariamente una de las siguientes opciones alternativas: o bien se niega el efecto agravatorio de los móviles; o bien se reconstruye el injusto dando cabida en él a consideraciones tales que permitan integrar en él una valoración de los móviles del sujeto activo”²⁰.

II.2. Peralta y el odio por sometimiento

En su texto “*Homicidios por odio como delitos de sometimiento*”, PERALTA se aboca a desentrañar si existe una justificación adecuada que permita sostener la intuición de que los homicidios por odio

¹⁷ SANCINETTI, ob. cit., p. 341.

¹⁸ SANCINETTI, ob. cit., p. 301.

¹⁹ En este sentido, véase SANCINETTI, ob. cit., p. 350.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret*, 2/2007, p. 9.

son más graves y que —por esa razón— deberían recibir una mayor pena que los homicidios simples. Ensayo distintas fundamentaciones para explicar esa diferencia punitiva, prevista no solo en nuestro país, sino también en la inmensa mayoría de las otras legislaciones.

De esta manera, parte de la premisa de que los homicidios fundados en el odio —cualquiera de las clases de odios enunciadas en nuestra ley— son más graves que los homicidios simples; sin que eso derive en un menoscabo al principio del derecho penal de acto.

Para sostener esta postura sugiere mover el foco del estado mental del sujeto activo y, en cambio, advertir lo que el odio genera. Su tesis central radica en que los motivos de odio señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor que se materializa en el hecho y lo vuelve más grave desde un punto de vista objetivo.

Así, las víctimas solo podrían evitar la agresión al someterse a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida y las mata porque no se han sometido. Esta idea no se presenta en los homicidios comunes en los que el sujeto pasivo no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto²¹.

Sin embargo, PERALTA se adelanta a una posible crítica a su argumento en defensa de la agravante por odio: es evidente la conexión entre motivos y culpabilidad. Entonces, si los motivos pertenecen a la culpabilidad —puesto que determinan el grado de reprochabilidad del sujeto activo— la mayor pena aparejada por la agravante significaría castigar un pensamiento²². En resumen, el autor pretende demostrar la falsedad de ese razonamiento y afirmar la relevancia de los motivos, al punto de incidir en la gravedad del hecho.

Para comenzar a exponer su defensa, PERALTA parte de una *mirada prospectiva* y se pregunta: ¿qué significa matar a alguien por odio?²³ Plantea como una posible respuesta a ese interrogante que, en realidad, lo que al agente le molesta es algo que la víctima hace²⁴. Si esto es así, de ello se sigue que lo que genera el odio es "... censurar la acción de la víctima, [...] o, por lo menos, que esa no es, mientras el autor exista, una opción inteligente"²⁵. Como correlato de ello, la víctima tendría una forma de evitar el ataque, consistente en no realizar la conducta que "molesta" al victimario. En

²¹ PERALTA (2013), *idem*.

²² PERALTA (2013), ob. cit., p. 7.

²³ PERALTA (2013), ob. cit., p. 10.

²⁴ PERALTA (2013), ob. cit., p. 11.

²⁵ PERALTA (2013), *idem*.

definitiva, según PERALTA, la víctima debe someterse a la voluntad del autor para evitar ser atacada²⁶.

Luego, PERALTA analiza minuciosamente si ese razonamiento funciona en cada uno de los supuestos de odio regulados en el Código Penal argentino (odio por la identidad de género o su expresión, hacia la mujer, racial y religioso). Se detiene, especialmente, en los casos de odio racial ya que, a primera vista, parecería no poder adecuarse a sometimiento alguno por parte del victimario.

Para sortear este inconveniente, propone apuntar a las razones por las cuales — históricamente— han surgido movimientos racistas. Así, explica que, por ejemplo, el Ku Klux Klan no estaba en contra de la existencia de los afroamericanos, sino que más bien no toleraba que existiera una igualdad de derechos entre negros y blancos.

Entonces, según este argumento, las potenciales víctimas para evitar ser agredidas deberían renunciar al ejercicio de derechos individuales, a hacer aquello que cualquier individuo con personalidad plena puede hacer²⁷.

En resumidas cuentas, en los supuestos de odio racial, la víctima —para evitar ser atacada— debe adaptarse a la voluntad del agresor, sin importar que realmente tenga un derecho garantizado a desenvolverse en su ámbito de autonomía como lo desee.

PERALTA también propone utilizar una *mirada retrospectiva* para indagar en qué sentido el alegado sometimiento de las víctimas de homicidios por odio explicaría la mayor diferencia de pena en relación con los homicidios simples²⁸. Una vez más hace hincapié en la legitimidad de la agravante. A su criterio, el motivo excede la faz subjetiva para revelar una mayor gravedad del hecho, comparada con la figura básica de homicidio. Pues, según PERALTA, la mayor pena impuesta por el odio no se basa en la inmoralidad del motivo, sino en que este implica el sometimiento de la víctima²⁹.

No obstante, para poder entender este aspecto le sugiere al lector que se sitúe en una época bastante anterior al momento del hecho. Solo así puede responderse al interrogante que sobrevuela

²⁶ PERALTA (2013), *idem*.

²⁷ PERALTA (2013), ob. cit., p. 12.

²⁸ PERALTA (2013), ob. cit., p. 14.

²⁹ PERALTA (2013), *idem*.

la cuestión: ¿en qué sentido una víctima de homicidio por odio resulta más sometida que otras víctimas de homicidios comunes?³⁰

La idea que propone es la siguiente: los homicidios simples en realidad son casos en los que existió una especie de provocación penalmente relevante, mientras que, en los homicidios por odio, la conducta de la víctima que desencadenó la del victimario, no tiene relevancia para el derecho penal a los efectos de atenuar la pena³¹.

La concatenación lógica que sostiene ese razonamiento se basa en que los homicidios no ocurren de un día para el otro, sino que más bien resultan de la culminación de una escalada de violencia en la que la víctima tiene algo de responsabilidad en lo que sucede. La mirada retrospectiva que presenta PERALTA indaga en ese estadio anterior al homicidio y es ese momento previo el que explica la diferencia punitiva entre ambos supuestos bajo análisis.

Con este esquema argumentativo, brevemente sintetizado, PERALTA considera zanjado el problema sobre la legitimidad de la agravante por odio. Incluso, entiende que podría aplicarse a otras constelaciones de casos, como, por ejemplo, a aquellos homicidios por odio que no responden a la idea de sometimiento, como los supuestos en que el sujeto activo pretende la desaparición de una raza o mata por deseos misóginos extremos, etc. En ambos, la víctima no hace nada —normativamente relevante— para provocar su muerte. Abarca también en esta estructura conceptual a aquellos casos de víctimas elegidas al azar, a los homicidios motivados por placer, por el deseo desmedido de riqueza, por codicia (art. 80, inc. 4.º, CP) o, inclusive, los homicidios *criminis causae* (art. 80, inc. 7.º, CP).

En definitiva, PERALTA concluye en que todas las agravantes del homicidio —previstas en el art. 80, CP— tienen un denominador común: que la víctima no es corresponsable de su muerte³². Por ende, los homicidios por odio no son más que un supuesto específico de una categoría genérica de homicidios calificados, cuyo punto en común es que el autor obró por una razón que de ninguna manera puede atenuar el ilícito.

II.3. Manrique: delitos de odio y motivos emocionales

³⁰ PERALTA (2013), *idem*.

³¹ PERALTA (2013), ob. cit., pp. 15-16.

³² PERALTA (2013), ob. cit., p. 22.

Frente a esta postura, en los últimos años María Laura MANRIQUE ha ofrecido una propuesta diferente en su trabajo “Delitos de odio y motivos emocionales”. Allí, expone su argumento central basado en que un reproche agravado en los delitos cometidos por motivos emocionales —como el odio— está justificado si se entiende la verdadera relevancia que tienen los motivos como determinantes de las conductas. De hecho, en la primera parte de esa obra analiza la conexión entre acción y motivos como una relación cognitivo-conductual entre ambos elementos. A partir de esta distinción, se propone demostrar que la identificación del odio como motivo no implica per se un reproche sobre el carácter de los individuos o de sus pensamientos malvados³³.

Luego de reconstruir la crítica al reproche penal de los motivos mediante el desarrollo del argumento conceptual elaborado por HURD y MOORE³⁴, propone una suerte de argumento político para justificar el reproche penal en el carácter del agente —es decir, la personalidad— más que en sus conductas específicas³⁵.

MANRIQUE cuestiona la conceptualización de HURD y MOORE según la cual los deseos, las pasiones y creencias son estados mentales diferentes y se pregunta si realmente esas diferencias son moralmente relevantes para el tema en discusión³⁶. En efecto, tales autores consideran que el odio es un estado mental emocional semejante a la ira o a los celos y, por ende, constituye más bien un rasgo de carácter del sujeto activo³⁷.

De modo que, según MANRIQUE, para HURD y MOORE la diferencia central estaría en que mientras que los delitos requieren una intención específica basada en un deseo, con un objetivo circunscripto y una duración acotada en el tiempo, el odio es perdurable y se configura como una disposición del carácter³⁸. La conclusión de este argumento sería que una agravante por odio tiene como fin reprochar el mal carácter de la persona acusada. Además, según la reconstrucción argumental que hace MANRIQUE, HURD y MOORE sostienen que el delito subyacente ya está reprochado en el código penal y que la mayor cuantía del castigo de este tipo de delitos obedece al odio añadido que motiva al agente a realizar cierta acción³⁹.

³³ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 193.

³⁴ HURD / MOORE (2004), ob. cit.

³⁵ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 198

³⁶ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 201.

³⁷ Citado en HURD / MOORE (2004), p. 1127, y en MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 202.

³⁸ MANRIQUE (2019), *idem*.

³⁹ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 203.

MANRIQUE cuestiona la postura de los autores y, en cambio, sugiere que desde una teoría dual de las emociones se podría explicar más adecuadamente la relevancia de las emociones en la conducta del agente⁴⁰.

Así, señala que, a partir de la interconexión de los aspectos neuronales, mentales y conductuales de la acción surgen tres relaciones conceptuales distintas: la prioridad epistémica, la causal y la semántica, de modo que la importancia de tales conexiones epistémicas y causales es central para explicar las emociones.

A modo de ejemplo, trae a colación los hechos de un precedente de la jurisprudencia alemana, el caso “Goetz”, para explicar este fenómeno. Desde la perspectiva de un observador externo, las víctimas se habían aproximado al acusado de forma amenazante, pero “... la reacción y el modo de ejecutar la acción [por parte del sujeto activo] parece más compatible con alguien que aprovecha para deshacerse de las personas que considera despreciables”⁴¹.

De esta manera, concluye en que no pueden entenderse ciertas instituciones de la teoría del delito —ya sea excusas o atribución de la responsabilidad— sin tener en cuenta los estándares del carácter⁴² y diferencia dos clases de discusiones que —a su criterio— no deben ser confundidas porque la naturaleza de su fundamentación es distinta⁴³. Por un lado, está el debate normativo acerca de por qué el derecho concede relevancia a la ira, al odio y lo descarta respecto de otros motivos emocionales, como la piedad. Por el otro, está la discusión conceptual sobre el impacto de los motivos en la conducta del agente. Para ella no es consistente reconocer que los motivos tienen como características cardinales la fuerza y la calidad moral, pero a la vez afirmar que una de estas propiedades —la calidad moral— es irrelevante para atribuir responsabilidad penal⁴⁴.

Sin embargo, MANRIQUE reconoce que la discusión sobre el impacto de los motivos puede dividirse en dos: la especificidad del odio frente a otros motivos emocionales y la supuesta naturaleza incontrolable de las emociones⁴⁵. Mientras que la primera discusión se enfoca en cuestionar cuál

⁴⁰ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 204.

⁴¹ MANRIQUE (2019), *idem*.

⁴² En este punto, la autora enumera los casos de la construcción del hombre razonable, los criterios de razonabilidad para determinar si se atribuye o no responsabilidad por negligencia, o si la ira con la que se condujo el sujeto activo estaba o no justificada (MANRIQUE, ob. cit., p. 210).

⁴³ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 211.

⁴⁴ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 212.

⁴⁵ MANRIQUE (2019), ob. cit., p. 213.

sería la diferencia entre las acciones realizadas con base en el odio y otros comportamientos realizados por otras razones, la segunda postula que el odio es una emoción que se apodera del sujeto activo y no puede ser controlada.

De cualquier modo, su argumentación se centra en responder a la discusión que vincula la imposibilidad de castigar al odio por ser una emoción incontrolable⁴⁶. Para criticar esta postura, retoma la posición de HURD y MOORE basada en la teoría mecanicista de las emociones que, en apretada síntesis, considera que las emociones son impulsos que por su intensidad no pueden ser controlados ni evaluados. En contraposición, considera que el problema fundamental es que tal idea ofrece una visión reducida del papel de las emociones en las acciones y para probarlo formula tres críticas concretas desde una concepción cognitivo-evaluativa⁴⁷.

III. Crítica a las posturas argentinas recientes

Ahora bien, en el ámbito de la discusión anglosajona, es claro que cobra relevancia la obra de Heidi M. HURD y Michael S. MOORE, “Punishing Hatred and Prejudice”, citada tanto por MANRIQUE como por PERALTA⁴⁸. En ese trabajo, HURD y MOORE⁴⁹ analizan con detalle las justificaciones normalmente esgrimidas para castigar los llamados “delitos de odio”. Tras sintetizar las posturas existentes en la doctrina estadounidense, llegan a la conclusión de que —hasta el momento— la mayoría de los autores han fallado en brindar tanto una adecuada justificación moral del castigo de este tipo de delitos, como así también en explicar un marco de abordaje aceptable para las legislaciones que los contemplan⁵⁰.

La importancia de la obra de HURD y MOORE radica en lo exhaustivo de su investigación, pues en la búsqueda de respuestas para explicar acabadamente la corrección del castigo de los delitos por odio, indagan en un amplio espectro de razones: desde argumentos que exploran la configuración objetiva de tales delitos o posturas que indagan sobre la función de su castigo, hasta la búsqueda de razones atinentes a la culpabilidad⁵¹. En todos los casos, concluyen en que las premisas que sostienen

⁴⁶ MANRIQUE (2019), *idem*.

⁴⁷ MANRIQUE (2019), *ob. cit.*, p. 214.

⁴⁸ Citado en MANRIQUE (2019), PERALTA (2012) y PERALTA (2013).

⁴⁹ HURD / MOORE (2004), *ob. cit.*

⁵⁰ HURD / MOORE (2004), *ob. cit.*, p. 1082.

⁵¹ En la primera parte de su trabajo, HURD y MOORE desarrollan lo que podríamos traducir al castellano como la “tesis del daño mayor”, basada en la concepción de que los ofensores que cometen delitos contra sujetos de grupos excluidos o discriminados cometen un daño mayor hacia sus víctimas o hacia las comunidades de tales víctimas en comparación con ofensores comunes. En la segunda parte, exploran lo que ellos denominan “tesis expresivista”, cuya idea principal reposa en

esas posiciones son “... empírica, moral o conceptualmente sospechosas...”⁵² y que “... ninguna, hasta ahora, provee la legitimidad teórica necesaria para justificar esta forma de legislación penal políticamente popular”⁵³.

En este análisis minucioso de HURD y MOORE existe un punto de contacto con las consideraciones expuestas por SANCINETTI. Los tres autores coinciden —más allá de sus particulares enfoques— en que la afectación del bien jurídico es la misma independientemente de la existencia de odio como fundamento de la acción del autor. En todo caso, tal como apuntan HURD y MOORE, la existencia de odio como presunción de la existencia de una mayor afectación del bien jurídico puede guiarnos a conclusiones erróneas, pero más aún, realmente no puede explicar cuál sería —en esencia— la diferencia con los restantes delitos cometidos por otras razones.

Este texto, que hace las veces de “puente” entre la perspectiva de dogmática penal tradicional del derecho argentino y la filosofía analítica anglosajona, será de particular relevancia para lo que sigue: criticar la propuesta de PERALTA, primero, y la de MANRIQUE, en un segundo momento.

III.1. Contra la propuesta de Peralta

Para una mayor claridad expositiva dividiré esta sección en dos apartados, coincidentes con los principales argumentos formulados por PERALTA para defender la legitimidad de la agravante por odio contemplada en el art. 80, inc. 4.º, CP.

a. La mirada prospectiva como otra formulación de la tesis del daño mayor

Como punto de partida, PERALTA aborda el problema al preguntarse sobre la pertenencia sistemática de los motivos —y, por ende, del odio— en la estructura tripartita de la teoría del

que los actos de odio y discriminación expresan desprecio por los miembros de la sociedad a punto tal que justificaría una acusación estatal más elevada en cuanto a las penas a imponer. En esta sección analizan la cuestión a través de teorías de la pena (retribucionismo, utilitarismo y teorías alternativas). En la tercera parte tratan lo que caracterizan como “tesis de la culpabilidad”, según la cual el odio y la discriminación constituyen un estado mental excepcional que, por lo tanto, merece una mayor pena en comparación con delitos motivados en otras razones. Especifican que esta idea se basa en la noción de que el castigo se explica, en parte, por la acción disvaliosa del sujeto activo, pero también por su culpabilidad. En la cuarta sección, los autores desarrollan la “tesis igualitaria”, que se apoya fundamentalmente en la idea de que la mayor pena de los delitos de odio permite alcanzar una distribución más igualitaria del riesgo de que se cometa un delito en nuestra sociedad porque impide una victimización más profunda de aquellos grupos de ciudadanos que ya cargan con una cantidad desproporcionada de violencia social.

⁵² HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1146.

⁵³ HURD / MOORE (2004), *idem*.

delito. Actualmente, como ya se señaló, no existe un criterio unánime en la doctrina acerca de si los motivos pertenecen a uno u otro nivel de análisis⁵⁴.

Al analizar esta cuestión en el marco de la discusión anglosajona, HURD y MOORE advierten que si la conducta delictiva subyacente, junto con el dolo de llevar a cabo la conducta (p. ej., la intencionalidad del hecho), ya es castigada por la ley penal, el aumento de pena derivado por las agravantes de odio se debe al odio o al perjuicio que motiva al ofensor a actuar de ese modo⁵⁵.

Entonces, es claro que los motivos no podrían justificar que se exceda la escala penal que va de ocho a veinticinco años, prevista para el homicidio simple.

Ahora bien, PERALTA sortea esa crítica al sostener que los motivos exceden la faz subjetiva y que la mayor pena impuesta no se basa en la inmoralidad del motivo sino en el sometimiento de la víctima. En otras palabras, esta modalidad de homicidio lesionaría dos bienes jurídicos: por un lado, la libertad de la víctima —o un bien jurídico similar— y, por el otro, la vida. Sin perjuicio del *nomen iuris* que utiliza —para él siguen siendo “motivos”—, la consecuencia de la concepción que introduce zanjaría la cuestión en favor de la legitimidad de la agravante, pues si el odio tiene una descripción objetiva y pertenece al ilícito, ya no se estaría penando un mero estado del ánimo.

No obstante, aquí considero que existe un inconveniente en su argumentación, y es que el poder explicativo de su tesis no logra resolver todos los casos que usualmente consideraríamos homicidios por odio. Por ejemplo, en las muertes cometidas por odio racial la víctima jamás podría “someterse” al autor. PERALTA mismo reconoce los límites de la construcción propuesta cuando advierte que, a diferencia de lo que sucede con otros supuestos, la raza no puede elegirse⁵⁶.

Para evitar este inconveniente fuerza la estructura de su argumento al sugerir que, en realidad, el sometimiento en el caso de las víctimas por odio racial consistiría en que el victimario tiene como fin que ellas renuncien a sus derechos. Esta última reflexión no explica aquellos casos en los que al potencial homicida no le interesa que la víctima renuncie a sus derechos civiles, porque lo que lo mueve a cometer el delito es algo tan irracional como su pertenencia a una etnia o raza, sin que la víctima pueda hacer algo para evitarlo. Piénsese en un caso de un racista que mata a la víctima solo por su color de piel, sin ningún motivo acompañante referido al sometimiento o renuncia de

⁵⁴ SANCINETTI, ob. cit., p. 303.

⁵⁵ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1128.

⁵⁶ PERALTA (2013), ob. cit., p. 12.

derechos de quien es matado. En un ejemplo así, lo único que podría decir PERALTA es que la intención directa de matar es, en sí misma, parte de un sometimiento objetivo a la víctima, ya que al querer matar irracionalmente el autor demuestra objetivamente un sometimiento: la renuncia de la víctima a su derecho a la vida. Sin embargo, esto es lo que sucede en cualquier homicidio cometido con dolo directo: el ilícito del homicidio es, en definitiva, una violación al derecho a la vida de la víctima.

Otro aspecto cuestionable de esta argumentación sobre el sometimiento en casos de odio racial es que PERALTA elabora este razonamiento con la ayuda de un ejemplo histórico: los móviles de los crímenes cometidos por el Ku Klux Klan en Estados Unidos. Las pretensiones específicas de los miembros de esa organización no se afincaban en hacer desaparecer a los afroamericanos, sino en impedir el reconocimiento de sus derechos. El problema con este supuesto es que no deja de ser solo un ejemplo puntual contingente: una motivación particular de ese grupo específico que, en rigor, no sería útil para establecer un criterio general, aplicable al resto de los homicidios por odio racial que surjan en el futuro.

Por otra parte, su postura podría encuadrar en aquellas teorías que HURD y MOORE denominan “tesis del daño mayor”, específicamente, aquella vertiente que afirma que los delitos de odio generarían un mayor daño psicológico (trauma) a las víctimas directas de este tipo de hechos⁵⁷. La conclusión de quienes sostienen esta posición es que los sujetos activos de esta clase de delitos merecen un castigo mayor porque son más culpables. Serían más culpables porque habrían cometido un daño mayor, lo que implica la causación de una lesión mayor, que concretamente se traduce en la traumatización psicológica de las víctimas⁵⁸.

La primera crítica que HURD y MOORE dirigen a esta argumentación —extensible a la postura de PERALTA— es la objeción sobre si esas presuposiciones empíricas son realmente ciertas. En efecto, todos los delitos violentos tienden a producir un trauma psicológico en sus víctimas y advierten que, tal como lo demuestra un estudio sobre esta cuestión, las respuestas predominantemente emocionales de las víctimas de violencia por odio son equiparables a las del resto de las víctimas de otros tipos de delitos personales. En definitiva, cuestionan la premisa basada

⁵⁷ Véase LAWRENCE (1994), ob. cit., pp. 342-345; HURD / MOORE (2004), ob. cit., pp. 1087-1090.

⁵⁸ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1087.

en que los delitos violentos motivados en odio producen significativamente un trauma mayor que delitos iguales pero basados en otros motivos⁵⁹.

Además, señalan que el grado de violencia y daño (incluyendo el trauma psíquico) generado por los agresores es un factor que ya fue tenido en cuenta por el legislador al establecer castigos diferenciados para distintas categorías de agresiones agravadas, de modo que se estaría haciendo un doble cómputo de este factor al elevar las penas de los delitos de odio por el daño psíquico que acompañaría una violencia más grave.

Esta explicación es trasladable a nuestra legislación, al advertir que el art. 41, CP “... concede relevancia para la valoración del hecho a la ‘extensión del daño’ causado. La ponderación de la magnitud de las consecuencias materiales del delito al momento de graduar la pena replantea en este nivel del análisis la discusión en torno de la alternativa ‘disvalor de la acción-disvalor de resultado’”⁶⁰. Entonces, es claro que la ley prevé la posibilidad de graduar la pena según el daño revelado por la acción en el caso concreto y que, al igual que los motivos, es una regla concebida para evaluar la culpabilidad del autor.

b. La mirada retrospectiva y el problema de la provocación

La segunda mitad del texto de PERALTA se centra en explicar la diferencia punitiva entre el homicidio simple y el agravado por odio. Así, traza un paralelo entre los casos de provocación y la relación entre el homicidio simple y el agravado. De esta manera, justifica el menor castigo de las víctimas de un homicidio simple como una analogía del provocador que sufre un ilícito como consecuencia de su provocación: “... no cae en el ostracismo jurídico, sino que desciende un escalón en los niveles de protección”⁶¹. La contracara de ello es que el provocado —al igual que el sujeto activo de un homicidio simple— “... no debe responder como cualquier autor, [es decir], como si su acción fuera completamente obra suya”⁶².

En este caso, resulta llamativa la utilización del principio de responsabilidad (o provocación), propio del tipo permisivo en la legítima defensa, para explicar el tipo objetivo. Al margen de considerar que es una solución creativa para explicar la diferencia de pena entre un homicidio simple

⁵⁹ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1088.

⁶⁰ ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 122.

⁶¹ PERALTA (2013), ob. cit., p. 17.

⁶² PERALTA (2013), *idem*.

y uno agravado, también creo que implica una alteración lógica en la sistematicidad del homicidio en el Código Penal.

En Argentina, el homicidio simple está regulado en el art. 79, CP y contiene el tipo al cual todos los demás delitos contra la vida hacen referencia. En efecto, la frase “siempre que en este código no se estableciere otra pena” tiene como fin destacar el carácter de figura genérica del homicidio simple con relación a las formas de “matar a otro” que la ley reprime. Como señala SOLER, este tipo básico se define negativamente “... es la muerte de otro hombre sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio”⁶³. Por lo demás, los supuestos de calificación por atenuación —a diferencia de lo que pretende plantear el texto de PERALTA— están presentes en el art. 80, CP —las circunstancias extraordinarias de atenuación— y en el art. 81, inc. 1.º (a), CP —homicidio en estado de emoción violenta—.

Ahora bien, ya en el Proyecto de Código Penal de 1906 se había pensado en la posibilidad de incluir a la provocación como atenuante del homicidio. Estaba prevista en el art. 83, inc. 4.º del P. 1906. Incluso en esa época los legisladores consideraban que una situación de provocación era la excepción —atenuante— y no la regla —homicidio simple—. Luego, se previó incluir al homicidio provocado como un inciso de la figura de homicidio en estado de emoción violenta, circunstancia que tampoco estuvo exenta de críticas⁶⁴.

Con el desarrollo normativo venidero, se consideró incluida la provocación en el homicidio en estado de emoción violenta. Al respecto, SOLER explica que las situaciones de ímpetu de ira y justo dolor se referían, en el primer supuesto, a la provocación, y en el otro, a los casos de sorpresa en el adulterio; del sujeto que mata al ladrón; y del que reacciona contra una ofensa inferida a una persona querida⁶⁵.

Con lo señalado se pretende mostrar que el rol de la provocación no es tan claro en el derecho argentino, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal alemán: en Alemania, la provocación es *explícitamente* una atenuante del homicidio, regulada en el § 213, StGB. Por consiguiente, el trasplante que realiza PERALTA de la discusión alemana no está libre de dudas, en especial si se tiene en cuenta la discusión legislativa señalada. Por supuesto que esta crítica presupone que estas cuestiones de legislación e historia parlamentaria han de ser tenidas en cuenta en la discusión y eso

⁶³ SOLER, ob. cit., p. 15.

⁶⁴ Al respecto, véase la discusión parlamentaria citada en SOLER, ob. cit., t. III, p. 54.

⁶⁵ SOLER, ob. cit., t. III, p. 56.

podría debatirse. No obstante, este panorama sirve para al menos poner en duda la solución de PERALTA⁶⁶. De cualquier modo, incluso si se asume como correcta la vinculación con la provocación, la referencia a los “sentimientos” del agresor (es decir, el “sentirse provocado”), está ligada al terreno de las emociones y se corresponde en realidad con situaciones subjetivas que influyen en la reprochabilidad y, por ende, en la valoración de la culpabilidad del autor y *no* del ilícito. Así, tanto las circunstancias extraordinarias de atenuación, como el estado de emoción violenta —que recoge dentro de sus previsiones a la provocación— son situaciones que considero que deberían ser analizadas en la culpabilidad y que no pueden ser descriptas de un modo no artificial en términos objetivos.

Desde luego que no soslayo que las soluciones a los casos de intervención de la víctima en el hecho con relación a la producción del resultado son ofrecidas por la teoría de la imputación objetiva⁶⁷. En este sentido, aquellos supuestos en que el hecho sea cometido debido a una posible actitud previa de la víctima —o de su calidad particular—, siempre involucrarán un criterio relacionado con el ilícito y la culpabilidad.

La decisión valorativa tomada por PERALTA, y esta es la crítica principal, no obstante, resulta, como mínimo, contraintuitiva al alterar la relación de sistematicidad entre las distintas figuras de homicidio. En su estructura la regla serían los homicidios calificados, y la pena por defecto, la prisión perpetua. Las excepciones, los homicidios simples, que se configurarían en caso de verificarse una conducta previa —normativamente relevante— por parte de la víctima —provocación—. Sin embargo, en este nuevo esquema, PERALTA omite explicar los casos que la doctrina tradicionalmente ha señalado como homicidios *atenuados*, como sucede, por ejemplo, con el homicidio en estado de emoción violenta —en el que se encuentra incluido el homicidio por provocación—.

⁶⁶ Sobre el punto, vale señalar que “[e]n el § 212, párr. 2, StGB, está regulado el caso especialmente grave de homicidio, mientras que el § 213, StGB, menciona casos especialmente menos graves de homicidio. Aquello de lo que se trata en ambas regulaciones son **prescripciones sobre la medición de la pena**, que, por lo tanto, deben ser analizadas después de la culpabilidad. En los trabajos de exámenes, solo en raros casos de excepción hay que entrar en estas prescripciones, si se dan los puntos de apoyo correspondientes” (HILGENDORF / VALERIUS, *Derecho penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2022, p. 10, el resaltado pertenece al original).

⁶⁷ Al respecto, se ha dicho que “... puede que la configuración de un contacto social competa no solo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima” (JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 34).

Como contrapartida, para PERALTA la diferencia entre la pena máxima de veinticinco años del art. 79, CP y la prisión perpetua del art. 80, CP parece estar justificada por la ausencia de provocación —al menos en el sentido penalmente relevante para el ámbito jurídico— por parte de la víctima. Este criterio supone, a mi entender, un contrasentido de las reglas clásicas que asignan a la provocación un valor atenuante, mientras que su ausencia solo puede implicar que estamos en presencia de la figura básica.

En definitiva, resulta contraintuitivo que el tipo básico de homicidio parta de la presuposición de existencia de una provocación de la víctima como justificativo de una menor pena. De hecho, la mención explícita que nuestra ley hace de la provocación parece diferir del significado que PERALTA pretende darle.

En este sentido, resulta útil traer a consideración la postura de Lawrence CROCKER y su teoría sobre por qué los delitos de odio son peores que otros con base en la inmutabilidad de las características según las cuales las víctimas de delitos por odio son elegidas⁶⁸. Aun cuando CROCKER podría tener un punto de contacto con la propuesta de PERALTA, advierte que, si bien las agresiones “provocadas” por características inmutables parecen injustas en comparación con las de otra clase, igualmente lo son aquellos ataques motivados en una provocación por características mutables que no tendríamos que cambiar. Entonces, si la víctima es atacada porque es rica, o porque usa un vestido corto, o dice lo que piensa sobre un asunto de importancia pública, o se hace abortos, el hecho de que su característica sea mutable difícilmente podría hacerla parcialmente culpable de su victimización⁶⁹.

Considero, en definitiva, que, si los móviles no pueden incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado, pero sí disminuirlo o excluirlo, se incurre en una contradicción cuando se acepta el efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente.

En igual sentido, HURD y MOORE sostienen que la doctrina de la provocación o pasión, odio, enojo e ira (o sentimientos similares) fue pensada para disminuir la culpabilidad porque, de alguna manera, esos sentimientos generan una suspensión del juicio racional que es requerido para

⁶⁸ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1097.

⁶⁹ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1098. Para CROCKER, los delitos de odio son peores que los delitos comunes independientemente de las consecuencias y por cuestiones históricas, como el racismo y otro tipo de odios. Su visión radica, fundamentalmente, en un castigo elevado para los reincidentes con base en que cuando se causa el mismo daño una tercera, cuarta o quinta vez es peor que hacerlo por primera vez.

considerar totalmente responsable al agente. Estos autores afirman que sería rotundamente contradictorio con el objetivo de la doctrina de la provocación/pasión, como precedente de la legislación que introdujo los delitos de odio, sostener que la mismísima condición que exculpa también incrimina.

Más allá de la aparente falta de solución del problema, lo que es seguro es que aquellos componentes subjetivos que no tengan referencia a lo objetivo no podrán fundamentar el ilícito por sí solos, a diferencia del dolo, que sí puede hacerlo por la existencia de una referencia coincidente entre el tipo subjetivo y la descripción objetiva. Así, SANCINETTI propone un procedimiento para indagar sobre la legitimidad de los tipos penales que se basan en motivaciones: si se suprimiese la motivación y lo que quedase del tipo penal fuera completamente irrelevante, entonces el tipo penal no sería legítimo. En cambio, si el elemento en cuestión co-constituyese el ilícito para restringirlo en un marco legal más amplio o para agravar un hecho básico que ya es disvalioso, entonces aquel sí será legítimo⁷⁰.

Es posible que exista una diferencia en el disvalor que genera un homicidio simple y otros homicidios agravados por móvil perseguido. Desde una perspectiva objetiva, sí podría señalarse un “daño extra”⁷¹ tanto para la víctima como para otros observadores cuando el hecho tiene características externas que denotan el odio. Ciertamente, esa distinción no se puede explicar por el mayor grado de consciencia del autor de afectar el bien jurídico vida porque, en todo caso, la decisión de afectación es idéntica. Sin embargo, quizás un indicio sobre la diferencia entre uno y otro caso sea que la conmoción social que producen los dos tipos de homicidios no sea igual.

III.2. Contra la propuesta de Manrique

El punto central de la propuesta de MANRIQUE es que los motivos resultan un elemento intrínseco de la conducta, aunque su incidencia en el resultado sea distinta a la de los deseos. A modo de ejemplo, explica que algunos motivos pueden modificar la valoración de la conducta del

⁷⁰ SANCINETTI, ob. cit., p. 351.

⁷¹ En la discusión anglosajona quienes sostienen esta postura son, principalmente, Frederick LAWRENCE y también Steven Weisburd y Brian Levin. Para un estudio profundizado de la discusión, ver HURD / MOORE (2004), ob. cit., pp. 1085-1093. Concretamente, LAWRENCE parte de la premisa de que “... los delitos por odio difieren de aquellos comunes en lo que hace al daño resultante y al estado mental del ofensor. La naturaleza de la lesión sufrida por la víctima inmediata de un delito de odio excede el daño causado por un delito común. Además, los delitos de odio causan un daño palpable tanto al amplio espectro de los destinatarios directos como a la sociedad en su conjunto, mientras que los delitos comunes no generan un daño tan extendido” [LAWRENCE (1994), ob. cit., p. 323].

agente. En efecto, no es lo mismo defenderse de una agresión bajo los presupuestos de la legítima defensa que intentar deshacerse de un enemigo.

Es indiscutible que la identificación del motivo permite entender ante qué supuesto jurídico nos hallamos. Sin embargo, el problema que clásicamente se ha planteado sobre este tema no es la incidencia de *cualquier* motivo que agrave la pena, sino precisamente de aquellos relacionados con razones emocionales porque su estructura se asemeja a los pensamientos.

Para ilustrar esta crítica, cabe traer a colación otras de las agravantes del art. 80, CP cuya redacción indica una relación de causa-consecuencia con la acción típica y su configuración como motivo. Esto sucede cuando la acción se emprende por precio o promesa remuneratoria (art. 80, inc. 3.º, CP); o para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito (art. 80, inc. 7.º, CP); y con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja (art. 80, inc. 12.º, CP).

El problema de la postura de MANRIQUE sería que no toda agravante por motivos acarrea la controversia que se analiza en este trabajo. Así, los supuestos citados son casos que involucran elementos de la actitud interior mientras que en los otros hay una diferencia *objetivamente* apreciable. HURD y MOORE explican las categorías de los delitos de intención como un precedente útil para comprender los delitos de odio. Un delito de intención requiere que el sujeto activo realice una acción prohibida con determinado propósito posterior distinto al querido al realizar la conducta ilícita. Entonces, cada vez que la ley menciona la cláusula “con el propósito de” toma como un elemento del tipo el motivo o la causa por la que el autor actúa⁷².

La diferencia principal entre ambos grupos de delitos viene dada por el estado mental específico exigido por los delitos de intención y los delitos de odio. Las intenciones específicas tienen como objeto futuros estados de las cosas que constituyen la razón de actuar (objetivo). En cambio, el odio es un estado emocional por el que el autor actúa, mientras el prejuicio constituye una disposición para emitir juicios de valor sobre otros y para actuar sobre una falsa creencia sobre ellos (subjetivo)⁷³.

⁷² HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1121.

⁷³ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1122.

Además, la distinción que MANRIQUE propone en la discusión normativa y conceptual de la incidencia de los motivos tampoco da una mayor claridad para buscar una respuesta al problema planteado. Por el contrario, nos deja en el mismo punto de partida. No se trata simplemente de un problema normativo, pues en los ejemplos que da para refutar la lógica misma de la discusión, son casos en los que los motivos *cuentan* precisamente porque la intención del autor encuentra un reflejo en la configuración fáctica del hecho. Así, habrá legítima defensa siempre que el sujeto activo se hubiera representado los presupuestos fácticos y actúe en consecuencia.

Entonces, la objeción que en términos generales podría plantearse a la postura de MANRIQUE es que es difícil cuestionar la incidencia práctica de los motivos en el reproche de la responsabilidad penal. De hecho, el ejemplo que da sobre por qué un sentimiento de piedad podría incidir en la pena nos reencauza nuevamente en la senda de la discusión. Los motivos emocionales que en nada cambian la configuración fáctica del hecho podrían operar tanto como agravantes o atenuantes y funcionan como parámetros de sensibilidad al mensurar la pena entre el mínimo y el máximo de la escala legal. En ese sentido, la reconstrucción de la discusión que hace MANRIQUE es poco caritativa con las posturas usuales en la dogmática penal. Así, precisamente la existencia de determinados motivos explica el monto de la pena y funda la magnitud del reproche penal entre un mínimo y un máximo. El verdadero problema es cuando la agravante misma se convierte en la explicación de una pena por arriba del máximo legalmente previsto para el homicidio.

Otro punto objetable se refiere a las consideraciones formuladas por HURD y MOORE y que tienden a criticar el modelo tradicional de evaluación de los motivos o razones en la atribución de responsabilidad. En efecto, las objeciones que plantean en ese trabajo tienen como fin demostrar la inconsistencia de la evaluación de los motivos como agravantes en comparación con otras razones que podrían ser igualmente reprochables. Esta distinción es importante porque los autores no son indiferentes a la incidencia del odio en los delitos, sino que intentan buscar la forma para que su consideración como agravante no sea contradictoria con los principios generales y los criterios rectores en la mayoría de los sistemas penales.

Entonces, aun cuando MANRIQUE afirma que las emociones y los estándares del carácter tienen un papel importante en la atribución de responsabilidad, ella no termina de responder las inconsistencias que HURD y MOORE señalan con respecto a la irrelevancia de otras emociones (egoísmo, avaricia, narcisismo, etc.) y la necesidad de igualar su valoración a la hora de imponer una pena.

HURD y MOORE advierten que, quienes se enrolen en esa postura, deberían aprender la lección que los delitos de odio enseñan, esto es, que la mayoría de los ofensores con motivaciones negativas están siendo penados por debajo de lo que deberían. Así, plantean que, si uno cree que la culpabilidad moral del autor estaría mejor mensurada por sus motivaciones de fondo más que por sus intenciones, conocimiento o grado de percepción consciente vinculada con el resultado de su conducta, entonces también deberíamos pensar que la ley penal debería ser radicalmente revisada para ser un mejor espejo de las condiciones de una culpabilidad moral verdadera⁷⁴.

IV. Toma de postura: hacia una teoría objetiva de los delitos de odio

IV.1. Planteo de la propuesta

Como se deduce del desarrollo que antecede, la implicancia de considerar ilegítimas las agravantes por odio con base en la argumentación plausible de que por ser un motivo serían un elemento de la culpabilidad genera una sensación de impunidad frente a situaciones que —como sostiene SANCINETTI— no resultan valorativamente incoloras. La disonancia que ocasiona la discusión viene dada, a mi modo de ver, en el tratamiento indistinto de las agravantes previstas en el art. 80, inc. 4.º, CP que si no son correctamente diferenciadas podrían guiarnos de forma errada al origen del problema, lo que acarrearía —a su vez— no acertar en una propuesta de solución adecuada.

El art. 80, inc. 4.º, CP regula en un mismo supuesto al que mata a otra persona, por un lado, por placer o codicia y, por el otro, por odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. Este señalamiento es importante porque no parecerían ser supuestos asimilables. Mientras que de la primera parte de la norma sí puede advertirse de forma evidente la alusión a motivos como una cuestión agravante, no sucedería lo mismo con la segunda parte pese a que preliminarmente podría confundirse por la utilización de la misma estructura sintáctica.

Sin embargo, para notar la distinción entre esos dos grandes grupos creo que deberían ser otras las preguntas a formular para llegar a una posible solución del problema: ¿qué busca realmente castigar la ley? o, mejor dicho, ¿qué protege? Estos interrogantes nos conducen a otra pregunta que nos acerca al **núcleo** de la incomodidad que provoca postular la ilegitimidad de la agravante: ¿la

⁷⁴ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1135.

ley busca castigar el odio por el odio mismo? La respuesta surge rápidamente de la literalidad de la norma, que marca una dirección precisa de ese odio al señalar que debe ser racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

Esto último permite inferir que la intención del legislador fue la de dar cierta protección a determinados grupos. A partir de este elemento se puede reconstruir de forma explícita el punto de tensión que provoca la discusión. Una consideración netamente técnica, desprovista del sentido que se tuvo al sancionar la ley, nos conduciría a una conclusión que, aunque luzca racionalmente correcta en términos dogmáticos, se aprecia como inaceptable en el sentido más amplio de justicia.

Mientras que intentar una distinción de pena con base en motivos —como el placer o la codicia— sí podría resultar inconstitucional en la medida en que implicaría un aumento de pena sin reflejo objetivo en el ilícito y que evalúa directamente la calidad moral del móvil, no sucede lo mismo con los supuestos de odio clasificados por la ley. Lo trascendental es que, en el primer caso, el texto de la ley parecería seguir el sentido de la norma, pero en lo que atañe a los distintos supuestos de odio no parece haber sido exclusivamente esa la intención del legislador. De modo que, al menos en lo que respecta a los homicidios de odio, considero que estos no forman parte de la discusión de motivos, circunstancia que puede derivarse al indagar en el sentido de protección de la norma. A la vez, entiendo que el problema surge de la técnica legislativa utilizada para plasmar tal sentido, que agrega una discusión innecesaria.

La agravante originalmente solo contemplaba —además del placer y la codicia— el odio racial o religioso y se introdujo con el decreto-ley n.º 4778 de 1963. Si bien se derogó por la ley 16.648, al poco tiempo fue incorporada nuevamente con la reforma de 1967 mediante la ley 17.567, que entró en vigor a partir del año siguiente⁷⁵. La decisión de incluir estos tipos de odio fue, en palabras de SOLER, una consecuencia de las convenciones sobre el genocidio y de lo ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial con el Holocausto⁷⁶. Lamentablemente, al tratarse de una ley de facto no se cuenta con un debate parlamentario que permita conocer acabadamente cuáles fueron las razones —por fuera de las intuiciones básicas que se puedan tener— para incluir tales agravantes⁷⁷.

⁷⁵ Puede accederse al boletín oficial en el que consta la modificación del art. 80, CP: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7034675/19680112>.

⁷⁶ SOLER, ob. cit., t. III, p. 40.

⁷⁷ El texto incorporado por la ley 17.567 fue tomado de la redacción del art. 111, inc. 4.º, del Proyecto de Código Penal de 1960, elaborado por SOLER. Para introducir tal agravante, se invocó “... la Convención que aprobó la Asamblea General de las

Muchos años después, con la reforma legislativa del 2012, se agregó al articulado la agravante de odio por el género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. La discusión parlamentaria que propició esa última reforma abarcó un análisis de todas las formas de odio, incluso las que estaban primigeniamente previstas, y se tuvo en cuenta para su sanción tanto la mayor antijuridicidad que supone una acción motivada en razones de odio o discriminatorias como la necesidad de equiparar el disvalor de las distintas formas de discriminación, a fin de dotar de mayor homogeneidad a nuestra legislación⁷⁸.

En el debate que antecedió a la sanción de la actual redacción se trató como una de las cuestiones centrales que las acciones que se buscaban alcanzar eran aquellas que fueran emprendidas con motivos discriminatorios. Incluso se discutió la incidencia de la ley 23.592 (contra actos discriminatorios) que prevé un aumento en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad. Se planteó la necesidad de compatibilizar el texto de ambas normas y evitar una contradicción en su aplicación.

De cualquier modo, se advierte fácilmente que el debate tuvo en cuenta como variable de análisis la existencia de condiciones de desigualdad histórica en relación con ciertos grupos considerados minoritarios merced a la marginación social, cultural y estatal padecida a lo largo de los años. Otra cuestión que estuvo latente en la discusión fue que las consecuencias de esa discriminación perduraban hasta la actualidad, configurándose ese aspecto en uno de los fundamentos primordiales en cuanto a la necesidad de crear una agravante para ese tipo de conductas.

Sobre esto último, cabe traer a consideración lo mencionado por la diputada GAMBARO sobre la introducción de las agravantes de odio por la orientación sexual y de género:

“... si bien el derecho penal no va a modificar la realidad, estamos mandando un mensaje: vamos a aplicar la máxima represión a quienes cometan delitos que expresen la discriminación e intolerancia más extrema, como es el caso de aquellos que no

Naciones Unidas sobre genocidio, el 9 de diciembre de 1948, a la que la Argentina se adhirió por decreto-ley 6268/56, ratificado por el art. 1.º de la ley 14.467” [LEVENE (h), ob. cit., p. 201].

⁷⁸ Fundamentos de la disidencia parcial de la diputada Natalia GAMBARO y el diputado Gustavo FERRARI en Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación. 5.ª Reunión – 4.ª Sesión ordinaria del 18 de abril de 2012, p. 116.

aceptan a seres humanos que elijan una orientación distinta a la propia, y que no solamente se conforman con quitar la vida sino que, además, expresan su intolerancia [...]. Si bien no podemos modificar la realidad con el derecho penal, sí podemos dar un mensaje en el sentido de que los argentinos no estamos dispuestos a dejar sin sanción ejemplar a aquellos que, con su conducta, extremen la violencia y la intolerancia”⁷⁹.

De lo reseñado se deduce con mayor claridad que negar la legitimidad de la agravante por odio del art. 80, inc. 4.º, CP acarrearía otro problema: dejar sin protección a grupos históricamente vulnerados. Se agrega, además, que una postura semejante va en sentido contrario a los paradigmas imperantes en materia de derechos humanos, derivados de la creación de instrumentos internacionales que exhortan a la comunidad jurídica a adecuar las legislaciones internas para propiciar políticas tendientes a la protección especial y específica de esos grupos.

La explicación sobre por qué las minorías raciales, religiosas o las identidades no binarias conforman grupos en condiciones de vulnerabilidad es una tarea que, si bien tiene una estrecha relación con el tema bajo análisis, excede el marco teórico de este trabajo. En efecto, no se encuentra discutido que tales grupos conforman minorías históricamente excluidas a nivel mundial, aspecto que puede tenerse como reconocido con la creación de convenciones y tratados internacionales específicos sobre discriminación⁸⁰. El surgimiento de estos instrumentos no es más que el reflejo en el ámbito jurídico del avance en el terreno político-social en el reconocimiento de derechos.

De esta manera, podría concluirse en que el problema ante el que nos hallamos se configura como un dilema, pues debemos elegir entre dos alternativas que son ambas malas o desagradables o, dicho de otro modo, estamos atrapados en los cuernos de un dilema⁸¹.

⁷⁹ Debate parlamentario, en Diario de Sesiones, ob. cit., p. 137.

⁸⁰ De forma específica: Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979). De forma genérica: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (1969).

⁸¹ COPI, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 2008, p. 270.

El razonamiento podría sintetizarse en que o bien la ley protege minorías, pero lesiona el principio de derecho penal de acto, o bien asegura el principio de derecho penal de acto y desprotege a grupos minoritarios.

Una forma de *escapar entre los cuernos* del dilema, cuya conclusión tácita sería la incapacidad de la ley de cubrir ambos aspectos, es correr el enfoque de análisis. En la medida en que la premisa disyuntiva propuesta no agota todas las posibilidades existentes, podríamos considerarla falsa. Esto, a su vez, permite sostener que un razonamiento como el esbozado no puede constituir base suficiente para aceptar una conclusión como la señalada.

Otra forma de pensarlo es partir de la base de que proteger minorías, pero asegurar el principio del derecho penal de acto no son cuestiones excluyentes: podría intentarse una interpretación del art. 80, inc. 4.º, CP que compatibilice ambos intereses sin invalidar constitucionalmente su contenido. Esta línea argumental, a su vez, nos exige analizar la pertinencia de la técnica legislativa en función de los intereses que la ley busca proteger.

Así, podría postularse que la mayor pena que reciben este tipo de delitos, con una graduación que varía del máximo de veinticinco años para el homicidio simple a prisión perpetua, reside en el carácter especial del *sujeto pasivo*. Las razones para castigar más severamente conductas de este tipo encuentran correlato en las ya mencionadas cuestiones históricas: el homicidio de una persona inserta en una sociedad que la hace constantemente vulnerable en función de su pertenencia a un grupo reconocido como minoritario, excede una cuestión meramente interpersonal, para convertirse en un sistema que coloca a ese individuo en condición de vulnerabilidad.

Entonces, el mayor disvalor que *objetivamente* se aprecia es el hecho de que el sujeto activo elija como víctima, de entre toda la sociedad, a una persona que podríamos considerar sistémica y estructuralmente débil por su exposición a condiciones de vulnerabilidad. Trazar un paralelo con los fundamentos que enervan otras figuras podría resultar de utilidad para explicar una agravante para este tipo de casos. Así, uno de los requisitos principales para que se configure la alevosía es la indefensión de la víctima, que sufre un ataque inesperado. Por consiguiente, si esa situación es merecedora de una protección adicional que agrava la pena del homicidio, las mismas consideraciones podrían extenderse a la agravante del art. 80, inc. 4.º, CP bajo los parámetros explicados.

Para ilustrar el punto, vale traer a colación la siguiente explicación de SOLER sobre la anterior redacción de la agravante del art. 163, inc. 1.º, CP del hurto:

“... el sentido de esta agravante, por consiguiente, es doble. Por una parte, toma en cuenta el carácter de las cosas hurtadas: animales, productos separados del suelo, instrumentos de trabajo, elementos de cerco. Pero ninguno de esos objetos recibe una protección basada en su naturaleza, sino en su *situación*. Ello responde a un procedimiento que se reproduce frecuentemente en la ley penal: cuando un bien jurídico reviste considerable importancia y, por las características de él, la protección privada es menos eficaz que en otros casos, la ley pone un cerco moral de protección elevando la pena contra los transgresores. Por eso es más grave estafar que hurtar; por eso es mayor la pena en los delitos contra la honestidad cuanto menor es la víctima. En igualdad de condiciones, el bien más expuesto es el más protegido, y a fortiori debe ello ocurrir, por razones sociológicas...”⁸².

La cita anterior es de relevancia para este trabajo porque da sustento jurídico —a partir de un ejemplo análogo en nuestra ley— a la intuición de que sería correcto castigar más severamente los homicidios cometidos contra individuos pertenecientes a grupos minoritarios. Una interpretación posible, que concilie el fin de la norma con una construcción dogmática válida, podría ser sostener que la mayor pena que reciben este tipo de acciones se justifica por la mayor exposición de los bienes jurídicos involucrados. El riesgo de sufrir un ataque contra la integridad física con un desenlace fatal por formar parte de una minoría racial, religiosa o del colectivo LGTB+ o ser mujer es mayor que respecto del resto de la población. En ese sentido, le asiste razón a LAWRENCE⁸³ en que los delitos de odio de esta clase generan un mayor daño, pero con una *adenda*. No se trata de un daño efectivo a intereses de estos grupos minoritarios, producido por ejemplo por la mayor violencia de los hechos, la repetición de actos contra estas minorías, etcétera. Más bien, de lo que se trata es de un peligro potencial (abstracto) al que son sometidos estos grupos minoritarios a partir de los actos puntuales de homicidio.

⁸² SOLER, ob. cit., t. IV, pp. 229-230.

⁸³ LAWRENCE (1994), ob. cit., pp. 354-362.

Así, en el caso de un homicidio simple, los sujetos pasivos se encuentran en igualdad de condiciones —o al menos, sin diferencias jurídicamente relevantes—, mientras que quienes integran los sectores minoritarios señalados por la ley quiebran esa igualdad al agregárseles la carga discriminatoria que eleva el *riesgo* de una agresión física y los convierte en blancos de ataque. Entonces, lo cierto es que esos individuos revisten una doble condición: pueden ser agredidos como todos los demás, en su carácter de sujetos pasivos comunes, pero se suma que también podrían serlo en su condición de sujetos pasivos calificados.

Esta línea argumental nos aproxima a una posible solución, pues el problema parecería ser la desacertada redacción del art. 80, inc. 4.º, CP que luce insuficiente para capturar adecuadamente el sentido de protección de la norma que aquí se propone. Como se dijo, el criterio para sostener la agravación para estos casos podría fundarse en la necesidad de reforzar la tutela jurídica en aquellos supuestos en que el bien jurídico se encuentra más desprotegido de hecho. Esta mayor desprotección viene dada porque, quienes forman parte de estos grupos, revisten una cualidad que profundiza o agrava el riesgo de ser agredidos. A las razones por las que podría ser agredido cualquier ciudadano, debe agregarse la posibilidad adicional de ser atacados con base en la concepción discriminatoria consolidada de forma sistémica.

IV.2. Posibles objeciones

Retómese lo que señalan HURD y MOORE sobre lo problemático que podría resultar utilizar como variable las motivaciones de odio⁸⁴. Para estos autores no tiene sentido hacer referencia a motivos reprochables —p. ej., el odio— como significado sustituto de la noción de *víctimas en condición de vulnerabilidad*. En todo caso, sería preferible que la ley directamente incrementase la pena al hacer expresa referencia a la vulnerabilidad del sujeto pasivo como elemento de la norma⁸⁵. La solución propuesta en función de la actual redacción resultaría, entonces, sobreinclusiva. De hecho, esta es otra crítica que hacen HURD y MOORE al señalamiento del odio como elemento en vez de la vulnerabilidad de la víctima⁸⁶. Esto podría ser un problema porque permitiría imputaciones descabelladas, como considerar que nos hallamos ante un homicidio agravado bajo la invocación de que se trataría de un caso de odio religioso si la víctima fuese asesinada por ser agnóstica.

⁸⁴ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1097.

⁸⁵ HURD / MOORE (2004), *idem*.

⁸⁶ HURD / MOORE (2004), *idem*.

Esta crítica puede resolverse rápidamente al advertir que el sentido pensado por los legisladores al sancionar la agravante no fue el de proteger a cualquier grupo, sino precisamente a aquellos considerados en condición de vulnerabilidad o en desventaja. Al margen de lo expuesto, vale destacar que muchas otras agravantes resultan sobreinclusivas, pero puede dilucidarse su contenido a través de las reglas de interpretación jurídica (p. ej., art. 142, inc. 2.º, CP, que agrava el delito de privación ilegítima de la libertad si se lo cometiera “a quien se deba respeto particular”). En particular, en casos así se podría pensar en una reducción teleológica del tipo penal, de modo tal que solo se protejan aquellos grupos (raciales, religiosos, etcétera) que están en una situación de peligro especial.

No pierdo de vista que, a modo de crítica, también podrían argüirse como contraejemplo aquellos supuestos en los que la víctima, en el caso concreto, *no* fuera indefensa pese a pertenecer a un grupo minoritario. No obstante, en términos dogmáticos, bastaría con que objetivamente se diera la circunstancia calificante para aplicar la norma, tal como sucede con otras agravantes que se basan en el ya mencionado principio rector de tutela reforzada (p. ej., el robo en poblado y en banda, el hurto campestre, calamitoso, etc.)⁸⁷. En ese sentido, la agravante intenta proteger a un grupo indefenso de *riesgos* potenciales, independientemente de que ese riesgo se realice en el caso concreto. Como ya se señaló, no se trata de una agravante centrada en el mayor daño efectivo producido por una situación real de indefensión, sino en el riesgo abstracto que generan estos hechos para el grupo de víctimas potenciales que forman parte del segmento protegido.

La posición propuesta es asimilable a los argumentos desarrollados por Alon HAREL y Gideon PARCHOMOVSKY en “*On Hate and Equality*”⁸⁸, cuyas consideraciones también fueron reseñadas por HURD y MOORE. En concreto, HAREL y PARCHOMOVSKY sostienen la adopción de un “paradigma de protección justa” que requiere la utilización de las sanciones penales para neutralizar la vulnerabilidad de ciertos individuos a ser víctimas de delitos⁸⁹. Según esta visión, la protección ante

⁸⁷ A propósito de la aplicación de la agravante con base en la configuración objetiva del elemento calificante, cabe traer a colación la explicación que da SOLER sobre el hurto calamitoso: “[l]a ley agrava la pena tanto por un motivo objetivo como por razones subjetivas. Objetivamente, esas hipótesis constituyen todas ellas una situación excepcional en la cual, por causa de algún desastre o infortunio, el cuidado o la vigilancia ordinariamente guardados sufre un abandono o una considerable disminución, y en la medida en que disminuye la tutela privada debe reforzarse, como en otros casos, la tutela pública. Pero, además, el hecho cometido en tales circunstancias muestra, sin duda, una particular perversidad en el sujeto, pues supone que mientras los demás, humanamente conmovidos o espantados, dejan los bienes, el sujeto mantiene suficiente espíritu de cálculo para entregarse al pillaje con más facilidad...” (SOLER, ob. cit., t. IV, p. 239).

⁸⁸ HAREL / PARCHOMOVSKY, “On Hate and Equality”, en *The Yale Law Journal*, vol. 109, n.º 3, dic. 1999, pp. 507-539.

⁸⁹ HURD / MOORE, ob. cit., p. 1138.

los delitos es un bien producido por el sistema de justicia penal, que —como muchos otros bienes producidos por el Estado— debe ser distribuido de forma igualitaria. De acuerdo con esta idea, el “paradigma de protección justa” requiere que el Estado tome en cuenta las disparidades de los individuos vinculadas con la vulnerabilidad a ser víctimas de delitos al determinar la legitimidad de recibir protección. Así, bajo este paradigma, las personas particularmente vulnerables a ser víctimas pueden tener un reclamo legítimo con base en la ecuanimidad de recibir una mayor protección contra los delitos. La legislación que regula los delitos de odio, bajo esta perspectiva, apunta a proteger a individuos particularmente vulnerables a ser víctimas porque prevalecen prejuicios en su contra⁹⁰.

Para HAREL y PARCHOMOVSKY existen dos caminos para incrementar la protección de grupos vulnerables. Primero, a través de sanciones más severas a las personas que cometen delitos contra miembros de grupos vulnerables. Segundo, mediante la utilización de más recursos para detectar y perseguir imputados que persiguen a este tipo de víctimas. Sin embargo, consideran que esta última estrategia resulta imposible de aplicar en la medida en que la vulnerabilidad vinculada al riesgo de sufrir un delito es atribuible a características inmutables, lo que traería aparejado el desperdicio de recursos policiales y estatales⁹¹. En este contexto, los autores consideran que es más sencillo y eficiente utilizar sanciones diferenciadas en orden a reducir la disparidad de la vulnerabilidad de las víctimas.

Ahora bien, la principal crítica que HURD y MOORE dirigen a este enfoque se centra en la discusión clásica entre las teorías absolutas y relativas de la pena. Así, HURD y MOORE objetan que el sentido de la agravante se basa en criterios utilitaristas que podrían aceptar un castigo que excediera la medida de la culpabilidad por el hecho con el fin de satisfacer una necesidad de utilidad. En efecto, estaría permitido imponer una pena injusta en términos retributivos siempre que se cumpla efectivamente con la tarea de hacer desaparecer la distribución desigual de la vulnerabilidad⁹².

La siguiente objeción que plantean HURD y MOORE se refiere a la supuesta incoherencia de otorgarle un efecto agravatorio al riesgo y citan, para graficar su punto, una famosa frase en el

⁹⁰ HAREL / PARCHOMOVSKY (1999), ob. cit., p. 509; también citado en HURD / MOORE, ob. cit., p. 1139.

⁹¹ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1139; HAREL / Parchomovsky (1999), ob. cit., p. 510.

⁹² HURD / MOORE (2004), ob. cit., pp. 1140-1141.

ámbito anglosajón: “palos y piedras pueden romper tus huesos, pero los riesgos (por sí mismos) nunca pueden herirte”⁹³.

Para responder a la primera crítica, se torna necesario señalar que la causa de la distribución dispar de riesgos o vulnerabilidades encuentra fundamento en la desigualdad sistémica y estructural a la que están sometidos los grupos minoritarios. Tampoco puede obviarse que esta desigualdad sistémica en algún momento fue expresamente sostenida por el Estado mediante leyes abiertamente arbitrarias o prejuiciosas. A pesar de la desaparición de esta legislación, de igual modo persisten situaciones de subordinación basadas en inequidad estructural y prácticas sociales de exclusión. En efecto, aun cuando las causas de esa subordinación (p. ej., la esclavitud, la segregación) han sido erradicadas, como sociedad seguimos expuestos a las consecuencias de ese trato subordinado.

Bajo estos lineamientos, el sentido de la agravante podría fundarse en las obligaciones positivas que debe tomar el Estado para garantizar el trato igualitario de la ley de todos sus ciudadanos y en acciones positivas tendientes a dismantelar todo aquello que coloca a grupos subordinados en situación de desventaja⁹⁴.

No se trata, en definitiva, de maximizar la utilidad o algo similar, sino de cumplir con esos deberes intersubjetivos. Los ciudadanos, como parte del Estado en una comunidad jurídica, tienen como mínimo un deber de colaborar con el cumplimiento de esa obligación positiva. Al formar parte de un sistema de aseguramiento de la libertad por medio de, entre otras cosas, el derecho penal, deben aceptar no solo los beneficios, sino también las desventajas de ese sistema por razones de *fairness*. Sobre este punto, PAWLIK sostiene que:

“... la corresponsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertades [*Freiheitlichkeit*] concierne a todos y cada uno de los ciudadanos. El reconocimiento de esta corresponsabilidad es, al fin y al cabo, un mandato de *fairness*. «A quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho se le exige que también

⁹³ HURD / MOORE (2004), ob. cit., p. 1144.

⁹⁴ En relación con el criterio de igualdad y obligaciones positivas, véase SABA, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 81.

contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades»⁹⁵.

Así, si el autor se beneficia de no sufrir las desventajas de formar parte de un grupo desprotegido, tiene que asumir también parte de las pérdidas de quienes, por razones más o menos fortuitas, sí forman parte de ese grupo. Esa asunción parcial de las desventajas se traduce en la imposición de un deber de colaborar con el cumplimiento de la obligación positiva del Estado frente a los grupos desaventajados. Esta clase de agravantes, entonces, se centran en la mayor culpabilidad derivada del incumplimiento de este deber positivo.

Una obligación de este tipo, como se ve, no tiene un fundamento utilitarista, sino que encuentra su base en razones de equidad independientes de la maximización del bienestar. Así, incluso si la creación de reglas jurídicas sobre homicidios de miembros de grupos protegidos generase menos bienestar que su no creación (por ejemplo, porque la creación generaría un enorme malestar en la sociedad, lo que incluiría disturbios, atentados, etcétera), de todos modos, estarían justificadas.

Por lo demás, la crítica sobre la imposibilidad de fundamentar pena con base en riesgos puede ser respondida a partir de la siguiente consideración: "... la explicación actual del contenido del ilícito, incluso desde el punto de vista 'objetivista', se explica hoy, por vía de la teoría de la imputación objetiva, más como la *creación o elevación del riesgo*, que, como la producción de un resultado, al menos, esta parece ser una opinión muy extendida para las normas imperativas (delitos de omisión)"⁹⁶. Si no se tuviesen en cuenta los riesgos, entonces los delitos de omisión no estarían justificados. Algo así es absolutamente implausible. En todo caso, se puede conceder, como hace el propio MOORE, que las omisiones no causan daños⁹⁷. No obstante, ese autor busca el fundamento de su punición en *otras* consideraciones, en especial en la incorrección moral de comportamientos que demuestran una relación de dependencia contrafáctica con un determinado resultado dañino⁹⁸. Si esto es así en el caso de las omisiones, entonces algo similar puede ser aplicado aquí. Los homicidios por odio no *causarían* un daño mayor, pero sí exhibirían una relación de dependencia contrafáctica en un sentido débil, pero lo suficientemente fuerte como para fundamentar una

⁹⁵ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 43.

⁹⁶ SANCINETTI, ob. cit., p. 213.

⁹⁷ MOORE, *Causation and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 139 ss.

⁹⁸ MOORE, ob. cit., pp. 429 ss.

ROMBOLÁ (2025), “La reciente discusión argentina sobre los homicidios por odio”, pp. 76-112.

agravante: si no se hubiese realizado el comportamiento, las víctimas del grupo desaventajado estarían razonablemente en una mejor situación.

V. Conclusión

El análisis de los delitos de odio no debe ser enmarcado o tratado de forma análoga al resto de las agravantes por motivos, pues pareciera que la intención del legislador fue la de disponer una tutela reforzada basada en la mayor indefensión de bienes jurídicos con respecto al delito básico. El problema de no distinguir el placer o la codicia del odio racial, religioso, de género u orientación sexual o su expresión traería aparejado no dar con una solución correcta. De este modo, la controversia se centra en la técnica legislativa utilizada, pues la redacción escogida luce insuficiente para capturar el sentido de la ley. En efecto, aunque el art. 80, inc. 4.º, CP podría considerarse basado en un criterio de tutela reforzada aceptado para otras figuras, la estructura sintáctica resulta equívoca y agrega una discusión innecesaria.

De *lege ferenda* debería procurarse una redacción que concilie el texto de la ley con el sentido buscado por los legisladores en el debate parlamentario del 2012. Quizás, la mejor técnica sea definir qué se considera un grupo en condición de vulnerabilidad para evitar que la norma, por el mero paso del tiempo, quede desactualizada y se torne infrainclusiva de nuevos supuestos de discriminación u odio que pudieran llegar a surgir por el dinamismo de la sociedad.

VI. Bibliografía

ÁLVAREZ, Javier Teodoro, “Emociones y respuesta penal: sobre los delitos de odio en la legislación argentina. Reflexiones a partir del art. 80, inc. 4.º, del CP”, en *Géneros e interseccionalidad. Un análisis crítico de la parte especial del derecho penal* (dir. Javier Teodoro ÁLVAREZ / Alexia Sofía Alonso), Buenos Aires, Editores del Sur, 2022, pp. 75-112.

BACIGALUPO, Enrique, “La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica”, en *InDret*, Barcelona, enero de 2019.

COPI, Irving, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 2008.

Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación. 5.ª Reunión - 4.ª Sesión ordinaria del 18 de abril de 2012.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

GRÜNEWALD, Anette, “La reforma de los delitos de homicidio. Alegato a favor de una propuesta basada en atenuantes”, trad. Leandro Dias, en: *Homicidio y Legítima Defensa en la Obra de Anette Grünwald*, (coord. Marcelo Lerman / Lucila Tuñón Corti / Leandro Dias), Buenos Aires, Editores del Sur, 2022.

HAREL, Alon / PARCHOMOVSKY, Gideon, “On Hate and Equality”, en: *The Yale Law Journal*, vol. 109, n.º 3, dic. 1999, pp. 507-539.

HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian, *Derecho penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2022.

HURD, Heidi M. / MOORE, Michael S., “Punishing Hatred and Prejudice”, *Stanford Law Review*, vol. 56, n.º 5, abr. 2004.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

—, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Editorial Comares, 2002.

KAHAN, Dan M., “Two Liberal Fallacies In The Hate Crimes Debate”, en *Law and Philosophy* 20, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 175-193.

LAWRENCE, Frederick, “The Punishment of Hate: Toward a normative Theory of Bias-Motivated Crimes”, 93 MICH. L. REV. 320, 1994.

LEVENE (h), Ricardo, *El delito de homicidio*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1970.

MANRIQUE, María Laura, “Delitos de odio y motivos emocionales”, en *Análisis Filosófico*, SADAF, vol. XXXIX, n.º 2, noviembre 2019.

ROMBOLÁ (2025), “La reciente discusión argentina sobre los homicidios por odio”, pp. 76-112.

MOORE, Michael S., *Causation and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Lerner Editores SRL, 2008.

—, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Córdoba, Lerner Ediciones, 1977.

—, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Córdoba, Lerner Ediciones, 1977.

PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016.

PERALTA, José Milton, “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, en *InDret*, 4/2013.

—, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret*, 2/2007.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1992.

—, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Buenos Aires, TEA, 1992.

WESSELS, Johannes y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Instituto Pacífico, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

—, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1981.

ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

IMPUTACIÓN OBJETIVA: LOS STATUS DEÓNTICOS EXTRAPENALES DE LA CONDUCTA PENALMENTE RELEVANTE

Andrés SALAMONE*

Fecha de recepción: 2 de junio de 2026

Fecha de aceptación: 10 de agosto de 2026

Resumen

En este trabajo, se propone identificar el concepto de riesgo permitido con los status deónticos del sistema extrapenal “obligatorio” y “permitido en sentido fuerte”. En consecuencia, se propicia que solo sean relevantes penalmente los status deónticos extrapenales “prohibido” y “permitido en sentido débil”. Luego, se brindan los fundamentos que pueden brindar amparo a esa propuesta y las consecuencias que aquella traería aparejada.

Palabras clave: imputación objetiva – lógica deóntica – riesgo permitido – conductas neutrales – costumbre – abuso del derecho

Title: *Objective attribution: the extra-penal deontic statuses of criminally relevant conduct*

Abstract

This paper proposes identifying the concept of permissible risk with the deontic statuses of the extra-penal system as “obligatory” and “strongly permitted”. Consequently, it argues that only the extra-penal deontic statuses of “prohibited” and “weakly permitted” should be relevant from a criminal perspective. Then, it presents the arguments that may support this proposal and the consequences it would entail.

Keywords: objective imputation – deontic logic – permissible risk – neutral behaviors – legal custom – abuse of rights

* Abogado (UCA). Especialista en Derecho Penal (UTDT). Magíster en Derecho Penal (UTDT). Docente (UBA). Contacto: salamoneandres@gmail.com. El presente trabajo es el resultado de la tesis presentada y aprobada en el marco de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella.

Sumario: I. Introducción; II. La conducta penalmente prohibida en un abordaje integral del derecho positivo; III. Pormenores de la inserción de la teoría en el campo de la dogmática penal; IV. Balance final; V. Bibliografía

I. Introducción

Las características del vínculo que debe existir entre acción y resultado para una correcta configuración del tipo objetivo, aun con distintas formulaciones, constituyen una cuestión que de larga data ha ocupado los textos de los juristas.¹ En ese sentido, es posible identificar el nexo de referencia, simplemente, con la causación del resultado por parte de la acción. Sin embargo, existen supuestos en los que esa tesis redundaría en la necesidad de otorgarles relevancia penal a conductas que, de manera evidente, resultan inadecuadas para revestir ese atributo. En efecto, una tesis conforme a la cual sea siempre achacable el resultado a un comportamiento cuando este se constituya como *conditio sine qua non* de aquel —cuando de suprimir mentalmente el primero desaparecería, asimismo, el segundo—, conduciría a que, por ejemplo, corresponda imputarles incluso a los progenitores del autor la parte objetiva del tipo.

Ante ello, y parcialmente inspirada en ideas que ya habían tenido cierto desarrollo con anterioridad,² la actual teoría de la imputación objetiva propuso que, luego de la constatación del nexo de causalidad, se exigieran, además, ciertos requisitos de tipo normativo; entonces, detectado el resultado como producto de la acción, sería necesario que esta última hubiese creado, a su vez, un *riesgo desaprobado* que, como colofón, se haya visto reflejado en el resultado. De ese modo, solo una vez comprobadas las exigencias de mención (causalidad, riesgo prohibido y realización de este en el resultado, así como otros eventuales elementos objetivos) habría de proseguirse al examen de los elementos subjetivos típicos.

¹ Cfr. SCHROEDER, *El rayo como instrumento de asesinato* (Traducción a cargo de Marcelo Alberto Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2020 [2009], p. 17 y ss.

² “[L]o que hoy llamamos «teoría de la imputación objetiva» tiene su verdadero germen en la discusión producida en el sur de Europa, especialmente a partir del siglo XIII, en torno al problema del «*versari in re illicita*» [...] las Decretales parecían decantarse por exigir siempre y en todo caso la culpa para atribuir responsabilidad, pero, a su vez, abrían la puerta a considerar que bastaba para fundamentar esa culpa una actuación ilícita precedente cualquiera. Este es, precisamente, el problema teórico al que se enfrentaron los juristas teólogos de la Escuela de Salamanca en la segunda mitad del siglo XVI [...] rechazaron el «*versari in re illicita*» como criterio de imputación de responsabilidad. Exigieron la necesidad de constatar ciertos vínculos (hoy diríamos «normativos») entre la primera actuación y los resultados producidos, no bastando la mera causalidad ni la ilicitud inicial” (ROBLES PLANAS, “Estudio preliminar: la ‘teoría de la imputación objetiva’: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro”, en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (Traducción a cargo de Ivó Coca Vila), Barcelona, Atelier, 2015, pp. 21-24).

Por otro lado, en el seno de esa teoría un sector de la doctrina terminó por enfatizar el estudio, ya no solo del correcto mecanismo de atribución de un resultado a una conducta, sino directamente del sistema de imputación de un comportamiento típico a su autor; vale decir, se procedió al análisis acerca de cuáles son las acciones que pueden ser relevantes para el derecho penal y, para ello, se valió de categorías tales como la del ya mencionado riesgo permitido.³ Sobre el típico, uno de los principales protagonistas de este avance explica:

“En realidad, la teoría de la imputación objetiva dirime una multitud de cuestiones como si de problemas de imputación del resultado se trataran, que, en puridad, no afecta a dicha cuestión, sino que guardan relación ya con la pregunta de si concurre una *acción* prohibida típica [...] En el fondo, todas estas disputas acerca de la creación desaprobada de un riesgo no suponen un problema de imputación del resultado, sino que afectan a la cuestión previa de si quien actuó lo hizo o no de la manera reprobada por el tipo penal [...] cuando el autor no ha actuado ni siquiera de manera típica no se le puede imputar a él —¡evidentemente!— la producción del resultado acaecido”.⁴

En ese marco, algunos autores esgrimieron un entendimiento de la imputación objetiva en tanto “...teoría de la conducta típica según la cual se define lo ilícito según juicios normativos que imponen los rasgos constitutivos de la sociedad en la que se lleva a cabo la imputación...”.⁵ En efecto, se propugnó que el significado de la acción debía derivar de ciertas normas sociales; en concreto, de aquellas que se encargan de reglar el riesgo prohibido.⁶ Por lo demás, cabe destacar ya

³ “Mucho de aquellos que (todavía) hoy es tratado en el marco de la imputación objetiva del resultado no afecta primeramente a la imputación del resultado, sino que concierne ya a la cuestión de si el autor ha actuado típicamente, esto es, si se ha realizado el injusto de la acción típico. Esta cuestión se discute en el ámbito de la «imputación objetiva» sencillamente porque así es como se ha generalizado su tratamiento [...] En la exposición de las así llamadas teorías de la imputación objetiva queda patente precisamente esto último, es decir, que se trata en realidad de una cuestión del actuar típico o desaprobado” (FRISCH, *supra* nota 2, pp. 15-16).

⁴ *Ibid.*, p. 109.

⁵ FERRANTE, en CANCIO MELIÀ, FERRANTE y SANCINETTI, *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 20 —el énfasis me corresponde—.

⁶ “[L]a teoría de la imputación objetiva es objetiva solo en el sentido de que, con arreglo a ella, el significado social de una conducta se establece de acuerdo con un esquema de interpretación válido en general” (CÓRDOBA, “Imputación objetiva y teoría de la acción”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 46).

en este punto que es dicha concepción de la imputación objetiva la que habrá de seguirse a lo largo de este trabajo.

Con ese norte, se ha dicho que las conductas descriptas en los tipos penales no tienen como fin mantener impolutos los estados de cosas considerados valiosos por el legislador; esto es, existen determinadas acciones que estaríamos dispuestos a permitir con el objetivo de proteger la interacción comunitaria, incluso cuando puedan reputarse lesivas de bienes jurídicamente valiosos.⁷ Ahora bien, sentado ello, se presentan serias dificultades al momento de definir concretamente cuándo una conducta es socialmente adecuada o, de algún modo, se halla incurso dentro de un riesgo no reprobado o permitido. Así, por ejemplo, se enseña:

“...riesgo permitido significa que al autor le está permitido actuar a pesar del riesgo —y en algunos casos, hasta la certeza— de que se produzca el resultado lesivo. Y esta permisión deriva de reglas sociales que, como es sabido, pueden presentarse bajo la forma de regulaciones positivas (por ejemplo, reglas de tránsito), como reglas del arte, normas técnicas, pero también, *fundamentalmente, como reglas de prudencia no escritas*”.⁸

Empero, se advierte que definir cuándo una persona actúa dentro de ese riesgo permitido resulta ser algo esencial, mas también sumamente complejo. Es que para conocer si una conducta es relevante penalmente o si debe ser tolerada debemos determinar, primeramente, cuáles eran las reglas a cargo del autor y qué estándares normativos debía satisfacer en virtud de su rol social; a lo que debe adunarse que esas pautas serían, en muchas oportunidades, *reglas de cuidado no escritas*.⁹

⁷ “Las garantías normativas que el derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles [...] sino que adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción —y no todas las personas—, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación en atención a patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa” (JAKOBS, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 96).

⁸ CORDOBA, *supra* nota 6, p. 46 —el énfasis me corresponde—.

⁹ “Conducir en estado de embriaguez, efectuar un adelantamiento indebido, conducir un vehículo con exceso de carga, etc. son, casi sin excepción, formas de comportamiento que exceden el riesgo permitido. Junto a tales determinaciones legales del límite entre la conducta permitida y la que no lo está, entran en juego reglas técnicas reconocidas de ciertos sectores profesionales, en especial de los médicos [...] Todo esto describe el estado debido de las condiciones en que se ha de hallarse el marco de la interacción social y, donde estas descripciones faltan, hay que atender al comportamiento del administrador diligente o del cuidadoso padre de familia” (JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-

Con relación a la utilización de normas no positivas para definir el riesgo permitido o los derechos y deberes a cargo de determinado rol social, estimo conveniente destacar que, si bien el acto de conceptualizar qué es un comportamiento prudente puede presentarse en algunos casos en forma obvia, por lo general, la respuesta a si una conducta es diligente o cuidadosa habrá de variar según a quién se le pregunte.¹⁰ Por ejemplo, cierto es que, aun de no existir normas de tráfico, no dudaríamos en afirmar que un individuo que manejaba a 140 km/h en una carretera urbana era imprudente en relación con la integridad física de sus conciudadanos; no obstante, si a 70 km/h su conducta seguía conteniendo idéntico vicio, resulta algo ya más difícil de precisar.

Desde tal perspectiva, se advierte, por un lado, que la fijación de los estándares de conducta debidos mediante normas legales se presenta como algo por demás conveniente y, por el otro, que esa determinación no puede dejarse librada sin más a quien decide. A la par, cabe preguntarse, en primer lugar, cuán admisible es que el juzgador, sin acudir a reglas escritas, defina qué es lo adecuado o lo prudente en una determinada comunidad y, en segundo lugar, si dicha indagación sociológica es estrictamente necesaria. Porque si bien a simple vista podría parecer que a la hora de definir cuál es el riesgo permitido el ordenamiento jurídico habrá de ser manifiestamente insuficiente, como se verá a lo largo del trabajo, ello no es así en absoluto y, en todo caso, ante los posibles déficits, será al legislador a quien le corresponda subsanar la omisión normativa.

Al respecto, con el fin de no exorbitar el objeto de esta breve introducción, solo habré de destacar aquí que la idea que propondré partirá de una premisa optimista acerca del derecho positivo; esto es, que las descripciones legales en torno a las posibles interacciones sociales son mucho más extensas de lo que suele considerarse a primera vista. O sea, la ley no expresa todo, pero expresa mucho. Solo a modo de ejemplo, pensemos en los tradicionales digestos de derecho civil. Tales compilaciones intentan reglar todas las posibles interacciones humanas de una determinada comunidad, desde el nacimiento de la persona hasta su muerte. Por supuesto que sus previsiones serán incompletas y que no habremos de encontrar jamás un ordenamiento al que no se le escape ninguna de las posibilidades en las relaciones interpersonales —por la humana condición,

penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 213) —el énfasis me corresponde—.

¹⁰ En este punto, advierto pertinentes las reflexiones de NINO acerca del concepto de derecho: “Aunque haya principios morales o de justicia de índole objetiva, es un hecho obvio que la gente difiere en la práctica acerca de cuáles son esos principios. Por lo tanto, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, si para identificar un orden jurídico hubiera que determinar su conformidad con aquellos principios morales y de justicia, la gente diferiría grandemente en su identificación de los sistemas jurídicos. Esto traería graves problemas para la comunicación, principalmente entre los juristas” (*Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2001 [1980], p. 41).

a pesar de nuestros esfuerzos, eso será siempre así—, pero, al menos, debemos reconocer que obras de semejante magnitud cierran mucho el espacio a la necesidad de acudir a la reflexión personal del juzgador acerca de lo que *es* o *debe ser* en determinada sociedad. A lo que cabe adunar que existen decenas de otras ramas jurídicas con objetivos similares: regular los posibles estados de cosas de una determinada área. A mayor abundamiento, esas mismas normas escritas prevén “potestades legislativas limitadas” para los ciudadanos (p. ej., los contratos privados).¹¹ Pues, en los términos de HART, este tipo de figuras jurídicas terminan de especificar las “reglas primarias” y funcionan como un “remedio” para el defecto de la “falta de certeza” normativa.¹²

Luego, teniendo en consideración cuán fuertemente reglada se halla la vida en sociedad, en este trabajo se buscará sacar provecho de ello y así obtener un método objetivo de atribución de significado social para que la imputación de la conducta típica pueda realizarse a partir de las normas de derecho positivo escritas de una comunidad, de modo que no sea necesario recurrir a reglas de contenido valorativo no escritas que el decisor deba inferir por sí mismo mediante una observación sociológica. Vale decir, se tratará de explicar desde una perspectiva objetiva qué acciones humanas no deben ser consideradas de modo penal y cuáles sí serán relevantes en ese campo legal.

Es que, si uno de los fines de la imputación objetiva es ser “una teoría de la imputación de sentido conforme a un esquema de interpretación objetivo”,¹³ para que dicha atribución no radique solo en la subjetividad de quien decide y que con ello se desvanezca el sentido de la teoría, mínimamente debe aprovisionarse a este de normas escritas y pautas exegéticas claras; esto último es, en definitiva, lo que intentará hacerse a continuación.

II. La conducta penalmente prohibida en un abordaje integral del derecho positivo

¹¹ “[T]al como lo ha mostrado una teoría tan reciente como la de Kelsen, muchas de las características que nos desconciertan en las instituciones del contrato o de la propiedad resultan clarificadas concibiendo los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad, como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas” (HART, *El Concepto de Derecho* (Traducción a cargo de Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961], p. 118).

¹² “Si bien los remedios consisten en la introducción de reglas primarias que complementan, ellas tienen importantes características en común y están conectadas de diversas maneras. Se puede decir que ellas se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son acerca de estas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible”. (Ibid., p. 117).

¹³ CÓRDOBA, *supra* nota 6, p. 47.

II.A. El sistema jurídico extrapenal y los status deónticos de p

En tanto fenómeno social, la existencia de una conducta prohibida típicamente solo puede predicarse luego de un análisis de la totalidad de los derechos y deberes de un individuo; lo que impone, a su vez, la necesidad de indagar qué reglan otras ramas jurídicas respecto de la acción que estamos estudiando. Así las cosas, resulta que *el derecho penal no es un ordenamiento jurídico independiente*; pues, para que las conductas humanas puedan ser consideradas dentro de esa área legal, debe examinarse previamente el resto del espectro normativo, ya que de allí surgirá el estándar de relevancia de su acción. Por ejemplo, en un accidente de tránsito en el cual un automovilista arrolla a un peatón y este último fallece, bien podría uno preguntarse si existió dolo de embestir por parte del conductor; sin embargo, de determinarse que el automovilista cumplió con todos los reglamentos extrapenales a su cargo, su comportamiento no le será imputable desde una perspectiva penal.

A efectos metodológicos, imaginémosnos que todo el espectro jurídico no penal conformase un sistema normativo, llámeselo β . De seguido, adviértase que podemos esperar que en β la conducta p se encuentre regulada o no regulada. Luego, en un sentido descriptivo, en el primer caso, resultan posibles tres status normativos extrapenales en relación con p : *prohibida* (Php); *obligatoria* (Op); *permitida en sentido fuerte* (Psp) —o sea, existe una norma en β que permite p —. ¹⁴ Por otro lado, en el caso en que β no se refiere a p , podríamos predicar que p se encuentra allí *permitida* mas, en la especie, en un *sentido débil* (Pwp). ¹⁵ Así, se explica: “Un estado de cosas p está permitido en el sentido débil en α si, y solo si, p no está prohibido en α , es decir, si no existe en α una norma que prohíba p ”. ¹⁶ Asimismo, repárese que, del hecho de que en un determinado sistema exista una norma que permita la conducta p (Psp), no se sigue necesariamente que $\sim p$ se halle también permitida. Por el contrario, puede suceder, por ejemplo, que el ordenamiento no regule nada en relación con $\sim p$, caso en el que p contendrá entonces un permiso fuerte y $\sim p$ uno

¹⁴ “Un estado de cosas p está permitido en el sentido fuerte en α si, y solo si, una norma que permite p pertenece a las consecuencias de α ...” (ALCHOURRÓN y BULYGIN, “Permisos y Normas Permisivas”, en *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 219).

¹⁵ “[E]s muy frecuente calificar de permitida una conducta por el solo hecho de que esa conducta no está prohibida en un sistema normativo. Pero es evidente que el término ‘permitido’ tiene aquí un significado diferente. Para caracterizarlo introduciremos la noción de *permiso débil*”. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 176).

¹⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *supra* nota 14, p. 219.

débil (ello es, como se vio, derivado de una mera falta de prohibición).¹⁷ Del mismo modo, no cabe colegir que siempre que $P \sim p$ en forma fuerte luego también Pp en ese sentido.

II.B. Los status deónticos extrapenales relevantes en el derecho penal

Sentado cuanto precede, cabe preguntarse cuáles de esos estados normativos de p (Op , Php , Psp , Pwp) que fueron arrojados por el sistema β pueden interesarle al derecho penal. Vale decir, como ya vimos, la conducta prohibida penalmente debe surgir de un análisis de la totalidad de los derechos y deberes del rol social de un individuo, los cuales se encontrarán —al menos una parte considerable de ellos— en el ordenamiento positivo extrapenal (β), el que, por su parte, les asigna un status normativo a las acciones que regula. En definitiva, ello nos invita a cuestionarnos si, por ejemplo, conductas expresamente *permitidas* por β pueden ingresarse al ámbito de la tipicidad.

En ese sentido, y en primer lugar, repárese en que es posible caracterizar al derecho penal como inevitablemente redundante;¹⁸ pues, lejos de intervenir en forma supletoria, a menudo prohíbe las mismas conductas que el ordenamiento extrapenal. Así sucede, por ejemplo, con aquellas lesiones físicas que dan lugar a indemnizaciones en el derecho civil y que, asimismo, pueden ser perseguidas penalmente. Se advierte entonces que las conductas extrapenalmente *prohibidas* son, efectivamente, relevantes para el derecho penal.

En segundo lugar, mucho se ha dicho en dogmática acerca del denominado “riesgo permitido” y, a su vez, pretendo volver sobre esa figura más adelante. Por ello, en este punto, me limitaré a compartir la postura de JAKOBS respecto a que uno de los presupuestos básicos de la imputación objetiva es que la conducta en trato redunde en una “infracción al deber de cuidado” correspondiente;¹⁹ lo que, *a contrario sensu*, nos permite colegir que las acciones en cumplimiento de aquellos deberes no serán penalmente imputables a sus autores. Más aún, se advertirá que el término “riesgo permitido”, en la práctica, engloba no solo las acciones estrictamente *permitidas* (en sentido fuerte), sino también las *obligatorias* (lo cual es posible predicar a su vez desde una determinada perspectiva lógica, en tanto siempre que Op también Pp ²⁰). De seguido, cabe adelantar que los comportamientos permitidos en sentido débil en β no forman parte del riesgo permitido.

¹⁷ De ese modo, se explica que la “...conclusión de que si p está permitido en el sentido fuerte también debe estarlo $\sim p$ es un non-sequitur. El hecho de que p esté permitido en el sentido fuerte es compatible con la no regulación de $\sim p$ [...] el permiso fuerte no necesita ser bilateral...” (Ibid., p. 230).

¹⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *supra* nota 15, pp. 41-42.

¹⁹ JAKOBS, *supra* nota 9, p. 213.

²⁰ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *supra* nota 15, p. 171 y ss.

De todos modos, solo me interesa quedarme aquí con la lección de que, si extrapenalmente Op o Psp , la acción p no será desaprobada a nivel penal.

En tercer lugar, como se dijo, al *ius puniendi* sí le interesarán las conductas *permitidas en sentido débil* (Pwp) en β . Ello resulta con claridad de un simple ejemplo: el individuo C le solicita a su amigo D que le haga el favor de trasladarlo a una cierta ubicación para aprovisionarse allí de los estupefacientes que de modo posterior venderá. Luego, puede suceder que ese “favor” de parte de D no se encuentre expresamente prohibido por fuera del derecho penal; por lo que, en β debería ser considerado como *permitido en forma débil*. Ahora bien, justamente por la *debilidad* de ese permiso, esto es, por carecer de un cierto contenido valorativo relevante, esas conductas serán pasibles de ser introducidas al tipo penal.

En cuarto lugar, cabe efectuar una importante precisión: el planteamiento del sistema β tiene un objetivo puramente metodológico; pues el fin del presente trabajo no es la construcción de diferentes sistemas normativos y la comparación de los distintos status deónticos que cada uno de ellos arroja con relación a p , sino dotar al riesgo permitido de un contenido normativo específico. Así las cosas, no habrá de proponerse la construcción de un sistema extrapenal (β) y uno penal o uno integral —que abarque todas las normas vigentes—. Por el contrario, el estudio del status deóntico de p en el sistema β tiene como fin excluir del tipo penal aquellas acciones que conllevan una cierta carga valorativa expresamente positiva (Psp y Op). Luego, cada vez que β arroje un permiso expreso o un mandato en torno a p , sencillamente, por no existir una infracción de deber, no nos hallaremos en presencia de una conducta típicamente prohibida. Por el contrario, siempre que β arroje los resultados Php o Pwp sí habremos de proceder al estudio típico de p , por cuanto la acción carece de la carga valorativa extrapenal de referencia.

Finalmente, debe destacarse que lo que se señala en este trabajo no obsta a que existan distintos estándares de riesgo entre las normas extrapenales y las penales. Es que estas últimas poseen un umbral mucho más elevado que las primeras. De ese modo, si una acción supera el estándar de riesgo fijado, por ejemplo, por el derecho civil, la conducta adquirirá relevancia penal; mas no por ello devendrá típica inmediatamente, sino que luego deberá ser examinada de cara al muy superior límite que fija el derecho penal.

II.C. Fundamentos de una discriminación con base en el status normativo extrapenal de la acción

Se advierte entonces que la descripción que antecede no es sino un método simple para colegir del espectro normativo extrapenal los deberes de cuidado que interesan en la imputación objetiva; en otras palabras, se esbozó una propuesta de sistema para que la pregunta acerca de qué acciones deben ser toleradas —incluso cuando resulten lesivas de ciertos bienes jurídicos— pueda contestarse acudiendo a un examen meramente de derecho positivo y con prescindencia de ciertas indagaciones sociológicas por parte del juez acerca de lo que es o debe ser en una determinada comunidad. Con relación a ello, argüí que al derecho penal solo le interesan las acciones que el resto del ordenamiento jurídico no haya regulado expresamente (Pwp) e, incluso, las que por aquel ya fueron prohibidas (Php); por otro lado, propugué que es dable identificar el riesgo permitido con los status deónticos extrapenales *Op* y *Psp*. Así las cosas, corresponde ahora brindar algunas de las razones que pueden justificar un método como el descripto.

En primer lugar, cabe reconocer que es cierto que los derechos y deberes que aquí importan —aquellos definitorios de las reglas de actuación que corresponden a un determinado rol— exorbitan al derecho penal y se rigen por máximas distintas y menos inflexibles. Es que el riguroso principio de legalidad que gobierna al *ius puniendi* no se extiende con la misma fuerza sobre las normas de conducta extrapenales. Ahora bien, sin perjuicio de ello, en virtud del axioma “[n]ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”,²¹ puede afirmarse que se hallan deslegitimados los intentos de oponer a los individuos mandatos de conducta no legislados.²²

En segundo lugar, como mínimo, aparece como desaconsejable acudir a reglas no escritas para definir el espectro del riesgo permitido y, por el contrario, comienza a presentarse de manera promisorio la idea de establecer en las normas positivas que anteceden al derecho penal los deberes de cuidado cuya infracción redundará en la calificación de la conducta como prohibida penalmente. Es que, aun admitiendo que, “...salvo en los ámbitos penal y sancionador (y quizá en algún otro ámbito más como puede ser el tributario), en las materias reservadas a la ley se reconoce un margen de actuación a la potestad reglamentaria que va más allá del complemento indispensable de la ley”,²³

²¹ Art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina.

²² Así, por ejemplo, se explica: “La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6/86, 9 de mayo de 1986).

²³ MELERO ALONSO, “La flexibilización de la reserva de ley”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 10, 2004, p. 128.

el mandato de conducta debe estar expresamente previsto, aunque sea, por una autoridad administrativa.

En tercer lugar, y tal como se abordará oportunamente, cierto es que en materia extrapenal suele considerarse a la costumbre como una fuente de derecho válida. Acerca de la cuestión, es posible adelantar ya en este punto que, siempre que ello haya sido expresamente admitido por el legislador,²⁴ la excepcional determinación del status deóntico de una acción valiéndose de la costumbre no resulta atentatoria del lacónico principio de legalidad exigible en el campo extrapenal y, en consecuencia, en el marco del establecimiento del riesgo permitido.²⁵

Entonces, resulta claro que en este trabajo no se sostiene que los deberes de los ciudadanos no pueden surgir sino de una ley en sentido formal; por el contrario, se acepta que en oportunidades aquellos provengan de normas dictadas por cierto tipo de órganos administrativos. Por otro lado, tampoco se veda aquí la posibilidad del juez de valerse de la costumbre como fuente de derecho extrapenal en situaciones excepcionales y cuando ello fue de modo expreso reglado por el legislador. Ahora bien, si se estima que resulta difícilmente conciliable con un Estado de Derecho torcer aún más el límite y aceptar incluso que el juez pueda, de ordinario, alegar infracciones a mandatos sociales no previstos de modo formal en lugar alguno; ello más aún cuando pretende admitirse tal proceder ya no en el campo extrapenal sino directamente en el marco del derecho penal que, sin lugar a dudas, se encuentra protegido por un requisito de legalidad mucho más estricto.²⁶

En cuarto lugar, tal como se vio, debe ponerse de resalto que el método que aquí se ventila coadyuva a obtener el significado de la conducta prohibida penalmente en armonía con el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico. En síntesis, se excluyen aquellas conductas obligatorias o expresamente permitidas en el sistema extrapenal (β) del análisis típico. Así las cosas, dicho abordaje garantiza la falta de contradicción y la coherencia entre las normas no penales y las penales en punto a una acción p . Es que, siempre que β arroje que Psp u Op , luego no podrá esgrimirse que el ordenamiento penal propugne con relación a p el status Php . En efecto, resulta ser

²⁴ Así, por ejemplo, el art. 1.º del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁵ ROXIN, *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997 [1968], pp. 156-157.

²⁶ *Ibid.*, p. 134.

conditio sine qua non de la conducta penalmente prohibida la existencia de un status deóntico extrapenal equivalente a *Pwp* o *Php*.

Tal propuesta parte de la premisa de que la acción penal no puede ser entendida de modo meramente mecanicista o causal, sino que debe interpretarse en relación con las demás normas que reglan ese comportamiento. Es decir, *p* se halla inserta en un contexto normativo y este precisa de un examen integral; es que, de lo contrario, sus prescripciones redundarían en inadmisibles incongruencias. Así, explica LARENZ:

“...las normas jurídicas, contenidas en una ley, no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y solo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El orden jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones [...] La división usual de las leyes en párrafos, separados externamente entre sí, o artículos no debería hacer olvidar que en ellos solo se trata de partes de un más amplio conjunto de normas, que únicamente en su conexión con otras normas que estén en la ley con frecuencia en un lugar muy alejado, pueden ser plenamente entendidas”.²⁷ “El sentido de la norma jurídica en particular solo se infiere, la más de las veces, cuando se la considera parte de la regulación a la que pertenece [...] Entre varias interpretaciones posibles según el sentido literal, obtiene por ello preferencia aquella que posibilita la percepción de concordancia objetiva con otra disposición”.²⁸

El rendimiento de la exégesis sistemática que propongo puede ilustrarse con un simple ejemplo: un policía en recto ejercicio de sus funciones detiene a un narcotraficante, le secuestra sus estupefacientes y, en cumplimiento de los reglamentos a su cargo, traslada la droga al depósito gubernamental correspondiente. Así las cosas, todos los mandatos de la profesión cumplidos, hacen que, sencillamente, sea erróneo concebir que aquel miembro de las fuerzas de seguridad haya realizado la conducta penalmente prohibida del “transporte de estupefacientes” al trasladarlos desde el lugar de secuestro hasta el lugar de almacenamiento. Ello aun cuando física y causalmente pueda

²⁷ LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho* (Traducción a cargo de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Editorial Ariel, 1980 [1960], pp. 257-259.

²⁸ *Ibid.*, p. 321.

haber existido, en efecto, un “transporte de estupefacientes”.²⁹ Más aún, adviértase que mal puede hablarse aquí de un conflicto de deberes (lo cual sí puede suceder dentro del sistema extrapenal); pues, al menos desde la propuesta que aquí se esgrime, los mandatos penales presuponen que la conducta de la que se trate no contenga en sí misma ningún permiso expreso ni sea obligatoria en el sistema extrapenal, lo que no sucede en el ejemplo proporcionado. En ese sentido, por cuanto la actividad del funcionario no solo se encontraba de modo genérico dentro del riesgo permitido, sino que en particular resultaba un mandato para él, no puede aquí hablarse de la existencia de una conducta penalmente prohibida.

En quinto lugar, adviértase que el derecho penal, en general, se vale de las sanciones más fuertes del ordenamiento jurídico: las exigencias que impone son los estándares de actuación mínimos en una sociedad (p. ej., no matar) y, por ello, ante la desobediencia de reglas de conductas tan poco demandantes, son esperables las más duras de las retribuciones previstas en un Estado de Derecho. En otros términos, hay una regla de proporcionalidad involucrada; pues, mientras mayor sea la exigencia que se le impone al ciudadano, menor será la gravedad de la pena que es dable imponerle, y viceversa.³⁰

A su vez, cuando un ciudadano cumple con las reglas más exigentes que impone el Estado — las que resultan del ordenamiento extrapenal— no es coherente esperar que ello pueda redundar en la violación de alguna de esas exigencias mínimas que fija el derecho penal. En otras palabras, la actuación del *ius puniendi* presupone la lesión al ordenamiento jurídico extrapenal o, mínimamente, la falta de un amparo expreso de aquel. Luego, no es admisible concebir que un sujeto que se haya conducido en cumplimiento de los estándares más complejos que impone un Estado pueda, por ello, ser penalmente imputable por el desacato a las exigencias mínimas. Es que, producto de su carácter fragmentario, ante una regulación permisiva emanada del sistema extrapenal, el *ius puniendi* queda desplazado; pues nada tiene que reforzar si la conducta se encontraba de modo previo permitida o, incluso, ordenada.³¹

²⁹ A mayor abundamiento, ver el considerando 1.º del voto del Sr. Juez de Cámara, Dr. Guillermo J. YACOBUCCI, *in re* “Sanhueza, Claudio s/ recurso de casación”, rta. 8/7/2020, reg. n.º 731/20, causa n.º FGR 62006184/2013/TO1/CFC1; Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

³⁰ Con relación a ello, STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (Traducción a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2000], p. 72.

³¹ ROXIN, *supra* nota 25, p. 65.

Así, imaginemos el caso en que un individuo conduce un vehículo en estricto apego a las exigentes normas que reglan el tráfico vial y, en esa oportunidad, se atraviesa en la ruta un niño que se soltó de la mano de sus padres y, por ello, se produce un accidente fatal en el cual el menor fallece. Dado que el automovilista se hizo cargo de los mandatos más meticulosos del ordenamiento jurídico —los cuales le permitían expresamente actuar como lo hizo— corresponde reputar tal acontecer como un mero infortunio.³² En efecto, resultaría contradictorio que ese comportamiento, ajustado a las rigurosas normas de tránsito, pueda serle penalmente imputado al conductor en tanto infracción a una norma mucho más elemental. Más aún, en la especie, el derecho penal ya no podría presentarse en su carácter de ordenamiento que refuerza mandatos preexistentes en el sistema extrapenal.³³

En sexto y último lugar, es dable poner de resalto que, en mi opinión, el problema de la difícil conceptualización del término “riesgo permitido” puede morigerarse al reconducirlo por fuera del campo de la hermenéutica hacia una cuestión eminentemente normativa; esto es, la conducta *p* será socialmente adecuada siempre que extrapenalmente *Op* o *Psp*. Sin embargo, en este punto cabe hacer énfasis también en que lo dicho no significa que ese ordenamiento jurídico extrapenal al que debemos remitirnos para determinar si una conducta redundó en una infracción de deber vaya a ser unívoco y dar solución a todos los casos que puedan presentarse.³⁴ Ahora bien, sí considero que la utilización de las normas extrapenales como fuente y contenido de la imputación objetiva nos permitirá que tenga una mayor apoyatura legal la decisión relativa a si la acción fue ajustada al rol del individuo. Con ese norte, repárese que mi propuesta intenta lograr disminuir la discrecionalidad en la fijación de los estándares de conducta; pues estimo que valiéndonos, por ejemplo, de las previsiones del derecho civil, la definición del riesgo permitido habrá de enriquecerse y, principalmente, ganar en predictibilidad y determinación.

En efecto, ciertamente en el ámbito extrapenal encontraremos determinadas normas de conducta no regladas y estándares de actuación no previstos de modo expreso. Sin embargo, la exhaustividad con la que el sistema β regula a las conductas humanas importa que los deberes que conforman la esfera del riesgo permitido en torno a una acción *p* resulten allí con más claridad y en forma más detallada que si desde el derecho penal se intenta definirlo de manera directa y sin otra

³² JAKOBS, *supra* nota 9, p. 212.

³³ Ello, claro está, siempre que tal acción (*p*) no deba ser calificada como un supuesto de abuso de derecho (instituto del derecho positivo que también habrá de tratarse oportunamente); pues el ejercicio abusivo de los derechos impone un status deóntico extrapenal relevante desde una perspectiva penal (i.e., *Php*).

³⁴ NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989 [1984], pp. 22-23.

apoyatura más que la regla penal. Adviértase que los tipos penales precisan para su infracción que el autor haya incumplido las obligaciones a su cargo (Php) o, mínimamente, que no haya actuado al amparo de un permiso expreso (Pwp); y, es en ese sentido, donde la letra de la ley penal no resulta satisfactoria en sí misma para delimitar los derechos y los deberes que en forma previa tenía el autor y donde el sistema legal β puede cubrir ese espacio de modo tal que no deba ser el único recurso del decisor volcarse de modo inmediato a la indagación acerca de cuáles son las prácticas culturalmente admitidas en una sociedad.

III. Pormenores de la inserción de la teoría en el campo de la dogmática penal

III.A. Aspectos ontológicos y normativos del tipo objetivo

Cabe destacar que, al limitarse a las normas positivas, la esfera del riesgo permitido tenderá a reducirse. Es que para poder alegar una actuación bajo su amparo deberá encontrarse en el ordenamiento extrapenal una regla que así expresamente la permita u ordene. Ello amerita efectuar una precisión en el ámbito de la tipicidad objetiva; pues estimo dable quedar a resguardo de las vicisitudes que la disminución de referencia podría ocasionar mediante una clara diferenciación entre el presupuesto ontológico de la imputación y los criterios normativos propios de la imputación objetiva. Es que de nada vale el análisis normativo aquí efectuado si primeramente no se logra acreditar un nexo de determinación entre la acción reprochada y el resultado en cuestión; esto es, de no mediar un cierto vínculo natural entre ambos, deberá concluirse en la atipicidad de la conducta sin que cobre relevancia el estudio del status deóntico extrapenal.

Así las cosas, supongamos que un individuo *A* le indica a otro sujeto *B* que se pare debajo de un edificio en una acera pública con la esperanza de que de alguno de los balcones caiga un elemento contundente que lo golpee en forma fatal, lo cual azarosamente así ocurre. Desde la perspectiva que aquí se propone, la acción del primer sujeto podría no encontrarse regulada por normativa extrapenal alguna, de modo que debería reputarse que contiene solo un permiso débil y, en consecuencia, sería relevante desde una perspectiva penal. Ahora bien, en este punto cabe preguntarse si verdaderamente la conducta de *A* contiene el presupuesto ontológico necesario con relación a la muerte de *B*. Con relación a ello, se explica: “...la formulación adecuada del principio causal debe presentar la forma siguiente: ‘*Si ocurre C, entonces (y solo entonces) E es siempre producido por él*’”.³⁵ Ello nos impide considerar a la acción bajo examen como vinculada causalmente a la

³⁵ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, Resultado y Determinación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 63.

defunción de *B*, en tanto no es el curso ordinario de las cosas que al pararse un sujeto debajo de un edificio termine por ser herido en forma letal. No obstante, también se enseña: “...todo está *determinado* por algo, pero no todo está *causado* por algo. La causalidad constituye solo una de las categorías posibles de la determinación en general [...] Además de la determinación causal puede mencionarse la determinación estadística o probabilística...”³⁶ y, a su vez, se precisa: “Obviamente que, en un proceso penal, deberá estar claro que la conclusión acerca de la existencia de relevancia estadística es ‘segura’, pues de lo contrario —por imperio del *in dubio pro reo*— no será idónea como determinante de la existencia de un nexo ontológico de determinación”.³⁷ Luego, tampoco desde esta segunda especie del presupuesto ontológico de la imputación es posible evitar la atipicidad de la conducta de *A*. Es que la posibilidad de que la muerte de *B* ocurriese era en verdad remota y, por consiguiente, el caso no precisa de un estudio normativo del estilo propuesto en este trabajo en virtud de su previa atipicidad.

En definitiva, lo importante de destacar en este apartado es que el examen de los status deónticos extrapenales con el fin de determinar la relevancia de la acción en términos penales pertenece al análisis normativo de la imputación, lo que no obsta a que la conducta pudiera ser previamente irrelevante por carecer del presupuesto ontológico fundamental que requiere el tipo objetivo. Por ello, en mi opinión, una clara escisión entre los requisitos ontológicos y normativos de la imputación, adunada a un entendimiento de los primeros como el citado en el párrafo anterior, permite morigerar los efectos contraintuitivos que una reducción en la esfera del riesgo permitido pudiese ocasionar.

III.B. Causas de justificación e imputación objetiva

Hemos visto que únicamente las acciones que exceden la esfera del riesgo permitido pueden reputarse relevantes en materia penal. En efecto, las figuras típicas presuponen una cierta inadecuación social que no es posible atribuirle a aquel que haya actuado de conformidad con las reglas que rigen la actividad que se examine. Con ese norte, he identificado el ámbito del riesgo desaprobado con los status deónticos extrapenales *Php* y *Pwp*. Ahora bien, en este punto debe destacarse que aquellos resultan ser requisitos previos al estudio de las causas de justificación. Así, la falta de defraudación de expectativas característica de un sujeto que actúa en cumplimiento de permisos o, incluso, obligaciones extrapenales impide que la parte objetiva del tipo pueda serle

³⁶ Ibid., p. 72.

³⁷ Ibid., pp. 80-81.

atribuida y, en consecuencia, redundante en la necesidad de prescindir de estudios relativos a los aspectos subjetivos del tipo y, asimismo, de ulteriores justificaciones.

Sobre el punto, explica JAKOBS:

“Sobrepasar el riesgo permitido es requisito positivo del injusto, no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación. Ser causante de un resultado, por ejemplo de una muerte, no es, como tal, socialmente anómalo. Ejemplo: Todo fabricante de vehículos automóviles (aunque lo haga correctamente) es causante, por la fabricación, de todos los accidentes en que intervenga un vehículo suyo, sin que la fabricación se convierta por ello en un suceso que sea tolerable solo en relación con un contexto justificante. Únicamente al exceder el riesgo (p. ej., fabricando vehículos cuyos frenos tienen una insuficiente disminución mínima de la marcha) llegan a ser relevantes las cuestiones del dolo, de la imprudencia y, en su caso, de un contexto justificante”.³⁸

Luego, respecto al método para diferenciar conductas que se mueven dentro del riesgo permitido de aquellas que siendo típicas se hallan justificadas, el autor de referencia explica:

“Aquellos comportamientos que generan riesgos permitidos no tienen por qué estar inscritos en un contexto especial para ser tolerados socialmente, sino que son tolerados de modo general [...] La situación es distinta en el ámbito de la justificación; aquí es el contexto especial lo que permite que se toleren comportamientos que per se son perturbadores”.³⁹

Entonces, la actuación conforme a las normas que rigen el rol impone siempre la atipicidad. Solo cuando extrapenalmente *Pwp* o *Php* la acción adquirirá relevancia penal y podrá pasarse al examen de las causales de justificación previstas en el Código Penal. Así, en caso de que una ambulancia conduzca en una emergencia a 5 km/h sobre la velocidad máxima ordinaria, pero ello

³⁸ JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991], p. 245.

³⁹ JAKOBS, *supra* nota 7, p. 50.

le sea permitido extrapenalmente por las reglas que regulan su específica actividad, seguirá dentro del riesgo permitido. Ahora bien, si iba a una velocidad mayor a la que se le permite reglamentariamente incluso en casos de emergencia, su comportamiento adquirirá relevancia desde una perspectiva penal. Ciertamente, luego podría ampararse dentro de una causal de justificación si, por ejemplo, se explicara que incluso a la velocidad especial permitida no se llegaría a destino a tiempo para salvarle la vida al paciente. De ese modo, su conducta era prohibida desde las reglas que regulan su rol, pero se presentó un supuesto habilitante previsto en el Código Penal que la eximirá de responsabilidad, mas no de la imputación objetiva.

En definitiva, la distinción fundamental radica entonces en que las justificaciones presuponen una conducta típica que, como tal, precisa de una falta de permiso expreso o mandato extrapenal. De ese modo, solo una vez que aquella haya cobrado relevancia típica desde la perspectiva aquí explicada, serán las reglas penales las que deberán ser examinadas con el fin de verificar si la acción en trato se encontraba justificada y, por último, la procedencia de tal justificación dependerá del escenario fáctico concreto (p. ej., que haya existido efectivamente un verdadero estado de necesidad).

III.C. Los status deónticos extrapenales y las denominadas «conductas neutrales»

Adviértase que para presentar la propuesta del trabajo y sus fundamentos se han ventilado principalmente ejemplos de autoría; no obstante, cabe preguntarse, asimismo, cuáles serían sus consecuencias en el campo de la participación. Es decir, cómo repercutiría en esa área del derecho penal una tesis que dote al riesgo permitido de un contenido normativo específico. Al respecto, deseo abordar aquí únicamente uno de los productos de la aplicación de la imputación objetiva en el ámbito de la participación: las denominadas “conductas neutrales”. Sobre el tópico, se explica:

“...auxiliar es facilitar, posibilitar, intensificar o asegurar [...] quien realiza cualesquiera de estas conductas crea un riesgo para un bien jurídico. Mas si, por otra parte, todo auxilio resulta ser una creación de riesgo, concluimos en que no todo riesgo creado es un riesgo prohibido. La teoría de la imputación objetiva nos proveerá criterios para determinar cuándo un riesgo es o no prohibido, con esto se evidencia el muy superior alcance de esta respecto de la teoría específica de la complicidad, lo que nos permite lidiar con todos los problemas ya resueltos por ella, como así también hacerlo con

varios otros, como el de la complicidad a través de acciones neutrales...”.⁴⁰

En términos generales, se define a estas conductas como comportamientos realizados de modo adecuado a un rol o estereotipo, mas también con el conocimiento de su potencialidad para favorecer un resultado delictivo.⁴¹ La problemática radicaría, entonces, acerca de cuándo —si es que alguna vez— estas deberían ser castigadas a título de complicidad. De seguido, repárese que, en virtud de las consideraciones efectuadas en los apartados que anteceden, resulta evidente que, desde una perspectiva deóntica, no es dable predicar la existencia de aquellas. En efecto, ya sea tomando en consideración el sistema β o el ordenamiento jurídico en forma integral, una conducta p será siempre prohibida, obligatoria, permitida en sentido fuerte o en sentido débil. Así las cosas, la clave para descifrar la relevancia penal de la acción —incluso en el campo de la participación— no puede sino radicar en un aspecto objetivo (normativo); esto es, verificar si la “adecuación” a la que hace referencia la definición de conductas neutrales esbozada al comienzo de este párrafo encuentra amparo en el sistema legal β .

Sin perjuicio de ello, primeramente, deseo traer a colación algunos de los supuestos tradicionales que se ventilan en este campo; pues allí se verificará la importancia del control del status deóntico extrapenal de la conducta de la que se trate. Así, por ejemplo, se relatan los casos del panadero que vendió una pieza de pan a un tercero aun sabiendo que este último iba a utilizarla para envenenar a alguien y del conductor del taxi que llevó a una persona a un destino a pesar de que conocía que allí aquella iba a cometer un asesinato.⁴² Al respecto, explica JAKOBS que los comportamientos mencionados resultan ser estereotipados e, incluso, inocuos; esto es, no se despegan en ningún momento del rol que ocupa el agente, por lo que no pueden serles imputados a título de complicidad. Es que la sociedad necesita de tales prestaciones estereotipadas para mantener vigente su complejo universo de relaciones sociales y, más aún, una solución contraria socavaría la libertad de perseguir fines lícitos propios.

Frente a ello, apunta GRECO que el concepto de “rol”, en primer orden, resulta ser un término ambiguo, pues no se sabe si se utiliza en sentido sociológico o en sentido jurídico-normativo; luego,

⁴⁰ GRECO, *Complicidad a través de Acciones Neutrales: La Imputación Objetiva en la Participación* (Traducción a cargo de Carlos Julio Lascano y Diego A. Peretti Ávila), Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2004], p. 38. Véase, asimismo, el capítulo III, “La imputación objetiva en la participación: accesoriedad y prohibición de regreso”, en JAKOBS, *supra* nota 7.

⁴¹ ROBLES PLANAS, *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 33.

⁴² JAKOBS, *supra* nota 7, p. 32.

en segundo lugar, afirma que, de cualquier modo, en ambos casos, deriva en soluciones que deben ser descalificadas. Así, expone:

“Si solo se admitiese la violación del tipo cuando hubiese violación de un rol, tal vez, se podría llegar al absurdo de afirmar que —teniendo en cuenta que quien mata representa el rol de homicida— ¡Nunca se podría aplicar tipo penal alguno! O sea: no es posible subordinar la realización del tipo objetivo a la violación de un rol en sentido sociológico. Por otra parte, si el rol fuera comprendido en sentido normativo, jurídico, la idea se vaciaría; porque si, en sentido normativo, el rol representa un haz de normas, con lo que la pregunta acerca de si alguien violó un rol se confundiría con la pregunta relativa a si alguien ha violado alguna norma [...] En síntesis: el rol es un concepto que debe ser rechazado, porque su versión sociológica resulta errónea, mientras que su versión jurídica deviene vacía”.⁴³

Asimismo, idéntica apreciación ventila ese autor respecto al concepto de “adecuación social”:

“...nadie sabe con certeza lo que resulta socialmente adecuado o inadecuado. A mi modo de ver, el error fundamental de esta teoría reside en no dejar claro si ella se trata de una descripción o de una prescripción, en otras palabras, si ella debe ser comprendida en sentido sociológico-descriptivo (identificando con socialmente adecuado aquellos que efectivamente se hace en una sociedad determinada) o en un sentido ético-normativo (refiriéndose como socialmente adecuado con respecto a aquello que, en una sociedad determinada, se considera correcto hacer). La teoría no puede ser comprendida en el primer sentido; porque, de ser así, se vería obligada a declarar ciertas prácticas habituales que resultan absolutamente inaceptables [...] algo permitido o atípico. Mas, si la comprendiésemos en el segundo sentido normativo, nos encontraríamos con que ella se torna vacía, porque sería necesario

⁴³ GRECO, *supra* nota 40, pp. 65-66.

descubrir un parámetro que es considerado correcto en determinada sociedad”.⁴⁴

Ahora bien, en sentido jurídico, se ha propuesto a lo largo de este trabajo que aquello que en imputación objetiva debe ser reputado como adecuado socialmente o inmerso en un determinado “riesgo permitido” son los status deónticos extrapenales *Psp* y *Op*. Entonces, y aceptando la crítica reseñada en el párrafo que antecede, los roles sociales no pueden sino referir a un contenido normativo específico: es el sistema β el que deberá ser examinado a tal fin. Tal proposición no significa que corresponda verificarse, entonces, si alguien ha violado alguna norma para la determinación de la imputación objetiva; sino, antes bien, definir qué cualidad normativa extrapenal reviste el comportamiento en examen, pues este servirá a los efectos de filtro de relevancia penal.

En consecuencia, *a priori* resulta que ni al taxista ni al panadero pueden reprochárseles las acciones endilgadas, mas esto no por revestir una determinada característica de neutralidad o por no contar con un determinado elemento subjetivo, sino porque, directamente, sus comportamientos se hallaban permitidos en forma expresa (*Psp*). A los efectos de un mayor desarrollo, supongamos que el panadero no fuese el dueño del local, sino un empleado contratado para efectuar las ventas al público; pues, en tal caso, incluso podría afirmarse que aquel se encontraba extrapenalmente obligado (*Op*) a realizar esa transacción. No obstante, cabe preguntarse qué sucedería si, por ejemplo, el taxista hubiese recibido previamente un llamado del autor del delito en el cual le explicara que el servicio de transporte era requerido con el fin de llevarlo a un destino donde se cometería un asesinato y que por ello le pagaría un monto mayor al habitual por el servicio. Estimo que, en ese supuesto, la solución podría diferir en tanto se logre acreditar que el objeto del contrato era ilícito desde el derecho privado. Así, en la especie, se encontrará a cargo del acusador, a la luz de las leyes civiles y comerciales, deslegitimar la validez del acuerdo de referencia y, en general, demostrar que la conducta —de apariencia neutral— ha excedido de algún modo las reglas extrapenales que impone la actividad de la que se trate.

Por otro lado, también podría arribarse a un resultado distinto si en la regulación correspondiente —incluso de índole administrativa— se estableciera un determinado deber de control con relación a un comportamiento que, en principio, se presenta como socialmente estereotipado. Es que un incumplimiento de aquel mandato legal importaría un cambio en el status deóntico de la acción y, en consecuencia, terminaría por tornarla relevante en materia penal. Así,

⁴⁴ *Ibid.*, p. 47

hipotéticamente, podemos imaginarnos un caso en el que el legislador le imponga a quien se encarga de la venta de alimentos al consumidor la obligación de velar por que estos contengan un rotulado nutricional que refleje los verdaderos valores del producto. Luego, el dueño de un supermercado debería arbitrar todos los medios conducentes a fin de que los alimentos que él provee contengan no solo el tradicional detalle, sino que esa descripción sea correcta. Una norma como la señalada, si bien excedería lo que de ordinario esperamos de ese actor social, provocaría que una conducta verdaderamente cotidiana —tal como lo es vender en un establecimiento habilitado productos de empresas que han debido hacer los estudios correspondientes, efectuar el etiquetado en el envase y tuvieron previa aprobación de la entidad estatal correspondiente— pueda adquirir relevancia penal.

Va de suyo que la aplicación de la propuesta aquí ventilada precisará, en primer lugar, de un legislador proactivo y, en segundo lugar, de un juez en materia penal con conocimientos de las demás ramas jurídicas vigentes. En efecto, si lo deseable es disuadir que determinadas actividades regulares puedan terminar por favorecer el ilícito de un tercero y si, a su vez, corresponde que las obligaciones que se les imponen a los sujetos provengan de las normas y no de las consideraciones personales del decisor —tal como ya se ha propugnado en este trabajo—, deberá procederse a la regulación de dichas conductas estandarizadas o negocios de la vida cotidiana para que deban realizarse siguiendo determinados lineamientos que disminuyan su potencialidad para beneficiar ciertas acciones ilícitas. Tal fue el caso, por ejemplo, de la imposición extrapenal que se regló al obligar a múltiples organismos a efectuar reportes de actividades sospechosas en materia de lavado de activos.⁴⁵ Por otro lado, puesto que, a los fines de la imputación objetiva, he reputado que las conductas socialmente adecuadas deben ser aquellas que se han efectuado en cumplimiento de las reglas que el individuo tenía a su cargo en función de la actividad que desempeñaba, naturalmente, corresponderá que frente a cada caso concreto se proceda al análisis de los derechos y deberes del sujeto que actúa, los cuales exceden de manera amplia las previsiones del derecho penal y, por consiguiente, redundan en la necesidad de que el juzgador conozca en profundidad las previsiones que el aquí denominado sistema β prevé.⁴⁶

III.D. La relevancia de figuras del derecho privado en el campo de la dogmática penal

Si asumimos que los estándares de conducta que tornan relevante una acción en términos penales se hallan fijados en el resto del ordenamiento normativo, de inmediato se advertirá que esas

⁴⁵ Cfr. ley 25.246, capítulo III, y sus normas reglamentarias.

⁴⁶ Véase LARENZ, *supra* nota 27, pp. 257-259

reglas no punitivas adquirirán una especial gravitación en la dogmática penal. Pero, más aún, encontraremos legitimados ciertos institutos propios de la imputación objetiva que han sido en su mayoría desarrollados doctrinariamente. En ese sentido, ya el art. 1.º del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que para resolver los casos debe tenerse en especial consideración el fin de la norma aplicable. De lo que resulta que tal examen teleológico, en extremo investigado y discutido por la dogmática,⁴⁷ podría encontrar expreso amparo en el derecho positivo cuando se trate de interpretar normas extrapenales. Sin perjuicio de ello, deseo en este punto concentrarme en algunas de tantas figuras legales que, en principio, resultarían ajenas a la teoría de la imputación objetiva y que, a partir de las reflexiones efectuadas a lo largo de este trabajo, cobrarán importancia a la hora de definir el status deóntico extrapenal de la acción; es decir, al momento de decidir si una conducta se presenta o no dotada del sentido social que se precisa para poder satisfacer el elemento objetivo del tipo.

Al respecto, ya he manifestado que la utilización de la *costumbre* a efectos de delimitar si una acción se encontraba amparada bajo determinado riesgo permitido, cuando aquella figura apareciese receptada por el legislador, no resultaría atentatoria del principio de legalidad exigible en materia extrapenal. Ahora bien, dicho esto, cabe aclarar que para que exista una verdadera costumbre — en sentido de fuente de derecho — es preciso que, como mínimo, se encuentren reunidos dos requisitos elementales. En primer orden, es necesario que la práctica en trato se vea reiterada en forma constante y uniforme y que, asimismo, sea actuada de ese modo por la generalidad de los individuos y no por unos pocos de ellos (aspecto objetivo). En segundo lugar, que los agentes obren en la convicción de que la acción que realizan es adecuada jurídicamente y no un simple uso social (aspecto subjetivo).⁴⁸ Así las cosas, se advierte que lejos se encuentra este instituto de determinar el status deóntico de una conducta mediante la mera indagación sociológica acerca de cuáles suelen ser los comportamientos de los individuos en determinada sociedad o atendiendo a las reglas de prudencia comúnmente respetadas.⁴⁹

⁴⁷ Así, por ejemplo, Gimbernat ORDEIG, “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 61, Fasc/mes 1, 2008, pp. 5-30.

⁴⁸ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1984, pp. 74-75.

⁴⁹ En sentido coincidente, se explica: “...tampoco se considera adecuado atribuir relevancia a las meras prácticas consolidadas en una sociedad, pues la sola práctica si no va acompañada de la convicción sobre su carácter vinculante, no tiene la condición de estándar de diligencia vigente para los sujetos que operan en dicho ámbito. Así pues, la mera habitualidad de una conducta no expresa, todavía ninguna valoración social; la mera realidad social [...] no es más que un precursor de las relaciones jurídicas...” (PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad: la remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Barcelona, Atelier, 2019, p. 89).

Con independencia de estos reparos, no deja de resultar entonces el instituto en cuestión una interesante herramienta a la hora de decidir si en un caso nos encontramos o no frente a una acción penal en sentido relevante; vale decir, a efectos de conocer su status deóntico extrapenal. Pues, sea esta *secundum legem* (expresamente prevista por una norma particular a fines de servir de reglamentación y definición de la forma en que ella habrá de aplicarse) o *preter legem* (prevista genéricamente por el ordenamiento para resolver distintas situaciones no regladas);⁵⁰ a través de la costumbre una conducta que *prima facie* se presenta como solo permitida en sentido débil o incluso prohibida, por ejemplo, puede variar tal condición en caso de verse admitida por aquella en los términos en que el derecho positivo la regula. En ese sentido, cabe poner de resalto que el Código Civil y Comercial de la Nación veda el reconocimiento de la costumbre *contra legem*. Así, su artículo 1.º refiere: “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, *siempre que no sean contrarios a derecho*”.⁵¹ De lo que no se sigue que, si en un futuro o en ordenamientos jurídicos distintos al de la República Argentina se la admitiera, no podría servir como válida fuente de derecho y ser utilizada para definir la relevancia de una determinada conducta a nivel penal.

Por otro lado, es posible traer a colación la figura del *abuso del derecho*; pues, de acuerdo con la inteligencia aquí ventilada, aun cuando *prima facie* no se infrinja la literalidad de la norma, existirán supuestos en que la acción deberá calificarse como prohibida de cara al sistema β y, en consecuencia, estimarse relevante en materia penal. En efecto, “...es legítimo *usar* de los derechos que la ley concede, no lo es *abusar* de ellos”.⁵² Al respecto, cabe destacar que, desde un enfoque finalista o funcional, existe un uso abusivo de un derecho cuando este se ha ejercido en contra de los fines que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó y sin interés alguno más que el propósito de perjudicar a un tercero. Se advierte entonces que para efectuar la variación en el status deóntico de la acción —es que, *a priori* podría aparecer como permitida en sentido fuerte—,⁵³ resultará necesario demostrar que el ejercicio de esta importó un uso anormal e irregular del derecho que la amparaba.

En lo atinente a esta cuestión, la doctrina en materia civil narra un caso ventilado ante tribunales franceses en el que un vecino del dueño de un hangar y campo de aterrizaje levantó sobre su terreno

⁵⁰ ALTERINI, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 7.

⁵¹ El énfasis me corresponde.

⁵² BORDA, *supra* nota 48, p. 41.

⁵³ Así se explica que “...el acto que termina siendo abusivo fue inicialmente lícito, pero se convirtió luego en ilícito por su ejercicio desviado” (ALTERINI, *supra* nota 50, p. 90).

dos armazones de madera de 15 metros de altura, sin ninguna otra utilidad que perturbar el descenso de las aeronaves. En adición a lo anterior, se explica que, llevado el caso a la justicia, se vislumbró que el vecino lo había hecho para obligar al propietario del hangar a que le comprara su propiedad. Así las cosas, la judicatura francesa reputó el hecho como ilícito con independencia de que la regulación positiva le hubiera permitido en forma indeterminada la construcción de edificaciones sobre su terreno.⁵⁴ De seguido, en la inteligencia sostenida a lo largo de este trabajo, no puede sino reflexionarse qué hubiese sucedido si alguna de las aeronaves hubiera sufrido un accidente como consecuencia de las construcciones efectuadas por aquel vecino. Es que aparece evidente que tal conducta debería reputarse penalmente relevante, aunque en principio haya aparecido amparada de manera extrapenal (Psp). Pues en virtud de que importó un ejercicio abusivo de los derechos subjetivos que el ordenamiento le reconocía al individuo será, por lo tanto, un hecho ilícito a la luz del sistema β (Php). Entonces, esa conducta p que aparece —en principio— apegada al ordenamiento extrapenal (Psp) termina por resultar ante aquel como prohibida y, por consiguiente, capaz de configurar el elemento objetivo del tipo.

No resulta ocioso reiterar en este punto que todas las consideraciones aquí efectuadas —si bien sirven para determinar si una acción puede considerarse capaz de infringir un tipo objetivo— atañen a normas extrapenales. Luego, la propuesta consistente en definir el riesgo permitido a partir de las reglas previstas en el sistema extrapenal tiene, por supuesto, consecuencias penales; mas no por ello aquellas normas pasan a pertenecer al *ius puniendi*. Se trata, en definitiva, de conocer cuáles son los deberes que en el sistema β tenía a su cargo el imputado y, a partir de allí, determinar si aquel actuó o no conforme a ellos. De ese modo, a efectos ilustrativos, para conocer si en un caso existió una infracción a las reglas de la conducción vial en un accidente de tránsito corresponderá indagar cuáles eran las normas de tal práctica y estas, lógicamente, excederán las disposiciones de un código penal; sin embargo, no es plausible esperar que las reglas de tránsito posean tal carácter, a pesar de que —a todas luces— tienen un rol fundamental en la determinación de la relevancia penal de la acción por las lesiones o muertes que puedan resultar de un siniestro vial. En consecuencia, se advierte que los institutos analizados en este apartado no recaen directamente sobre el tipo penal, sino sobre normas no penales que, como tales, no se rigen por el riguroso principio de legalidad que pesa sobre el derecho penal.⁵⁵ Así las cosas, puede diferenciarse la propuesta aquí efectuada con

⁵⁴ BORDA, *supra* nota 48, p. 45.

⁵⁵ En sentido similar, explica ROXIN acerca de la prohibición de analogía: “...en los casos en que el Derecho penal se adhiere a los conceptos formados en otros campos del Derecho —p. ej., las cosas ‘ajenas’ [...] son cosas que se encuentran bajo la ‘propiedad’ de otro—, se comporta de modo totalmente accesorio; y por tanto protegerá también v. gr. la propiedad de garantía, desarrollada *praeter legem*” y, asimismo: “...la situación es distinta en las causas de justificación. En efecto, las mismas

otras que intentan aplicar directamente sobre el tipo penal reglas de un tenor similar a las existentes en punto a la figura del abuso del derecho en el derecho extrapenal.⁵⁶

Por último, deseo traer de nuevo a colación la figura de los *contratos* que, brevemente, fueran mencionados *supra*, apartado I. Es que, como se dijo en su oportunidad, las propias normas escritas (p. ej. los códigos de derecho privado) prevén —en los términos de HART— “potestades legislativas limitadas” para los ciudadanos.⁵⁷ Pues, tal vez paradójicamente, los mismos particulares tienen la facultad de crear y/o modificar derechos y obligaciones que, a la luz de la teoría aquí sostenida, habrán de integrar el derecho extrapenal y, en definitiva, ser de suma importancia en la determinación acerca de si una acción es o no relevante para el derecho penal. Es decir, en cierta forma, el legislador autoriza a los individuos a confeccionar sus propias reglas y estas —siempre que superen un estándar de licitud que, por supuesto, es fijado en forma previa por la norma que los autoriza— pasarán a integrar de modo válido el ordenamiento jurídico y a definir el status deóntico de las acciones que allí se prevén.

En ese sentido, se explica: “El contrato es una ley individual, esto es, fuente de Derecho objetivo. El contrato contiene normas jurídicas individuales que, sobre determinados supuestos de hecho, prevén determinadas consecuencias jurídicas”.⁵⁸ Luego, si el contrato es ley para las partes, mal puede denegársele el status deóntico de permitida en sentido fuerte e, incluso, obligatoria, a una acción realizada en cumplimiento de aquel. De lo que se verifica la gravitación de la figura bajo análisis respecto de la imputación objetiva; pues, una conducta que estudiada directamente sobre el tipo penal en términos naturalísticos cumplimentaría el examen de subsunción, al verificarse previamente su adecuación a las pautas del instituto jurídico en trato, terminaría por presentarse como irrelevante de cara al sistema penal. Así, en el tradicional caso de estudio del camarero que sirvió un plato con un moho venenoso que en forma previa había advertido que podría causarle la

no son una materia específica del Derecho penal, sino que proceden de todos los campos del Derecho; y en consecuencia, en esos campos también son objeto de ulterior ampliación por la vía del desarrollo judicial del Derecho, y a menudo son restringidas con independencia de su tenor literal externo, conforme a los principios ordenadores legales en que se basan. Por eso el Derecho penal ha de seguir esta orientación en aras de la unidad del ordenamiento jurídico: pues no es posible que una misma causa de justificación tenga presupuestos diferentes en un sitio y en otro, con la consecuencia de que una conducta que p. ej. en Derecho civil se considere como un injusto generador de la obligación de indemnizar, en cambio en Derecho penal se califique de lícita y obtenga la aprobación de todo el ordenamiento jurídico” (ROXIN, *supra* nota 25, pp. 156-157).

⁵⁶ Sobre el punto: RIGGI, *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

⁵⁷ HART, *supra* nota 11, p. 118.

⁵⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavallia Ed., 2006, p. 23.

muerte al comensal,⁵⁹ en tanto su actividad haya sido ajustada a los mandatos de su contrato laboral, no podrá ser inquirido en cuanto a los conocimientos especiales que poseía en punto al hecho en cuestión. En todo caso, su intervención en la potencial muerte del cliente deberá reputarse meramente causal respecto de la acción u omisión de los encargados de velar por el correcto estado de las comidas del restaurante que, en principio, no resultan ser los camareros. Distinta sería la solución si se confeccionara un contrato laboral de mayor exigencia; por ejemplo, si fuese un establecimiento de comida exótica que contrata específicamente a personas con conocimiento de biología para que se cercioren que se les sirve a los clientes y les informen a estos del contenido y riesgos de los platos.

De lo que no se sigue, sin embargo, que los contratos puedan ser, entonces, un fácil instrumento de impunidad. Es que la ley fija múltiples requisitos para su validez; y, entre ellos, que su objeto no resida en hechos ilícitos, contrarios a la moral o a las buenas costumbres.⁶⁰ Veamos.

Por un lado, resultan nulos aquellos que hayan sido celebrados en violación a las prohibiciones fijadas en las restantes normas del sistema; así, a título ilustrativo, la doctrina menciona el caso de la “...celebración de un contrato de servicios profesionales con un sujeto que carece de título habilitante”,⁶¹ de modo que, por ejemplo, un individuo que hubiese pactado asesorar a un tercero en materia contable, en caso de que este último se haya valido de ese servicio para evadir el pago de impuestos, no podrá invocar que su acción resultaba permitida en sentido fuerte por haber sido en cumplimiento de un mandato contractual si carecía de la habilitación necesaria.⁶² De modo contrario a esa exégesis, parte de la jurisprudencia argentina ha concluido la participación penalmente responsable de una contadora pública en una asociación ilícita tributaria por cuanto:

“...las reglas vinculadas al principio de confianza, a la prohibición de regreso y a las conductas neutrales, no resultan aplicables a la actividad que llevó a cabo la nombrada, en la medida en que [...]

⁵⁹ Ver JAKOBS, *supra* nota 38, pp. 250-253.

⁶⁰ Ver, a modo de ejemplo de regulación, los arts. 279 y 1004 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶¹ LORENZETTI, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo II*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 92.

⁶² En similar sentido, se ha dicho que, en tanto sus aportes fueron efectuados desde un cargo gerencial obtenido informalmente y de los cuales se valió un empleado que también se encontraba prestando tareas en ese carácter, el partícipe no podía escudarse en la supuesta adecuación normativa de su conducta. (Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 2 de San Martín *in re* “Escobar, Fernando Pablo y otra s/ infracción art. 145 bis, CP”, causa n.º FSM 133955/2017/TO1; rta. 5/4/2021).

aquella conocía perfectamente el aporte que con su actuación realizaba en favor de la organización”.⁶³

Sin embargo, independientemente de las particularidades fácticas de tal caso, a la luz de la tesis aquí ventilada, el *conocimiento* acerca del favorecimiento del ilícito de terceros no resulta ser el elemento determinante de la relevancia de una conducta en términos penales; por el contrario, ello depende de la adecuación o no a las reglas que rigen la profesión de la que se trate. En ese sentido, la celebración de un contrato de servicios profesionales válido y una actuación del profesional conforme a las normas de su labor, extraen a sus acciones de la esfera penal.

Por otro lado, en punto al significado de “moral y buenas costumbres”, mucho se ha dicho en la jurisprudencia al respecto y, a su vez, considerable ha sido la evolución de esos términos y su modificación a través del paso de los años; por consiguiente, excede a las posibilidades de este trabajo el efectuar una correcta precisión de tales conceptos. Sin perjuicio de ello, mínimamente es dable traer a colación que, respecto al objeto de los actos jurídicos, lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“...rige el principio de autonomía de la voluntad en tanto las partes pueden crear la entidad material o inmaterial sobre la que recae el negocio que queda así jurídicamente tutelado. El límite impuesto a aquellas es, entonces, el respeto de la moral y las buenas costumbres; límite de por sí impreciso y variable, pues se nutre en otras áreas de la realidad según esta evoluciona. ‘La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu remanente de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera’ pues el control judicial no puede desatenderse de las transformaciones históricas y sociales (cfr. Fallos 211:162 y 308:2268). De tal modo, debe tenerse en cuenta que *las pautas que fija el Código Civil se refieren siempre a la moral ‘pública’, entendida como parte de la moral que regula las acciones referentes al orden de la comunidad, pues si fuese posible anular cualquier acto que el*

⁶³ Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal *in re* “Samid, José Alberto y otros s/ recurso de casación”, causa n.º CPE 990000411/2006/TO1/29/1/CFC10; reg. n.º 2404/19; rta. 27/11/2019.

individuo califique de inmoral según sus propias e individuales pautas, los jueces estarían imponiendo una moral determinada, y podrían revisar así la actividad de todos los habitantes, sea esta pública o privada...”.⁶⁴

Luego, ciertamente existirá en este punto un espacio de indagación sociológica por parte del juzgador con el fin de detectar la compatibilidad del contrato que se analice con las pautas que se desprendan de la ética en sentido intersubjetivo; mas, en favor de la inteligencia sostenida a lo largo de este trabajo, tal proceder queda entonces reducido a la resolución de los embates contra la validez del objeto de un acto jurídico de carácter extrapenal y ya no como un mecanismo general de determinación de la adecuación social de una conducta en materia penal mediante el examen de reglas de conductas no escritas.

Sobre el tema en cuestión, PASTOR MUÑOZ postula con claridad lo siguiente:

“...el reconocimiento de los cuerpos normativos fruto de la autorregulación implicaría que, dado que el legislador delega la (o parte de la) definición del injusto penal en el destinatario de la norma, existe (de nuevo) el peligro de que las empresas o sectores que se autorregulan (¡los destinatarios!) generen normas rigiéndose por su interés privado. Obviamente, ello implica un peligro de perversión de la ley penal, de que esta se transforme en un instrumento al servicio de intereses particulares”.⁶⁵ Asimismo, la autora de referencia explica: “...la verdadera patología de la remisión a cuerpos normativos privados no es de carácter formal [...] sino material. En efecto, si el Derecho penal pierde control sobre el contenido de la norma privada y, no obstante, se vincula a ella, se produce una pérdida de autonomía del juicio jurídico-penal sobre la conducta. Pues bien, dicha pérdida de autonomía o control se materializa en el caso de que las remisiones a cuerpos normativos privados sean remisiones «a ciegas», es decir, sin posibilidad o

⁶⁴ “Botana, Helvio Ildefonso y otros c/ CADEPSA. y otros s/ nulidad de actos jurídicos”, 6 de marzo de 1990, (Fallos 313:173) —el énfasis me corresponde—.

⁶⁵ PASTOR MUÑOZ, *supra* nota 49, p. 16.

voluntad de control de los contenidos de dichos cuerpos normativos por parte del Derecho penal”.⁶⁶

Y por ello, propone: “...el juez deberá examinar si dichas regulaciones reflejan convicciones sobre la conducta correcta en dicho sector de actividad”.⁶⁷ Al respecto, estimo que es el propio ordenamiento civil el que brinda el marco legal para el control del contenido contractual. Luego, toda vez que se adecúen a las reglas de su sistema, tales convenciones resultarán válidos instrumentos para la fijación de status deónticos. Pues, como se vio párrafos atrás, el derecho privado establece determinadas pautas, tanto de forma como de fondo, para que los contratos puedan ser considerados válidos. En ese sentido, aquel da un espacio suficiente para excluir los efectos de los que fueran celebrados en contradicción con la específica concepción de “moral y buenas costumbres” reseñada *ut supra*. Entonces, superado tal estándar, no resultará admisible que el juez sea quien determine cuál era la conducta verdaderamente correcta para el caso que se trate. Así las cosas, si bien la actividad jurisdiccional conserva cierta capacidad de control sobre el contenido de tales cuerpos normativos, a la vez tiene límites determinados en su actuación. Lo que no significa dar rienda suelta al acuerdo entre privados para la lesión de valores comunitarios superiores; por el contrario, en tanto se ajusten a las reglas de referencia, es posible concebir un ejercicio de la autonomía de la voluntad socialmente ajustado. En esos términos:

“...puede hablarse de ‘soberanía’ del contrato, entendida esta en el sentido del logro de un equilibrio entre la idea individual y la social. La fuerza obligatoria del contrato no declina, como algunos pretenden, sino que asume un carácter más en armonía con el principio de que los derechos subjetivos y las prerrogativas jurídicas deben ejercerse en función social: el antifuncionalismo, la conducta abusiva y dañosa a la sociedad no puede cobijarse en el concepto de convención-ley”.⁶⁸

IV. Balance final

⁶⁶ Ibid., p. 64.

⁶⁷ Ibid., p. 118.

⁶⁸ SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil: contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pp. 32-33.

Sentado cuanto precede, es posible realizar una breve recapitulación de los puntos salientes de la propuesta efectuada.

1. En el intento de forjar una teoría de la conducta típica que logre excluir del campo del derecho penal aquellas acciones que se presenten adecuadas a lo que socialmente era esperable de su autor, resulta imprescindible determinar cuáles eran los estándares normativos que debía satisfacer ese sujeto. Al respecto, es posible hallar valiosos aportes doctrinarios que conciben que tales reglas de conducta se encuentran mayormente a extramuros del derecho positivo y que, en consecuencia, es el juez quien, a la luz de normas de prudencia no escritas, debe determinar el significado social de esa acción. Ahora bien, en contrapartida, en este trabajo se propone definir cuáles serían los deberes que tenía a su cargo el autor a través de las normas escritas de la comunidad y, por consiguiente, excluir aquellas reglas que, indagación sociológica mediante, pudiera inferir el juzgador.

2. Para poder afirmar la existencia de una conducta penalmente relevante es preciso, primeramente, examinar el espectro normativo extrapenal (sistema β); pues a partir del análisis de este será posible descifrar si el autor actuó de conformidad con los deberes que tenía a su cargo. En ese sentido, a través de la aplicación de las reglas propias de la lógica deóntica, es posible prever que en β una acción (p) puede encontrarse prohibida (Php), permitida en sentido débil (Pwp), permitida en sentido fuerte (Psp), o ser obligatoria (Op). Luego, en este trabajo se propugna que al derecho penal solo le interesará la acción p cuando Pwp o Php . Por el contrario, siempre que Psp u Op , la conducta carecerá de relevancia penal. De ese modo, es posible otorgarle al concepto de “riesgo permitido” un contenido normativo específico.

3. En primer lugar, la fórmula esbozada permite compatibilizar el mecanismo de la imputación objetiva con las tradicionales máximas constitucionales que impiden que se impongan a los individuos mandatos de conducta no legislados y que prevén que los sujetos deben poder conocer los deberes que se les imponen; en efecto, las reglas de conducta habrán de obtenerse eminentemente del derecho positivo. En segundo lugar, maximiza la coherencia entre las distintas previsiones del ordenamiento jurídico; pues, siempre que el espectro normativo extrapenal arroje un permiso expreso o, incluso, la obligación de efectuar una determinada acción, luego no podrá argüirse que el derecho penal sienta para la misma una prohibición. En tercer lugar, estimo que, en tanto se esgrime la utilización de las normas extrapenales como fuente y contenido del riesgo permitido, importa que la imputación objetiva logre una mayor apoyatura legal, se gane en

predictibilidad y determinación, así como también se disminuya la discrecionalidad en la fijación de los estándares de conducta.

4. Al identificar la esfera del riesgo permitido con aquellas conductas que estén permitidas en forma expresa u obligadas extrapenalmente, esta tenderá a reducirse. Sin embargo, una clara diferenciación entre el presupuesto ontológico de la imputación y los criterios normativos propios de la imputación objetiva puede subsanar ese déficit. Es que, de no estar el resultado aunque sea determinado estadística o probabilísticamente por la acción, deberá concluirse su atipicidad; mas ya no por el examen propiciado en este trabajo, sino por la ausencia del presupuesto ontológico fundamental.

5. Exceder la esfera del riesgo permitido es un requisito previo al estudio de las causas de justificación. Las conductas que en el campo extrapenal posean un permiso expreso o se hallen directamente ordenadas serán atípicas y solo aquellas prohibidas o permitidas en sentido débil resultarán significativas de cara al derecho penal y, en consecuencia, será a su respecto relevante el análisis de posibles justificaciones.

6. Desde una perspectiva deóntica, no es posible predicar la existencia de “conductas neutrales”; pues, cualquiera sea el sistema en que se analice una acción, esta resultará siempre prohibida, obligatoria, permitida expresamente o permitida en sentido débil. Los tradicionales casos que se ventilan en el marco del estudio de la participación penal que usualmente se catalogan como inocuos o estereotipados y, en consecuencia, no relevantes en materia penal, suelen encontrarse permitidos en sentido fuerte o, incluso, ordenados extrapenalmente. Así las cosas, se advierte que en el estudio de la complicidad también resulta fundamental el acto de definir qué cualidad normativa extrapenal reviste el comportamiento que se analice.

7. Al recabarse en el ordenamiento extrapenal los estándares de conducta que interesan en la imputación objetiva, resultará que esas reglas no punitivas adquirirán especial relevancia en el campo de la dogmática penal. Entre ellas, por ejemplo, a través de la costumbre que se regla en el derecho privado, una conducta que *a priori* se presenta como permitida solo en sentido débil puede variar tal estado y resultar inmersa en un determinado riesgo permitido. Además, en virtud de la figura del abuso del derecho, aun cuando *prima facie* no se infrinja la literalidad de la norma, una conducta permitida en sentido fuerte podrá calificarse como prohibida extrapenalmente y, en consecuencia, devenir relevante en materia penal. Finalmente, en tanto ley para las partes, los

contratos resultarán instrumentos aptos para otorgarle a las conductas ciertos status deónticos que, en definitiva, habilitarán o vedarán la intervención del derecho penal.

V. Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

—, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALTERINI, Jorge Horacio, *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2015.

BORDA, Guillermo Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1984.

CANCIO MELIÁ, Manuel, Marcelo FERRANTE y Marcelo A. SANCINETTI, *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

CÓRDOBA, Fernando, “Imputación Objetiva y Teoría de la Acción”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (Traducción a cargo de Ivó Coca Vila), Barcelona, Atelier, 2015.

GRECO, Luís, *Complicidad a través de Acciones Neutrales: La Imputación Objetiva en la Participación* (Traducción a cargo de Carlos Julio Lascano y Diego A. Peretti Ávila), Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2004].

HART, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho* (Traducción a cargo de Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961].

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

—, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

SALAMONE (2025), “Imputación objetiva: los status deónticos extrapenales”, pp. 113-147.

—, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho* (Traducción a cargo de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Editorial Ariel, 1980 [1960].

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavallía Ed., 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo II*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

MELERO ALONSO, Eduardo, “La flexibilización de la reserva de ley”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, n.º 10, 2004.

NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989 [1984].

—, *Fundamentos de derecho penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2008.

—, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2001 [1980].

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 61, Fasc/mes 1, 2008, pp. 5-30.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Riesgo permitido y principio de legalidad: la remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Barcelona, Atelier, 2019.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, Resultado y Determinación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

RIGGI, Eduardo Javier, *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997 [1968].

SCHROEDER, Friedrich-Christian, *El rayo como instrumento de asesinato* (traducción a cargo de Marcelo Alberto Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2020 [2009].

SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil: contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1974.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (Traducción a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2000].

WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general* (Traducción a cargo de Carlos Fontán Balestra), Buenos Aires, Roque Depalma, 1956 [1940].

UNA TEORÍA SENCILLA DE LA ACTUACIÓN CONJUNTA

Margaret GILBERT (UNIV. OF CALIFORNIA)*

Resumen

Defiendo una explicación de la actuación conjunta que tiene como núcleo una noción particular de compromiso conjunto. La teoría que se presenta ofrece una explicación concisa de cuatro aspectos relevantes de la actuación conjunta tal y como se la suele entender: las partes tienen obligaciones recíprocas; cada una necesita la aprobación del resto para una salida intempestiva de la actividad conjunta; un objetivo colectivo adecuado es suficiente para incentivar a las partes; y las partes pueden tener objetivos personales contrarios al objetivo colectivo. Sostengo que la simplicidad de la teoría, junto con su poder explicativo, la respaldan frente a preocupaciones de que nos conduzca más allá de los conceptos que necesitamos para explicar lo que significa que una persona actúe sola. De hecho, existen razones para invocar el compromiso conjunto en muchos contextos distintos al de la actuación conjunta en los que interviene más de una persona. A modo de conclusión, señalo que el compromiso conjunto de actuación conjunta explica de forma plausible la naturaleza aparentemente transformadora de hacer cosas con otras personas y menciono su conexión con un sentido de unión, solidaridad y unidad, como en la frase “no existe el *yo* en un *equipo*”.

* Traducción del inglés al español de Agustina Szenkman (UBA). Traducción supervisada por Alejandra Verde (UBA/UdeSA). Título original: “A Simple Theory of Acting Together”, en *Journal of the American Philosophical Association*, Cambridge University Press, vol. 8, n.º 3, 2022, pp. 399-408. Se ha mantenido el formato original de citas. Esta es una versión ligeramente editada de mi conferencia del Premio Lebowitz presentada en el Simposio sobre el Premio Dr. Martin R. Lebowitz y Eve Lewellis Lebowitz en las Reuniones de la División del Pacífico de la Asociación Filosófica Americana, como parte de un debate con Michael Bratman sobre el tema “¿Qué significa actuar en conjunto?” En “Creature Construction and the Morality of Shared Agency: Response to Bratman” (este número), respondo brevemente a la ponencia de Bratman, “A Planning Theory of Acting Together”, y aclaro algunos de los puntos aquí expuestos. Mi trabajo sobre la actuación conjunta y cuestiones estrechamente relacionadas se remonta a más de tres décadas atrás a Gilbert (1989: cap. 4) y ha continuado (en, por ejemplo, Gilbert [1990, 2006, 2009, 2018]). Esta discusión pretende introducir el tema, y mi enfoque al respecto, a quienes no son especialistas. Aunque espero que también haya algo para los especialistas. Mi más sincero agradecimiento a Michael Bratman por haberme dado un compañero de entrenamiento profundamente reflexivo durante muchos años.

Palabras clave: actuación conjunta – obligación dirigida – objetivo colectivo – compromiso conjunto

I. La cuestión

En el lenguaje común solemos referirnos a nosotros mismos como “hacer cosas juntos”. Hablamos de pasear juntos, pintar una habitación juntos, acercarnos juntos al enemigo, etc.

Mi pregunta central en esta charla puede plantearse como una cuestión semántica, en sentido amplio: *¿A qué se refieren las personas* cuando hablan de esta manera? En otras palabras: *¿Qué idea de actuar en conjunto* incentiva su forma de hablar? Así es como interpretaré la pregunta: *¿Qué significa actuar en conjunto?*

Considero que esta cuestión afecta al núcleo de la vida humana. Se refiere a una de las *ideas centrales* —*si no la idea central*— *en función de la cual los seres humanos actúan en sociedad*. Si queremos entendernos a nosotros mismos, es importante que lo comprendamos bien.

Este punto refleja la idea del gran sociólogo Max WEBER de que el estudio científico de la vida social humana requiere que adoptemos una postura distintiva hacia los participantes de esa vida. WEBER denominó *Verstehen* a esta postura, lo que podemos traducir como *comprensión* o, más precisamente, conocimiento de cómo las personas estudiadas conciben su situación.

En la búsqueda de esa comprensión quizá necesitemos invocar algo para lo que el lenguaje cotidiano carece de expresión que lo refiera. Eso es de esperar en la medida en que buscamos lo que podríamos denominar la *estructura profunda* de nuestro pensamiento sobre la actuación conjunta.

El análisis expuesto a continuación pretende servir de breve introducción a mi propio enfoque de la actuación conjunta para quienes no estén familiarizados con el tema. Lo he ido desarrollando a lo largo de muchos años. Aquí solo intentaré destacar algunos puntos principales del enfoque.

Comienzo con algunas observaciones sobre actuación conjunta que, en mi opinión, una teoría adecuada debería explicar. A continuación, esbozo mi teoría y muestro cómo explica las observaciones.

II. Cuatro observaciones

Me refiero a las cuatro observaciones que discuto como obligación dirigida, acuerdo, disyunción y suficiencia motivacional. Las analizaré en ese orden.

i. Obligación dirigida

Supongamos que, tal como entiende José, él está caminando al banco con Marta. Considero que —en ausencia de cualquier comprensión de fondo especial entre ellos— él entenderá lo siguiente, al igual que Marta.

Si José se detiene de repente antes de llegar al banco, Marta se encuentra en una posición en la que está legitimada para reclamarle una explicación de por qué se detuvo. De hecho, puede exigirle que *empiece a caminar*.

También está en condiciones de reprender a José por detenerse y decirle con aspereza: “¿Qué estás haciendo? ¡No estamos cerca del banco!”

.Por supuesto, ella podría no decir ninguna de estas cosas, *pero está en condiciones de hacerlo*, algo que lógicamente no ocurre con un espectador que presencie la escena. José, por supuesto, estaría en la misma posición frente a Marta, si ella se detuviera bruscamente.

Obsérvese que *estar en condiciones* de hacer algo *no* equivale a estar justificado, a fin de cuentas, para hacerlo. Quizá haya formas más gentiles e igualmente eficaces de hacer que José camine, antes que recurrir a una exigencia tajante, de modo que, al fin y al cabo, Marta debería intentarlas primero. Tal vez debería empezar por preguntarle a José si le pasa algo y, en caso de que así sea, hacer algo para ayudarle a mantener el rumbo.

Entiendo que, además de indicar que Marta *está en condiciones* de hacerle las demandas pertinentes a José, etc., se puede decir que tiene *legitimidad para* hacerlo, y esta legitimidad es una cuestión de *autoridad*.

También considero que el lenguaje de los *derechos* y *obligaciones* es el adecuado en este caso. Hay cierto peligro en utilizar este lenguaje porque, citando a Shelly KAGAN, el lenguaje de los derechos es “terriblemente ambiguo” (KAGAN 1998:170).

Sin embargo, existen interpretaciones estándar de los términos importantes, de modo que las siguientes afirmaciones son todas *equivalentes* en el sentido de que se refieren a *la misma relación* entre Marta y José.

1. Marta está *legitimada para exigirle* a José que siga caminando.
2. Marta está *legitimada para reprender* a José por no seguir caminando.
3. José tiene una *obligación* hacia Marta de no detenerse.
4. José *le debe* a Marta el seguir caminando.
5. Marta tiene un *derecho frente* a José a que este continúe caminando.

Conviene hacer algunas observaciones sobre la lista que precede. En primer lugar, puede haber casos institucionales en los que los sinónimos estar legitimado para exigir y estar legitimado para reprender no funcionan. Esos casos no se plantean aquí. En segundo lugar, se puede pensar en (1) y (2) como las formas más perspicuas de referirse a la relación en cuestión, dada la variedad de usos que existen para las palabras y frases “obligación hacia”, “le debe” y un “derecho”. En tercer lugar, en algunas discusiones, para evitar ambigüedades, he etiquetado a los derechos de esa índole como *derechos de demanda*. Aquí, me refiero a estos simplemente como derechos.

Dada la equivalencia de (1) a (5), considero que una explicación adecuada de la actuación conjunta implicará que *quienes actúan juntos tengan las posiciones, derechos y obligaciones relevantes entre sí*. Llamo a este punto *obligación dirigida*.

Permítanme adelantarme a una posible objeción al respecto. Las personas a veces se involucran conjuntamente en actividades ilícitas. Entiendo que decir —como ellas comprenderán— que están *obligadas unas con otras* a realizar su parte en esas actividades, *no equivale a decir ni implicar* que estén *moralmente permitidas*, ni mucho menos *moralmente exigidas* o, en otros términos, *moralmente obligadas* a hacerlo.

Esto *sí* equivale a decir que están legitimadas para *plantearse demandas afines de forma mutua*. Sin embargo, se trata de exigencias que no harán ni a las que accederán si quieren actuar de manera moralmente aceptable.

Dicho esto, no todo el mundo reconocerá los mandatos morales en una situación así, e incluso quienes lo hagan aún pueden cumplir con sus obligaciones dirigidas. De modo egoísta, pueden

querer evitar los reproches de sus compañeros. De forma más altruista, puede que prefieran no decepcionarlos. Por motivos de grupo, puede que prefieran no defraudar al equipo.

ii. Acuerdo

Supongamos ahora que José no se detiene simplemente en su camino hacia el banco, sino que le dice a Marta: “Me vuelvo a casa”. Marta podría pensar que se ha pasado de la raya. Más en concreto, ella puede sentir que él debería haber logrado su acuerdo antes de decidirse por este plan de acción.

Generalización del punto: a falta de conocimientos previos especiales, para poder abandonar una acción conjunta concreta sin incurrir en una falta, debe obtenerse el acuerdo de los demás participantes. A esto llamo acuerdo.

Si esto se manifiesta “sobre el terreno”, y de qué modo, dependerá de la comprensión que tengan las partes respecto de lo que están haciendo. Compárese el paseo incipiente de Marta y José al banco con el siguiente caso.

Patty se encuentra con Fred, quien está caminando por la Quinta Avenida, y entablan conversación, por lo que caminan juntos mientras hablan. Ellos están, como así lo entienden, “caminando juntos mientras les convenga a ambos”. Supongamos que Patty se detiene de repente y dice: “Me detengo aquí”.

Es poco probable que Fred reaccione de la misma manera en que Marta reaccionó ante el anuncio de José, debido a su entendimiento de lo que él y Patty están haciendo juntos. *El hecho de que esté bien que Patty se detenga cuando ella quiera* forma parte de su comprensión de lo que están haciendo.

Lo que podría requerir la conformidad de Fred es que Patty se quede con él exactamente hasta donde sea que aquel vaya, habiendo averiguado dónde es el destino mientras caminan. Su conversación podría ser la siguiente:

Patty: ¿Hasta dónde vas?

Fred: Al Central Park.

Patty: ¡Yo también iré allí!

Fred: O-kay [*pronunciado en un tono de —posiblemente una incómoda— conformidad*].

Otro punto para destacar es paralelo a uno que he señalado con anterioridad. Aunque lo que podríamos llamar *la lógica de la actuación conjunta* requiere que una persona obtenga el acuerdo de las otras partes en lugar de simplemente declarar que ya no participará, puede haber casos en los que a un participante se le permita moralmente, si no se le exija moralmente, que deje de participar, incluso sin el acuerdo de los demás.

Un caso algo especial es el de la incapacidad. Si soy incapaz de continuar, lo más probable es que me limite a decir que *tengo que detenerme*, en lugar de buscar la conformidad de la otra parte.

Evidentemente, el lenguaje de la incapacidad es una herramienta poderosa en tales situaciones, tanto si se la utiliza honestamente como si no. Las personas entienden que decir que no pueden continuar debería anticiparse a cualquier intento de mantenerlas a bordo, y que hace que un simple reconocimiento de su situación sea una respuesta adecuada.

iii. Disyunción

Supongamos, una vez más, que Marta y José están caminando juntos hacia el banco. Tal vez esto es lo que acordaron hacer, y es lo que cada uno entiende que están haciendo.

Parece que esto podría ser cierto, aunque llegar al banco no sea el objetivo *personal* de Marta ni el de José.

De hecho, parece posible que, una vez establecido lo que podemos denominar su objetivo *colectivo* —llegar al banco—, cada uno haya determinado en privado un objetivo personal *contrario*.

Quizá Marta tenga la intención de provocar una pelea desagradable en la mitad del recorrido, para forzar el abandono de su objetivo colectivo. Con el mismo propósito, José planea quejarse de que su rodilla le molesta.

En resumen, el objetivo colectivo de quienes actúan juntos no tiene por qué coincidir con los objetivos personales de los participantes. Llamo a este punto *disyunción*.

Por supuesto, si una o varias partes tienen objetivos personales contrarios, es menos probable que se alcance el objetivo colectivo. Esto no significa que no tengan un objetivo colectivo, o que este objetivo no vaya a imponerse al final.

iv. Suficiencia motivacional

Una cuestión relacionada es la siguiente. Intuitivamente, una vez establecido el objetivo colectivo, eso basta para racionalizar que las partes individuales dirijan sus acciones hacia su consecución. Por ejemplo, “estamos asaltando la Bastilla” alcanza para explicar por qué estoy avanzando. En otras palabras, el hecho de que *G sea nuestro objetivo* me parece intrínsecamente motivador, *incluso ante la ausencia del objetivo personal correspondiente*.

A esto lo llamo *suficiencia motivacional*.

III. Un desafío

Propongo, entonces, que un relato adecuado de la actuación conjunta puede explicar al menos los puntos que he denominado obligación dirigida, acuerdo, disyunción y —a pesar de la disyunción— suficiencia motivacional.

Estas cuestiones plantean un reto formidable para los teóricos de la actuación conjunta. La explicación que he desarrollado responde a este desafío.

IV. La estructura profunda de la actuación conjunta

El núcleo de mi explicación sobre la actuación conjunta es la explicación de un objetivo colectivo. Luego de presentar esta explicación, que utiliza cierto lenguaje técnico, expongo sus elementos. Me centro en un caso de dos personas, apropiado para los ejemplos precedentes de actuación conjunta. La explicación puede generalizarse de varias maneras. Por ejemplo, puede adaptarse a casos en los que las partes no se conocen personalmente o ni siquiera se conocen como individuos (para más información, véase, por ejemplo, GILBERT [2006: 173-181]).

Para que el objetivo *G* sea el *objetivo colectivo* de *A* y *B*, *A* y *B* deben comprometerse en conjunto a respaldar a *G* como organismo.

Ahora, es necesario explicar dos elementos clave de este relato: (i) ¿Qué es el compromiso conjunto? Y (ii) ¿Qué significa que *A* y *B* respalden el objetivo *G* como un *organismo*?

i. Compromiso conjunto

Ya he escrito en detalle sobre el compromiso conjunto. Ahora repasaré brevemente sus características centrales.

En primer lugar, todo compromiso conjunto en el sentido que propongo implica tanto un proceso en concreto como un producto en concreto. El proceso es, en términos generales, psicológico, y el producto, normativo.

a. El proceso. Existen dos tipos de casos muy diferentes respecto del proceso del compromiso conjunto.

Para contraer un determinado compromiso conjunto en el supuesto *básico* es necesario y suficiente que las posibles partes expresen abiertamente su predisposición personal a que ese compromiso conjunto se realice, en condiciones de conocimiento común.

En un caso *que no sea el básico*, las partes deben haber expresado abiertamente su predisposición a comprometerse conjuntamente, dentro de ciertos límites, *mediante un proceso determinado*, como las decisiones de uno de ellos, en condiciones de conocimiento común. Aquí, como en otros puntos de este debate, me centro en el caso básico.

b. El producto. Cuando se comprometen de algún modo en forma conjunta, las partes están sujetas, *como si fueran una sola*, a una *restricción normativa excluyente*.

Más precisamente, hay algo a lo que están obligados de manera colectiva, *todo lo demás igual*, en donde las preferencias y los deseos personales no alcanzan para inclinar la balanza en la otra dirección.

El *deber* en cuestión no es uno moral, aunque pueda ser moralmente exigible, *todo lo demás igual*, para ajustarse a los compromisos comunes. Esta es una cuestión que dejo de lado aquí.

c. Los compromisos individuales de las partes. Entiendo que, en función de su compromiso, cada parte se compromete, de forma individual, *a actuar de manera tal que, en conjunción con los actos de la otra parte, se cumpla el compromiso conjunto*. Esto deja muchas cuestiones pendientes: en la práctica las cosas pueden completarse siguiendo uno de varios caminos.

Evidentemente, los compromisos individuales de las partes se mantienen o caen junto con el compromiso conjunto del cual derivan. Entonces, en gran medida, son *interdependientes*. En concreto, son interdependientes en cuanto a su *existencia y persistencia*.

Utilizo el término *persistencia-interdependencia* de Michael BRATMAN, quien ha incluido en su explicación de la “intención compartida” una cláusula que estipula la “persistencia-interdependencia” de las intenciones personales que él considera constitutivas de la intención compartida (véase, por ejemplo, BRATMAN [2014: 65]).

d. Rescisión de un compromiso conjunto. En ausencia de acuerdos previos especiales, ninguna de las partes está en condiciones de rescindir unilateralmente un compromiso conjunto. Por el contrario, cada una debe participar en su rescisión.

Esto no significa, por supuesto, que una parte no pueda estar justificada, a fin de cuentas, para no cumplir un compromiso conjunto concreto antes de su rescisión.

ii. El contenido del compromiso conjunto

En resumen, en cualquier caso de compromiso conjunto, las personas en cuestión están comprometidas colectivamente a hacer algo como organismo, en un sentido amplio de la palabra “hacer”. Así, en el caso que nos ocupa —el de un objetivo colectivo—, las partes se comprometen a *respaldar un objetivo concreto como organismo*.

Esto se debe explicar de la siguiente manera: en virtud de sus diversas acciones y afirmaciones, deben luchar —de forma relevante— por el cumplimiento del objetivo en cuestión.

La conformidad con un compromiso de este tipo requiere, evidentemente, que las acciones — y las intenciones— de las distintas partes se *combinen* de la manera correspondiente. Supongamos que nuestro objetivo es que se pinte la habitación de invitados en virtud de nuestras diversas acciones mediante la *aplicación de una única capa de pintura*. Entonces, si tú acabas de pintar esta pared, no sería conveniente que yo volviera a pintarla, y así sucesivamente.

De este modo, nuestro compromiso conjunto nos proporciona un marco para negociar, cuando sea necesario, la forma en que aquel debe satisfacerse.

Mi formulación de estos últimos puntos hace eco de la observación de BRATMAN respecto de que la intención y la agencia compartidas proporcionan un marco de negociación relevante entre las partes y que el éxito de la intención y la agencia compartidas requiere “engranar subplanes” (véase BRATMAN [1993]).

V. Actuación conjunta

Ya he explicado los términos técnicos en mi explicación de un objetivo colectivo. Para repetir esa explicación:

Para que el objetivo *G* sea el *objetivo colectivo* de *A* y *B*, *A* y *B* deben comprometerse en conjunto a respaldar a *G* como organismo.

Si se tiene esto en consideración, se sugiere la siguiente explicación de la actuación conjunta:

Dos o más personas actúan de forma conjunta si y solo si cada una actúa según su compromiso conjunto de respaldar, como organismo, un objetivo concreto *G*, a fin de promover el cumplimiento de *G*.

Como ahora sostengo, dado el compromiso conjunto como su núcleo, una explicación de este estilo puede explicar las cuatro observaciones sobre la actuación conjunta que fueron señaladas previamente.

VI. Explicación de las observaciones

i. Una explicación del compromiso conjunto contiene obligaciones dirigidas

Consideremos, en primer lugar, la *obligación dirigida*. Obsérvese que decir que las partes de un compromiso conjunto están *obligadas normativamente* de la forma que he señalado, todavía no significa decir que estén *obligadas* recíprocamente. Se trata de dos afirmaciones distintas.

Dicho esto, entiendo que las partes de cualquier compromiso conjunto *están* obligadas recíprocamente a cumplir el compromiso, y eso se debe a una *característica esencial de la limitación normativa* en cuestión. Me explico.

Recordemos, en primer lugar, que para que yo esté obligada a hacer algo ante alguien, es necesario que esa persona esté legitimada para exigirme que lo haga. Entiendo que, intuitivamente,

cualquiera de las partes de un compromiso conjunto tiene legitimación para exigirle a cualquier otra la conformidad con el compromiso.

A fin de explicar este juicio intuitivo, se puede recurrir a una idea sugerida por Joel FEINBERG: exigir una acción de otra persona, con legitimación para hacerlo, es exigir esa acción en un sentido particular de pertenencia. Por sí solo, esto no resulta muy útil. Sin embargo, en el caso del compromiso conjunto, se lo puede desarrollar de forma plausible aproximadamente de la siguiente manera.

Soy coautora del compromiso conjunto en cuestión. Como tal, *he determinado —junto con las demás partes— cómo estas deben comportarse, todo lo demás igual*. Esto me coloca en posición de convocar a una o más de las otras partes a una reunión, en caso de que propongan no consentir. En otras palabras, estoy legitimada para exigirles que adhieran (analizo este tema con más detalle en GILBERT [2018: 169-75]).

Obsérvese que las *obligaciones dirigidas del compromiso conjunto parecen no relacionarse con la moral*, salvo que se entienda a la moral de una forma particularmente amplia. De este modo, parece que las personas pueden comprometerse de manera conjunta a aceptar objetivos moralmente dudosos y que, cuando lo hagan, tengan la capacidad de exigirse mutuamente que actúen en consecuencia.

En verdad, *no deberían* plantear estas exigencias, como así tampoco deberían arribar a esa clase de compromisos conjuntos ni cumplirlos. Sin embargo, esto no implica que las obligaciones dirigidas en cuestión no existan. Al contrario, las partes del compromiso conjunto *conservan la condición de codeterminadores de lo que cada uno debe hacer, todo lo demás igual*. Como tales, conservan las posiciones asociadas a ese compromiso, independientemente de si deben o no aprovecharlas.

ii. La explicación del compromiso conjunto incorpora el acuerdo

Es posible abordar más rápidamente la observación de que, a falta de conocimientos especiales previos, quienes actúan de forma conjunta necesitan obtener el acuerdo de las otras partes para retirarse del proyecto común sin incurrir en una falta.

Debido al compromiso conjunto que constituyeron, las partes no pueden deshacerse unilateralmente de su objetivo colectivo. Así pues, sin el acuerdo de las demás partes, no pueden dejar de actuar en pos de ese objetivo sin incumplir el compromiso conjunto existente.

Este punto permite una variedad de interpretaciones de fondo respecto de un determinado compromiso conjunto. En particular, una de las partes puede dejar asentado desde el principio que está dispuesta a rescindir el compromiso si la otra parte se muestra dispuesta a hacerlo.

iii. La explicación del compromiso conjunto incorpora la disyunción y la suficiencia motivacional

De acuerdo con la *disyunción*, nuestro objetivo colectivo de actuar en conjunto no tiene por qué corresponderse con nuestros objetivos personales. Este es claramente el caso si tenemos en cuenta el compromiso conjunto de la actuación conjunta.

Supongamos que Marta y José se comprometen de forma conjunta a aceptar, como organismo, un determinado objetivo. Este es su objetivo colectivo. No está construido, en todo o en parte, por los objetivos personales de ninguno de los dos. Por lo tanto, es compatible con *la falta de metas personales correspondientes*, o incluso con que tengan objetivos personales *contrarios*.

Según la *suficiencia motivacional*, un objetivo colectivo es suficiente para racionalizar la actuación de las partes de acuerdo con aquel, ante la ausencia de los objetivos personales correspondientes. Dada la explicación del compromiso conjunto de un objetivo colectivo, su eficacia motivacional deriva de varias fuentes. Cada una de las partes entiende que está sujeta a la restricción normativa excluyente, la que, además, no puede anularse unilateralmente. Sumado a ello, les debe a las demás partes actuar en consecuencia, bajo pena de que estas autoritariamente le exijan y la reprendan.

VII. Apreciación global de la explicación del compromiso conjunto de la actuación conjunta

i. Incorpora las cuatro observaciones

He argumentado que el compromiso conjunto de actuar en conjunto puede incorporar cuatro observaciones preteóricas sorprendentes sobre la actuación conjunta. Esto es algo que considero necesario para cualquier explicación adecuada de la actuación conjunta.

En otro lugar he explicado que el compromiso conjunto bien puede ser el único fundamento de las obligaciones dirigidas, tal como se entienden aquí. Si eso es correcto, entonces cualquier explicación que incorpore las cuatro observaciones debe colocar al compromiso conjunto en su núcleo (véase GILBERT [2018: caps. 8, 11, 12]).

ii. Es una teoría sencilla

Otra virtud de esta teoría es su sencillez. En lugar de una multiplicidad de cláusulas, tiene una sola. Creo que, *todo lo demás igual*, una teoría simple es preferible a una compleja.

iii. La cuestión de la parsimonia teórica: El compromiso conjunto por fuera de actuar en forma conjunta

Una puede resistirse a la introducción del compromiso conjunto en una explicación de la actuación conjunta por motivos de parsimonia teórica: ¿no sería mejor no ir más allá de los conceptos básicos necesarios para comprender qué significa para un individuo actuar?

La parsimonia teórica es algo bueno si los conceptos relevantes pueden hacer el trabajo necesario. Sin embargo, por varias razones, no está claro que cualquier explicación de la actuación conjunta que no apele a un compromiso conjunto de las partes pueda hacerlo. Entre estas razones se encuentra la necesidad de explicar la *obligación dirigida*.

Mientras tanto, puede tranquilizar a quienes defienden la parsimonia teórica que *existan muchos fenómenos sociales distintos al de la actuación conjunta* para los que resulta convincente una explicación en términos de compromiso conjunto. Entre estos fenómenos, se encuentran los acuerdos que, a menudo, aunque no siempre, preceden a las acciones conjuntas, y las creencias colectivas, que suelen acompañarlos (para explicar una amplia gama de fenómenos sociales en términos de compromiso conjunto, véase, por ejemplo, GILBERT [2013]).

Dado que esto es así, evitar el compromiso conjunto en la explicación de la actuación conjunta no es una gran ventaja desde el punto de vista de la teoría social.

iv. Explica la naturaleza transformadora de la actuación conjunta

La invocación del compromiso conjunto en una explicación de la actuación conjunta nos lleva más allá de los términos en los que pensamos acerca de seres humanos individuales con sus objetivos, decisiones e intenciones personales. Creo que esta es una ventaja de la explicación por el siguiente motivo.

La actuación conjunta es *transformadora*. Es natural que se la asocie con ideas consideradas positivas como la unión, la solidaridad y la unidad. Produce frases tan trilladas pero elocuentes como “no existe el *yo* en un *equipo*”.

Por lo tanto, la explicación del compromiso conjunto en la actuación conjunta no solo es sencilla y cuenta con la aptitud para explicar las cuatro observaciones con las que comencé este artículo; sino que también permite explicar por qué valoramos la actividad conjunta en sí misma y por sus consecuencias, las que suelen ser muy útiles.

Transcurrido más de un año de pandemia a nivel mundial, con muchos de nosotros extrañando nuestras habituales vidas cara a cara, el valor transformador y no instrumental de algo tan simple como dar un paseo juntos no podría ser más evidente.

Es importante comprender con precisión lo que nos estamos perdiendo cuando nos vemos privados de actuar de forma conjunta. Propongo que, al menos parte de esto, se trata de una sensación de unión, solidaridad y unidad que experimentamos cuando actuamos a la luz de los compromisos conjuntos en los que nos asociamos.

MARGARET GILBERT

UNIVERSITY OF CALIFORNIA, IRVINE

mpgilber@uci.edu

VIII. Bibliografía

BRATMAN, Michael E. (1993) “Shared Intention”. *Ethics*, 104, 97-113.

BRATMAN, Michael E. (2014) *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*. New York: Oxford University Press.

GILBERT, Margaret. (1989) *On Social Facts*. London: Routledge.

GILBERT, Margaret. (1990) “Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon”. In Peter A. French, Theodore E. Uehling, Jr., and Howard K. Wettstein (eds.), *The Philosophy of the Human Sciences* (Notre Dame: University of Notre Dame Press), 1-14.

GILBERT, Margaret. (2006) *A Theory of Political Obligation: Membership, Commitment, and the Bonds of Society*. Oxford: Oxford University Press.

GILBERT (2025), “Una teoría sencilla de la actuación conjunta”, pp. 148-162.

GILBERT, Margaret. (2009) “Shared Intention and Personal Intentions”. *Philosophical Studies*, 144, 167-87.

GILBERT, Margaret. (2013) *Joint Commitment: How We Make the Social World*. New York: Oxford University Press.

GILBERT, Margaret. (2018) *Rights and Demands: A Foundational Inquiry*. Oxford: Oxford University Press.

KAGAN, Shelly. (1998) *Normative Ethics*. Boulder: Westview Press.

DERECHO Y POLÍTICA EN LOS JUICIOS DE LESA HUMANIDAD, Y UNA DISCUSIÓN QUE SE DIFICULTA. RESPUESTA A ANDRÉS ROSLER

Roberto GARGARELLA*

Fecha de recepción: 23 de noviembre de 2025

Fecha de aceptación: 3 de marzo de 2026

Agradezco a Leandro DIAS en particular, y a los editores de la revista *En Letra: Derecho Penal*, en general, por haberme invitado a escribir esta breve réplica, luego de la publicación del n.º 20 de la revista, con un Simposio dedicado al libro *Contra la Corriente*, de Federico MORGENSTERN. La invitación se encuentra relacionada con la introducción que escribiera al Simposio mi viejo amigo Andrés ROSLER, que se torna llamativamente virulenta cuando se dedica a comentar mi contribución al número. Tomo esa introducción como última instancia de una discusión que lleva ya varios años, que se intensificó con el dictado del fallo “Muiña”, en el 2017, por parte de la Corte Suprema (y, en particular, con las opiniones del juez y colega Carlos ROSENKRANTZ, en dicho caso y luego, en “Batalla”), y que contrapondría las posiciones de dos grupos, con visiones aparentemente antagónicas sobre estos temas, referidos a la aplicación del derecho penal en los casos vinculados con crímenes de lesa humanidad. Andrés y yo expresaríamos, a través de nuestros desacuerdos en la materia, ejemplos de esas dos visiones enfrentadas. Tales diferencias involucrarían desacuerdos en torno a los modos en que interpretar el derecho; los alcances y límites de las funciones de legisladores y jueces (i.e., la posibilidad de que el Congreso dicte una ley interpretativa; el lugar que los jueces pueden reservarle al razonamiento moral, en sus decisiones); las implicaciones del principio de separación de poderes; las relaciones entre derecho, moral y política; el peso de los principios del derecho penal liberal; las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho local; etc.

En lo que sigue, y luego de establecer una primera delimitación al marco de nuestras diferencias, quisiera mostrar que, aunque los desacuerdos existen y son relevantes, el debate de

* Profesor de Derecho Constitucional (UBA/UTDT) e investigador del CONICET.

ideas se dificulta, por la obstinación que muestra Andrés en reducir al absurdo lo que sostienen sus ocasionales adversarios; o ridiculizarlos, presentando siempre la peor versión posible de lo que ellos sostienen; o ironizar sobre los argumentos que critica, para finalmente (una vez contruidos los “hombres de paja”) desatenderlos o burlarse de ellos; o incurrir en permanentes falacias, tomando a la parte por el todo; o presentar afirmaciones contundentes y exageradas, destinadas a eliminar los matices que existen en la discusión; etc. Actuando de este modo, en estos casos, Andrés incurre en el riesgo de caer en el mismo error que impugna, y que atribuye a quienes no piensan como él: presentar sus posiciones políticas como desacuerdos jurídicos. Esto significa, en otros términos, utilizar al derecho estratégicamente, como forma de avanzar o sostener posiciones políticamente motivadas.

Derecho y política en la Argentina

Comenzaría esta brevísima respuesta con una introducción referida al “terreno” sobre el cual se produce la disputa del caso. Me refiero a un área centrada en uno de los temas más sensibles y controvertidos de nuestra historia política, cual es el enjuiciamiento de los crímenes cometidos por la última dictadura. Es decir, el punto de partida del debate nos anuncia que vamos a movernos en torno a cuestiones delicadas, donde muchos tenemos posiciones ya tomadas de antemano, relacionadas con heridas profundas, todavía abiertas, derivadas de las más graves violaciones de derechos humanos ocurridas en la historia de nuestro país.

Si el punto de partida es difícil, los desarrollos que siguieron, desde allí, tornan la conversación (y así, seguramente, las posibilidades de una conversación razonada) mucho más complicada todavía. Desde entonces (digamos así, desde la vuelta de la democracia en 1983, que significó, inmediatamente, el inicio del enjuiciamiento de los crímenes de la dictadura), la relación entre el derecho y la política, en esta área, evolucionó de un modo extremadamente conflictivo. Propongo, de modo muy provisional, resumir esa relación que se ha dado entre el derecho y la política, en estas últimas décadas, distinguiendo tres períodos: i) una primera etapa, que es la que tiene como punto culminante al Juicio a las Juntas, y en donde —así lo sugiero— se dio una *relación virtuosa entre derecho y política*: una política que hizo sus mejores esfuerzos para hacer posible lo que no estaba llamado a ocurrir; y un derecho que procuró (de manera muy noble, dado lo extraordinario que representaba el juicio) llevar adelante los procesos del caso asegurando el máximo respeto de las garantías de los acusados; ii) una segunda etapa, de *embate de la política contra el derecho*, en donde la política contradijo, enfrentó y buscó derribar las decisiones alcanzadas por la justicia. Esta etapa tuvo, como punto más saliente, los indultos dados por Carlos MENEM hacia los condenados

(militares y guerrilleros) al comienzo de su gobierno; y iii) una tercera etapa, de *uso político del derecho*, que fue inaugurada por el gobierno de Néstor KIRCHNER. Sobre esta tercera etapa, que es la más pertinente para el análisis que sigue, cabría decir que KIRCHNER, quien había llegado al poder con un porcentaje muy bajo de votos, entendió prontamente que el recurso a la política de derechos humanos le ofrecía una herramienta óptima para reforzar la frágil legitimidad inicial de su gobierno. Durante esta etapa, que es la que más nos interesa, la política partidaria pasó a gobernar el área, encubierta bajo el lenguaje del derecho, y para propiciar decisiones, en muchos casos, abiertamente antijurídicas. Ellas incluyeron, de manera particularmente saliente, la ilegal extensión de la prisión preventiva para militares no condenados; la indebida negación de la prisión domiciliaria para militares mayores de edad; o la asignación de valor probatorio suficiente a indicios que distaban de constituir una prueba contundente, contra militares acusados de violaciones graves de derechos humanos.

Reivindicando —como debe ser— el derecho penal liberal, y el respeto de las garantías penales (para todos, pero muy en particular para aquellos con quienes no simpatizamos), Andrés ha puesto una atención muy especial en (lo que aquí denominara) esta tercera etapa, y ha objetado a activistas, abogados, legisladores, jueces y juristas, en apariencia dispuestos a sacrificar los principios del derecho penal liberal en favor de objetivos políticos. Esa tarea, de crítica a dichos y decisiones que socavaban, finalmente, la legitimidad del derecho, resultó, en principio, bien dirigida e importante. Se trataba de denunciar hipocresías políticas, resguardando a los principios y garantías del derecho penal liberal, y manteniendo así el buen nombre y prestigio de la política de derechos humanos iniciada en 1983.

Sin embargo, la tarea propuesta también encerraba un riesgo serio, en el que —penosamente— se incurrió desde un comienzo. Y es que, i) si bien (a la luz de la historia resumida) debemos hacer una defensa liberal de las garantías penales que corresponden (también) a los militares acusados en los juicios de lesa humanidad; y ii) es un hecho que han existido muchas decisiones (políticas y jurídicas injustificables), impulsadas desde el gobierno (kirchnerista, en particular) contra los militares enjuiciados; iii) ello no niega la existencia de un muy amplio espacio intermedio, en donde hay (y pueden ser defendidas) decisiones que implican continuar o profundizar las políticas de enjuiciamiento de los crímenes de la dictadura, sin ofender al derecho liberal, ni implicar manipulaciones políticas del derecho. Y mi impresión es que Andrés (como Federico) sigue(n) escribiendo como si ese espacio no existiera, o como si no existieran argumentos para criticar ciertas decisiones judiciales favorables a los militares imputados; o no fuera válido defender determinadas condenas o acciones contra los imputados, sin incurrir en otro acto de manipulación grosera e

indebida del derecho. Por ello la obstinación que muestra con presentar cualquier postura disidente (sic) —distinta de la que él defiende en el área— como un caso de “hipocresía” legal; una muestra de “interpretativismo” (sic) desbocado; o un ejemplo del “hacer derecho mirando la cara del cliente”.

Entiendo que la virulencia de críticas como las que avanza Andrés en la introducción que aquí comento (que se manifiesta también en la impermeabilidad a atender cualquier matiz frente a la posición que él o su grupo de pertenencia mantienen, o en la radicalidad de las impugnaciones que se realizan contra quienes piensan diferente), expresa —más que la presencia de un liberalismo acendrado— la insistencia en una posición dogmática, que no acepta disidencias. Se trata de una posición extrema que se afirma en una dicotomía según la cual, en materia de juicios de lesa humanidad, el liberalismo solo puede reconocer una línea de respuestas posibles, frente a las cuales todo desacuerdo debe ser tratado como tramposo o manipulativo.

Una discusión que se torna imposible

En lo que queda de este breve comentario, quisiera reforzar mi punto inicial, referido a la dificultad de mantener una conversación académica con Andrés. Ello (de lo que tengo constancia personal, por los varios debates que hemos tenido, presencial o virtualmente; oralmente y por escrito; directa e indirectamente), debido a los modos en que presenta sus posiciones, frente a quienes disienten con él. Esos modos incluyen, como anticipara, reducciones al absurdo de las posiciones que critica; ironías y descalificaciones sobre sus adversarios; la afirmación de dicotomías inexistentes, exageraciones sobre sus tesis, falacias de composición; la presentación, en su peor versión, o en su versión más ridícula, de los argumentos de quienes no piensan como él; etc. Como apoyo de lo que sostengo me remito, simplemente, al siguiente ejercicio. Tomando en cuenta las muchas y diversas intervenciones públicas de Andrés, en el área (a través de libros, revistas, artículos periodísticos, entrevistas, conferencias), selecciono algunas de sus principales y más reiteradas afirmaciones en el área, y señalo luego algunos de los manifiestos problemas que las afectan. Aunque considero que las afirmaciones que cito son las más relevantes y habituales en su argumentación (algo que, supongo, cualquiera que conozca el pensamiento de Andrés puede ratificar), entiendo que pueden encontrarse debilidades y problemas similares a los que aquí señalo, en cualquier elenco de alternativas representativas que se ofrezcan, sobre su producción en el área (por lo cual, la invitación está abierta).

- Que la secuencia “Muiña” – *ley interpretativa* 27.362 – “Batalla” implica la “muerte del derecho penal liberal” en la Argentina. Se trata de una afirmación que Andrés ha hecho en numerosas entrevistas (Infobae, La Nación) y charlas (UBA), en el 2017, basada en una idea (que el “uso político” del derecho internacional de los derechos humanos “erosiona hasta hacerlo desaparecer al derecho penal liberal clásico”) que ya había sugerido en artículos publicados en diversas revistas jurídicas (i.e., las Revistas Jurídicas de la Universidad de Palermo, en el 2006, o Di Tella, en el 2013). Sin embargo, la idea es tan espectacular como falsa, aun aceptando que, en las argumentaciones, se hagan afirmaciones exageradas, destinadas a llamar la atención de los destinatarios. Y es que (con todos los problemas propios de la práctica jurídica, en nuestro país —problemas relacionados, sobre todo, con desigualdades de recursos que, cabe agregar, no están en el centro de las preocupaciones de Andrés) el derecho penal liberal goza de buena salud en el país. Nadie en su sano juicio podría decir que lo que prima en nuestro derecho son las violaciones a las garantías del “juicio previo”, el principio de legalidad, el principio de inocencia, la “irretroactividad”, el “non bis in idem”; etc. Mucho más que eso, la difícil historia reciente, en relación con los juicios de lesa humanidad, no ha imposibilitado la adopción de decisiones muy liberales en el área (i.e., hace pocos días, un fallo de la propia Corte Suprema, fallo 23/10/25 sobre prisión preventiva para militares acusados, a partir de una “interpretación restrictiva” en la materia).
- Que el “interpretativismo” “a la Dworkin”, permite que los jueces “reescriban” leyes claras bajo el pretexto de interpretarlas (un tema recurrente en sus escritos en la revista que dirige, *En Disidencia*). Se trata de otra afirmación de un tipo que resulta común en sus escritos: provocativa, pero muy imprecisa, y finalmente irrazonable. Ello, en particular, si tenemos en cuenta que Dworkin (quien pide, justamente, “tomar los derechos en serio”) se dedicó siempre a defender los derechos de minorías “impopulares” (i.e., durante los tiempos de leyes penales persecutorias, luego del 11 de septiembre del 2001); o que la mayoría de nuestros jueces ignoran o se desinteresan por la filosofía jurídica de Dworkin; o que, para tomar los casos más extremos, nuestros jueces tampoco interpretan como lo haría Dworkin, esto es, pensando en el “derecho como integridad” o emulando la escritura de una “novela en cadena”.
- Que “la izquierda argentina se ha vuelto punitivista”, como señaló en *La Nación* del 12 de mayo de 2017; o que “La izquierda cayó en la tentación de creer que cuanto peor se castigue a un represor, más virtuoso se vuelve uno mismo”, como sostuvo en una conferencia en la UBA, en el 2018. Se trata de otra generalización injusta (una falacia de composición, que indebidamente quiere contaminar al todo a partir de los problemas de una parte), cuando

muchos de quienes defendemos ideas de izquierda; nos interesamos por el enjuiciamiento a los responsables de crímenes de lesa humanidad; y trabajamos en áreas vinculadas con el derecho penal argentino —pienso, por ejemplo, en mi propio caso, tanto como en el de algunos de los que integran mi cátedra en la UBA— mantenemos una posición consistentemente crítica del punitivismo estatal, y defensora de las garantías liberales. Señalo esos casos (incluyendo al mío) en conciencia de que el espectro de personas incluidas en esa exigente categoría (personas que i) participan de la discusión pública; ii) trabajan en áreas relacionadas con el derecho penal; iii) abrazan posiciones de izquierda; iv) se interesan activamente por la evolución de los juicios en el área de los juicios de lesa humanidad) es muy reducido, por lo cual, las confusiones, imprecisiones e injusticias que inducen, en esos ámbitos tan pequeños, las falacias de composición (el tomar a una parte por el todo), resultan especialmente gravosas —y agraviantes—.

- Que las críticas al caso “Muiña” implicaban hacer “derecho penal conforme a la cara del cliente” (así, en su libro *Si quiere una garantía, compre una tostadora*; o en un artículo en Seúl, 2024). Andrés parece asumir que los críticos del fallo (todos) se mostraban bien dispuestos a sostener principios liberales (i.e., la ley más benigna o la irretroactividad del derecho), en una mayoría de casos, pero que abandonaban prontamente su liberalismo cuando las garantías los llevaban a proteger las garantías de “públicos no queridos”, como los militares acusados de haber participado en la represión ilegal. Se trata, otra vez, de una acusación infundada, que parte de construir a sus adversarios como “hombres de paja”, o de tomar la peor versión de lo que los críticos afirman. Ello, cuando lo cierto es que hay muchos argumentos jurídicos posibles para impugnar la aplicación de la ley del 2 x 1 para Muiña (por ejemplo, porque la ley 2 x 1 se dirigía a ciertos delitos, y no otros que habían sido *siempre* objeto de un tratamiento diferente —justamente, los delitos de lesa humanidad—; porque en un país democrático, el órgano democrático por excelencia, ratificó esa respuesta diferente para ciertos crímenes; porque Muiña no había sufrido los padecimientos —el encierro— que la ley de 2 x 1 se proponía reparar, por haber estado prófugo de la justicia; porque el derecho internacional de los derechos humanos resiste tal posibilidad; etc., etc.). Pensar que no hay caso posible para ninguno de tales argumentos, o que ellos solo pueden sostenerse a través de un uso manipulativo del derecho, es exagerado, es tomar el todo por la parte, y es falso, finalmente. Resulta perfectamente posible —como lo hemos hecho tantos— argumentar en pos de alguna de tales posturas (o varias), de buena fe, y sin renunciar a ninguna de las garantías penales del derecho liberal.

- Que el caso “Muiña” era un caso “fácil” porque “si la ley más benigna rige entre el hecho y la sentencia, se aplica la ley más benigna, siempre”. Nuevamente, nos encontramos frente a una afirmación tan contundente como exagerada (entonces, finalmente falsa) ya que existen muchos desacuerdos posibles y razonables en torno a los fundamentos principales del fallo (algunos fueron mencionados en el punto anterior), entre abogados y juristas que han estudiado el caso y lo han tomado en serio. Por ejemplo: una ley puede determinar que el consumo de marihuana ya no se encuentra penalizado en el país, y beneficiar de ese modo a algunos condenados por el consumo de estupefacientes. Sin embargo, esa ley “más benigna”, en un área vinculada con el consumo de estupefacientes, no puede ser alegada por quienes han sido condenados por el consumo de cocaína, aunque aleguen la necesidad de respetar al derecho penal liberal: no se trata de una ley que abarque el tipo de conductas en las que ellos incurrieron, y que el derecho penal vigente criminaliza y decide seguir criminalizando.
- Que la ley interpretativa 27.362 implicó —según sostuviera Rosler en Infobae, en mayo del 2017— un modo de legislar “con la plaza llena, para satisfacer la demanda emotiva del momento”, constituyendo por tanto un caso de “populismo penal”. La lectura que propone Andrés implica, una vez más (y ya es una costumbre en él) presentar a lo que hacen o dicen sus adversarios, en su peor versión imaginable. Ello, cuando no solo es posible reconstruir del modo opuesto lo hecho por el Congreso, sino que además dicha reconstrucción encajaría bien con lo que resulta esperable que haga el Poder Legislativo, en una democracia representativa: prestar atención y mostrarse sensible frente a los más profundos y convencidos reclamos democráticos de las mayorías. Anticipándome a Andrés, agregaría que decir esto (que tiene que ver con las tareas que le corresponden al Poder Legislativo) de ningún modo implica negar el papel que, en esa democracia representativa, sigue teniendo la justicia —aun, por supuesto, en casos como este, bajo análisis—. La justicia sigue teniendo la posibilidad de resguardar los derechos de las minorías, aun o sobre todo las más impopulares (como pudo hacer, recientemente, limitando el uso de la prisión preventiva para militares acusados).
- Que “si toda ley necesita interpretación, entonces la ley interpretativa también necesitaría otra ley interpretativa” (implicando una “regresión al infinito”, como sostuviera en *En Letra* de junio de 2025). Se trata de otra afirmación injustificada, y que llega, en este caso, a una conclusión disparatada: toda ley puede requerir interpretación, pero ello no significa, de ningún modo, que toda ley necesite el dictado de una ley que la interprete, lo cual constituye un absurdo para quienquiera que discuta sobre la situación. Esa decisión excepcional del Congreso —la ley 27.362— se basó en la muy especial controversia generada por la

interpretación de la ley del 2 x 1, en su específica aplicación sobre crímenes de lesa humanidad.

- Que “ya no hay derecho, porque todo es teoría del derecho”. Se trata de otra afirmación rimbombante, habitual, y carente de sentido.
- Que un caso como “Batalla” evidencia que “ha colapsado la frontera entre el derecho vigente y las creencias de los jueces acerca de cuál debería ser el derecho vigente”, lo cual también aparece como una exageración de poco interés.

El listado anterior representa, en definitiva, un muestrario de algunas de las afirmaciones más comunes y relevantes hechas por Andrés ROSLER, en sus discusiones en torno a la política de derechos humanos en la Argentina, en años recientes. Me interesó presentar y mostrar las debilidades propias de esas argumentaciones que, además, y por características como las señaladas, dificultan el progreso de una conversación académica con ROSLER, en la materia. Según procuré mostrar, a través de ese abanico de ejemplos, ROSLER acostumbra, por medio de sus afirmaciones más habituales, a burlarse de sus adversarios (“hacen derecho según la cara del cliente”); a ridiculizarlos, tomando lo que ellos dicen o hacen, en su peor versión (“están haciendo derecho a la carta”, “legislan a plaza llena para satisfacer una demanda emotiva”); a tomar lo que hace una parte de ellos, como si fuera el todo, de forma tal de involucrar al conjunto en la defensa de las posturas más extremas, y sin dar lugar a matices (“abandonan el liberalismo que proclaman, para sostener el punitivismo penal, cuando se trata de sus enemigos militares”); a desestimar o no considerar en absoluto argumentos y refutaciones perfectamente atendibles, etc. (como la que sostiene que el carácter interpretativo del derecho no requiere comprometerse a dictar leyes interpretativas al infinito). Tal vez, problemas como los citados sugieren que Andrés, finalmente, se encuentra incurriendo en la peor falta que atribuye a sus adversarios, esto es, tratar de avanzar posiciones políticas (schmittianas, conservadoras), utilizando como medio al lenguaje del derecho.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y COMPROMISO ÉTICO

La Revista EN LETRA: DERECHO PENAL mantiene una convocatoria abierta con carácter permanente para estudiantes, graduados, docentes, profesores, investigadores e interesados en general, para el envío de artículos inéditos con miras a su publicación en ediciones subsiguientes de la Revista. Tales artículos deberán ajustarse a las pautas sustanciales y formales aquí indicadas.

Es también abierta, permanente y con idénticos destinatarios la convocatoria a remitir réplicas a artículos ya publicados en la edición inmediata anterior de la Revista. La publicación de una o más réplicas a un artículo habilitará a su autor a remitir, a su vez, una réplica propia (dúplica) para la edición inmediata siguiente. Con la publicación de esta última se agotará el debate. Tales réplicas y dúplicas deberán ajustarse a las pautas sustanciales y formales aquí indicadas.

Sin perjuicio del idéntico procedimiento para su evaluación, la remisión de trabajos para la sección Columnas EN LETRA: DERECHO PENAL, y para cualquier otra distinta a la de artículos, réplicas y comentarios bibliográficos en que no se especifique lo contrario, se admite exclusivamente por invitación de la Revista. Tales trabajos deberán ajustarse a las pautas sustanciales y formales que la Revista indicará en su oportunidad a los autores invitados.

PAUTAS SUSTANCIALES PARA LA REMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistemática y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

PAUTAS FORMALES PARA LA REMISIÓN DE ARTÍCULOS

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración y/o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del/de los autor/es. Es necesario consignar, en nota al pie, la afiliación institucional, un correo electrónico de contacto y una breve reseña curricular (máximo 10 líneas) de cada uno de los autores (estudios de grado/posgrado, antecedentes profesionales, de docencia e investigación, instituciones en las que se desempeña, etcétera).

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y Abstract del trabajo en inglés (de ser posible).

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

f. Key words en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se colocan en versalitas. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de “(ed.)” y, si es compilador, de “(comp.)”. En caso de ser varios los autores, se coordinan con la letra “y”, y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al.* (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis “(eds.)” y si son compiladores “(comps.)”.

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas van en cursiva. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van “entre comillas dobles”. En todos los casos, se deberá colocar entre paréntesis el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición, entre corchetes el año original), y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?”, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, “El desistimiento de la tentativa. La ‘voluntariedad’ como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal”, en ZIFFER (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, “New Court, Old Dogmatik”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia

En las citas se consignarán el Tribunal (en mayúsculas abreviadas o versalitas), la Sala (si correspondiera), los “Autos” (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

CSJN, “Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición”, 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148).

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el Tribunal (en mayúsculas abreviadas o versalitas), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Juicio II, *Fiscal c. Germain Katanga*, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

AMBOS, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en *Política criminal*, n.º 5, p. 25. Disponible en: [enlace verificado el día 5 de abril de 2015].

Casos especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas siempre deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenaje (Festschrift) como en comentarios a leyes (p. ej., StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, “‘Umräumen von Möbeln’ auf offener Bühne”, en *FS-Frisch*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, “§ 242”, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo al procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 a 30 páginas (aprox.).

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

9. El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con fines a su publicación en la Revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del o de los autor/es, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquel y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y previo a su publicación, se requerirá del o de los autor/es el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a tres árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos, y en cualquier supuesto de empate, se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, previo a la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción remueve todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se decide a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).



EN LETRA
DERECHO PENAL

Año XI, N.º 21. Noviembre 2025

Dirección:

Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sub.)
Lara Benítez (Sec.)
Agustina Szenkman (Sec.)

Comité Editorial:

Ltonella Donnes
Tomás Fernández Fiks
Ezequiel Jiménez
Magdalena Legris
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Diana Velea

