EN LETRA

DERECHO PENAL

Año I, N.º 2
Mayo de 2016
ISSN: 2469-0864

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA: DERECHO PENAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.
ISSN: 2469-0864

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por la **ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES** (**CEICJUS**).
Editor responsable / correspondencia epistolar:
Leandro Alberto DIAS
Libertad 1042, tercer piso
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina
Correspondencia digital:
enletrapenal@enletra.com

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. EN LETRA: DERECHO PENAL, el CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.
Ningún contenido de EN LETRA: DERECHO PENAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

Comité Editorial

Director

Leandro A. Dias

Secretaria de Redacción

Carla Salvatori

Editores

José R. Béguelin

Cindi Bertola

Antonella Donnes

Santiago Mollis

Juan Nascimbene

Mª. Belén Rodríguez Manceñido

Paula Scianca Luxen

Consejo Académico

Kai Ambos

María Laura Böhm

Hernán Bouvier

Alejandro Chehtman

Luis Chiesa

Fernando J. Córdoba

Marcelo Ferrante

George P. Fletcher

Luís Greco

Hernán Gullco

Alejandro Kiss

Máximo Langer

Marcelo D. Lerman

Marina Lostal Becerril

Ezequiel Malarino

Juan Pablo Montiel

Héctor Olásolo Alonso

Daniel Pastor

Gabriel Pérez Barberá

Marcelo A. Sancinetti

Eugenio Sarrabayrouse

Patricia Ziffer

EN LETRA
DERECHO PENAL

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

***

Cuatro declaraciones y garantías:

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

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

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

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

ÍNDICE

EDITORIAL **1**

COLUMNAS DE OPINIÓN

"Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción", *Prof. Dr. Luis GRECO (LL.M.)* 1

"La insoportable levedad probatoria", *Mario Alberto JULIANO*..... 6

"La justicia (no) consentida", *Cecilia GEBRUERS*.....12

ARTÍCULOS

"Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas", *Prof. Dr. Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ*.....24

"¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?", *Alejandra VERDE* 55

"¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos? Una discusión de la tesis de la mercantilización del gobierno", *Bruno RUSCA* 86

"Esclavas en la guerra: algunas consideraciones sobre el matrimonio forzado en los conflictos armados", *Paula SCIANCA LUXEN* 105

"Las visitadoras de las presas. El Patronato de Recluidas y Liberadas de la Capital Federal (1933-1950)", *Julieta DI CORLETO* 132

TRADUCCIONES

"El caso del camarero malvado", *Prof. Dr. Luis E. CHIESA* 154

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

"Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico" de Daniel R. PASTOR, *Ignacio N. GUERRERO* 191

"Delito de estafa" de Esteban RIGHI, *María Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO* 200

EVENTOS DESTACADOS

Seminario "Prevención e imputación", Georg-August-Universität Göttingen, 3 y 4 de marzo de 2016 208

PAUTAS DE PUBLICACIÓN 213

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN 218

INDEX

EDITORIAL 1

COLUMNS

"Removing Old Certainties: Latin American Criminal Law Science between Revelation and Deconstruction", *Prof. Dr. Luis GRECO (LL.M.)* 1

"The Unbearable Lightness of Evidence", *Mario Alberto JULIANO* 6

"Justice without Consent", *Cecilia GEBRUERS* 12

ARTICLES

"Taking Criminal Liability of Legal Persons Seriously: the Culpability of Legal Persons", *Prof. Dr. Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ* 24

"Is Self-Money Laundering a Subsequent Co-Penalized Act?", *Alejandra VERDE* 55

"Why Is It Wrong to Accept and Offer Bribes? A Discussion of the Thesis of Government Commodification", *Bruno RUSCA* 86

"Wartime Slaves: Reflections on Forced Marriage in Armed Conflicts", *Paula SCIANCA LUXEN* 105

"The Visitors of Female Inmates. The 'Patronato of Recluidas y Liberadas de la Capital Federal' (1933-1950)", *Julieta DI CORLETO* 132

TRANSLATIONS

"The Evil Waiter Case", *Prof. Dr. Luis E. CHIESA* 154

BOOK REVIEWS

"Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico" Daniel R. PASTOR, *Ignacio N. GUERRERO* 191

"Delito de estafa" Esteban RIGHI, *María Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO* 200

HIGHLIGHT EVENTS

"Prevention and Attribution" Seminar, Georg-August-Universität Göttingen, March 3rd and 4th, 2016 208

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES 213

EVALUATION PROCESS 218

Editorial

El lanzamiento de este segundo número de EN LETRA: DERECHO PENAL fue todo un desafío. A diferencia de lo que sucedió durante los meses previos a la publicación de la primera edición de la revista, teníamos un plazo que cumplir. En seis meses debíamos, entre muchas otras cosas, delinear las políticas editoriales, realizar traducciones y cumplir con el procedimiento de referato de distintos artículos. Este último detalle resulta particularmente relevante: ya no teníamos un compromiso de periodicidad sólo con los lectores, sino que además debíamos cumplir con lo establecido respecto de los autores que enviaron por convocatoria abierta sus contribuciones.

El camino no fue sencillo. Fueron varios días sin descanso y muchos más los compromisos de otra índole que los integrantes del Comité Editorial debimos posponer o directamente cancelar. Pero más allá de estas dificultades lo cierto es que pudimos lanzar el segundo número de una revista que mantiene firmes sus objetivos: convertirse en un espacio de excelencia académica, en el que los autores puedan publicar sus artículos sólo si superan un estricto sistema de referato externo doble ciego (*double blind peer review*). Poco a poco vamos acercándonos a este objetivo y ya hemos comenzado el proceso de indexación en distintas bases de datos, requisito indispensable para el reconocimiento científico de la publicación.

En lo que respecta a las particularidades de esta segunda edición de EN LETRA: DERECHO PENAL, abrimos el número con un comentario del Prof. Dr. Luís GRECO (Universität Augsburg) sobre la ciencia del derecho penal en Latinoamérica, que seguramente llevará a una reflexión profunda en este ámbito académico. Seguimos con dos columnas de opinión con un tema en común: la tendencia a la flexibilización de los estándares probatorios, especialmente en casos de violencia de género. Para ello, decidimos invitar a dos integrantes de organizaciones no gubernamentales de gran importancia en Argentina, que a su vez representan dos posturas contrapuestas en la materia. Por un lado, Mario JULIANO (Asociación Pensamiento Penal) nos brinda una visión crítica del problema, que pone el foco en la afectación a los derechos del imputado que esta situación generaría. Por otro lado, Cecilia GEBRUERS (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género) resalta, a partir de sus reflexiones sobre un fallo judicial reciente, la importancia de asumir una perspectiva de género al encarar esta problemática.

En cuanto a los artículos que hemos recibido por convocatoria abierta, inaugura la sección un trabajo del Prof. Dr. Carlos GÓMEZ-JARA DIEZ (Universidad Autónoma de Madrid), en el que se señalan algunos aspectos destacados de la última reforma española sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva constructivista. A continuación, Alejandra VERDE (Universidad Nacional de Córdoba) analiza en detalle la problemática postura que parte de considerar que el autolavado de dinero es un delito posterior copenado. El tercer artículo, escrito por Bruno RUSCA (Universidad Nacional de Córdoba), se aparta del derecho penal económico para sumergirse en un tema clásico de los delitos de funcionario: la ilicitud del cohecho. En cuarto lugar, Paula SCIANCA LUXEN (Universidad de Buenos Aires) aborda el fenómeno de los matrimonios forzosos en contextos de conflicto armado desde la teoría feminista. Finalmente, Julieta DI CORLETO (Universidad de San Andrés) ofrece una investigación inédita sobre el Patronato de Recluidas y Liberadas de la Capital Federal desde su fundación, en 1933, hasta los años cincuenta.

Las últimas secciones de la revista están dedicadas, por un lado, a la traducción de un trabajo de Luis CHIESA (SUNY Buffalo Law School), sobre las omisiones en derecho penal en general y sobre el célebre "Caso del mesero malvado", creado por Günther JAKOBS, en particular. Por otro lado, se presentan dos reseñas bibliográficas: una de ellas, a cargo de Ignacio GUERRERO (Universidad de Buenos Aires), sobre la segunda edición del comentario de Daniel PASTOR al nuevo Código procesal penal argentino, y otra sobre el reciente libro de Esteban RIGHI sobre el delito de estafa, realizada por María Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO (Universidad de Buenos Aires). Finalmente, cerramos la revista con una sinopsis del seminario sobre "Prevención e Imputación", organizado por el CEDPAL, que tuvo lugar durante los días 3 y 4 de marzo de 2016 en la Georg-August-Universität Göttingen.

Antes de pasar directamente a la primera sección de la revista, los integrantes del Comité Editorial desean agradecer a los integrantes del Consejo Académico por el apoyo brindado en los últimos meses. Este agradecimiento también debe hacerse extensivo a los autores que enviaron manuscritos inéditos para su publicación y a los árbitros, que desinteresadamente nos cedieron horas de su tiempo y participaron en el proceso de *peer review*, por confiar en este joven espacio editorial.

HACIA LA SUPERACIÓN DE VIEJAS CERTEZAS: LA CIENCIA LATINOAMERICANA DEL DERECHO PENAL ENTRE REVELACIÓN Y DECONSTRUCCIÓN

Prof. Dr. Luís GRECO (LL. M)*

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2016
Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2016

En el acotado espacio del que dispongo, intentaré plantear el interrogante acerca del papel de la ciencia del derecho penal en América Latina, ámbito científico que integro y que, a mi ver, carece de una elemental reorientación. Esbozaré, con gruesas pinceladas, la *dicotomía* que parece dominar el panorama actual —a la que pretendo caracterizar con la contraposición entre los términos revelación/deconstrucción— y me esforzaré por demostrar la necesidad de superar esa aparente contradicción.

1. La visión más tradicional concibe a la ciencia del derecho penal como *revelación.* Con este término me refiero a una actitud reverencial ante alguna de las llamadas fuentes del derecho, a la postura de salir a la búsqueda de una *veritas* oculta todavía detrás de las directivas de la *auctoritas*. Las fuentes del derecho, por definición, no se equivocan. Equivocados estaremos nosotros si no logramos revelar, en nuestra investigación científica, las razones que las orientaron. La visión de la ciencia como revelación parece manifestarse en dos versiones, según qué se entienda como fuente del derecho.

* Profesor titular de derecho penal, derecho procesal penal y derecho penal económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Augsburgo. Traducción del portugués de Pablo ROVATTI, revisada por el autor. Contacto: luis.greco@jura.uni-augsburg.de.

a) La *versión clásica*, que heredamos probablemente de los franceses y de su Escuela de la Exégesis, y que todavía orienta buena parte de los trabajos con menos pretensiones de cientificidad, rinde su reverencia a la ley y, en cierta medida, también a la jurisprudencia. Lo que estas autoridades ordenan no es sólo orden, es derecho, es correcto y está justificado —a la ciencia le corresponde revelar el porqué—. Si el legislador es redundante, se reconstruye esa redundancia como una segunda norma; si es contradictorio, se deshace la contradicción,[1] o se finge que ésta no existe;[2] si se observa, finalmente, una laguna, se suple la omisión de aquél recurriendo a otra disposición, consciente o inconscientemente.[3]

b) La *versión vanguardista* desacredita a las viejas autoridades en las que se basaba la visión clásica, ironiza sobre el "mito del legislador racional", y pone en su lugar a la "dogmática moderna", léase, al penalista o filosofo preferido del investigador de que se trate: WELZEL, ROXIN, JAKOBS, FERRAJOLI, HASSEMER, FARIA COSTA, de un lado, KANT, HEGEL, WITTGENSTEIN, HABERMAS, de otro. Una opinión es defendida o criticada no tanto por ser correcta o equivocada, sino más bien por ser moderna o anticuada, ajustada a los principios del funcionalismo o del derecho penal mínimo, o a los dictados de alguno de los corifeos de la dogmática moderna. El

[1] Ejemplo: art. 21 *caput* código penal brasileño: "La ignorancia de la ley es inexcusable. El error sobre la ilicitud del hecho, si fuese inevitable, exime de pena; si fuese evitable, podrá disminuírsela de un sexto a un tercio". La doctrina brasileña deshace la contradicción a través de la diferenciación entre ignorancia de la ley (irrelevante) e ignorancia de la antijuridicidad (relevante), lo cual, en casos de *mala mere prohibita*, será en general imposible.

[2] Ejemplo: art. 13, 2º del código penal brasileño: "La omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: [...] c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado". Art. 121: "El que matare a otro [...] § 4º En el homicidio culposo, la pena se aumentará en un tercio, [...] si el autor no prestare inmediato auxilio a la víctima, no intentare disminuir las consecuencias de su acción, o huyere para evitar su detención". En los casos del art. 121 § 4º hay, según la primera regla, homicidio doloso consumado —en comisión por omisión— y no simplemente homicidio culposo agravado. Los comentaristas del código penal sólo excepcionalmente mencionan esta contradicción.

[3] Ejemplo: no existe en el derecho brasileño el tipo penal de administración infiel o de "infidelidad patrimonial"; el administrador que se apropia de los valores depositados en la cuenta bancaria del mandante es considerado autor del delito de "apropiación indebida"* (art. 168 *caput*: "El que estando en posesión o tenencia de una cosa mueble ajena, se apropiare de ella"), a pesar de que el tipo utiliza los términos "cosa", "ajena", "posesión", "tenencia", todos los cuales indican que el objeto de la acción debe ser algo corpóreo (extensamente LEITE/TEXEIRA, "'O principal delito econômico da moderna sociedade industrial' – Observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial", en *RIBDPE,* 2016, en prensa; LEITE, "Interpretação, analogia e sentido literal possível – O exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários", en *LH-Dotti,* 2016, en prensa.

* N. del T.: Aquí se traduce literalmente *"apropriação indébita"* como "apropiación indebida", aunque un paralelismo con la terminología empleada usualmente en los manuales de parte especial argentinos quizá conduciría a emplear, por la mayor familiaridad con la expresión, "retención indebida", en referencia al tipo del art. 173, inciso 2º, del código penal argentino. Este parece asemejarse más que cualquier otro al del art. 168 del código penal brasileño. Más allá de las particularidades, se trata, en ambos casos, de una defraudación por abuso de confianza, cuya caracterización en el caso de la legislación brasileña queda fuera de duda con la indicación, en el texto, de los elementos típicos de la referida figura.

ejemplo más nítido de esta ciencia de la revelación en su versión moderna es el uso que el Supremo Tribunal Federal brasileño ha hecho del término *dominio del hecho*, que si algo guarda en común con la teoría original es apenas su denominación.[4] En algunos países, incluso se combinaron las dos versiones de la dogmática de la revelación: el código penal colombiano del año 2000 convirtió en ley aquello que sus redactores creyeron que era el estado de la dogmática moderna; en Brasil, se propuso una reforma en esta línea vanguardista, que, quizás menos por la oposición de la ciencia[5] que por puro azar político, no prosperó.

2. Bastante numeroso es el grupo de aquellos que rechazan la idea de revelación y se empeñan en un proyecto de *deconstrucción*. La ley es deconstruida como una expresión de los intereses de las viejas oligarquías, la jurisprudencia como una práctica de aquellos intereses. A su vez, la dogmática moderna es deconstruida como una ficción ingenua que ignora tanto la genocida realidad latinoamericana, a la cual aquélla se trasplanta, cuanto su carácter instrumental para la defensa de los intereses oligárquicos. Se pugna, así, por una ciencia latinoamericana del derecho penal, fundada en la premisa de que no hay pena justa en una sociedad injusta, de manera que el único proyecto aceptable es el de la reducción de las injusticias, esto es: cuanto menos pena, *menos peor*.

3. Como ya he señalado, me parece necesario ir más allá de esta dicotomía entre revelación y deconstrucción, en la que parece haber caído buena parte de (aunque no toda) la ciencia latinoamericana del derecho penal. Esto no solamente porque ninguna de las dos opciones es viable, sino porque las dos posiciones enfrentadas comparten una premisa fundamental, que integra justamente aquello que una verdadera ciencia del derecho penal debe superar.

a) La crítica a la idea de la ciencia del derecho penal como revelación no exige gran esfuerzo. Las llamadas fuentes del derecho son autoridades, no razones; ellas pueden estar fundadas en razones, sería ideal que lo estén, y le corresponde a la ciencia verificar si éste es o no es el caso, si lo ideal es o no real. La ley y la jurisprudencia se pueden equivocar, caso en el cual el trabajo de la ciencia no será el de disfrazar los errores como aciertos, sino el de tornarlos menos dañinos. Del mismo modo, los autores antes mencionados son portavoces de razones y no oráculos de la

[4] GRECO/ LEITE, "A 'recepção' das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro", en *ZIS,* vol. 7-8, 2015, pp. 386 ss. Disponible en http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf [enlace verificado el día 25 de mayo de 2016].

[5] Detalladamente, sobre la más reciente propuesta de reforma del código penal brasileño, ver LEITE (coord.), *Reforma Penal – A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/12)*, San Pablo, Atlas, 2015.

verdad; las teorías que formulan deben ser tenidas en cuenta como argumentos y no repetidas como dogmas de fe.

b) El proyecto de deconstrucción tampoco convence. Quizá el filósofo pueda darse el lujo de afirmar la ilegitimidad de la pena. El jurista que adopte esa posición cae forzosamente en un dilema entre la ingenuidad de la abstracción y la incomodidad frente a lo concreto. Él permanece en esa ingenuidad si restringe su mirada a la pena como institución, sin preguntarse por cualquier caso individual (o sólo por casos escogidos a dedo y que, por ende, no incomodan). Al enfrentarse, no obstante, con problemas concretos —el torturador de un régimen dictatorial, el violador pedófilo que arruinó varias vidas— o el jurista se contradice y acepta que, en estos casos, excepcionalmente, menos pena no es menos malo, o bien se calla.

4. Como suele ocurrir con las dicotomías equivocadas, el verdadero problema reside menos en las características específicas de la tesis o de la antítesis que en lo que ellas comparten y que se revela como el verdadero origen de la contradicción. Este problema es, a mi ver, el *exceso de certezas* que anima tanto a la idea de ciencia como revelación, cuanto a la de ciencia como deconstrucción. Los "reveladores" creen estar anclados en el puerto seguro de la ley y de la jurisprudencia, o en el de los grandes dogmáticos modernos; los "deconstructores" creen conocer la verdadera faz de la injusticia sistemática que representaría la justicia penal.

Partiendo de estas certezas, producen, de uno y otro lado, estudios cuyos resultados se conocen de antemano, montados sobre un esquema siempre análogo, tal como una receta culinaria. Tómese por ejemplo cualquier tema, sea la responsabilidad penal de la persona jurídica o la imputación de resultados que no habrían sido evitados con certeza por el comportamiento alternativo conforme a derecho: el exegeta buscará disposiciones de la Constitución y de la legislación vigente, el vanguardista anclará en JAKOBS o en ROXIN, el deconstructivista recordará la selectividad del derecho penal y la necesidad de tomar partido a favor de la posición que castigue menos.

Un síntoma de estas certezas es el esfuerzo por manejar una terminología propia —unos hablan de roles, expectativas cognitivas y normativas, competencias, otros hablan de poder penal, agencias de persecución y su clientela, vulnerabilidad—. El segundo —y más grave— de estos síntomas es que, en esos trabajos, mucho se cita y aun más se afirma, pero poco se argumenta. Esto es consecuente: el argumento se dirigiría a quien comparte la perspectiva, lo que lo tornaría

superfluo, o bien a quien la rechaza, lo que lo tornaría inocuo. Una ciencia hecha de certezas es una ciencia que no discute, una ciencia que no discute es una ciencia que no aprende.

Lo anterior explica, al menos en parte, la distancia entre la ciencia y la praxis observada y criticada en muchos países latinos, en los cuales, por un lado, los jueces ignoran lo que producen los autores nacionales, considerándolos ajenos a la realidad, y estos autores, a su vez, denuncian la arrogancia y superficialidad de los jueces. Aquí le haría bien a la ciencia, una vez más, menos certezas y más autocrítica. Porque una ciencia que no discute y no aprende es una ciencia que difícilmente pueda querer enseñar.

5. Con lo dicho queda esbozado el camino en el que me parece necesario insistir —que es un camino recorrido por muchos de los penalistas latinoamericanos, cuyos trabajos, felizmente, no se dejan encuadrar en ninguno de los bandos de la dicotomía—. Un camino en el que importen menos las autoridades y más las razones; un camino en el que se busque la solución correcta para cada problema, y se rechace la fácil tesis de que menos siempre es mejor; un camino marcado por la disposición para discutir y argumentar, que abandone la comodidad de las certezas en provecho de la inquietud que presupone el aprender.

Bibliografía

GRECO, Luís/ LEITE, Alaor "A 'recepção' das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro", en *ZIS,* vol. 7-8, 2015, pp. 385-393. Disponible en http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf [enlace verificado el día 25 de mayo de 2016].

LEITE, Alaor (coord.), *Reforma Penal – A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/12)*, São Paulo, Atlas, 2015.

— "Interpretação, analogia e sentido literal possível – O exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários", en *LH-Dotti,* 2016, en prensa.

LEITE, Alaor/TEXEIRA, Adriano "'O principal delito econômico da moderna sociedade industrial' – Observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial", en *RIBDPE,* 2016, en prensa.

LA INSOPORTABLE LEVEDAD PROBATORIA

Mario Alberto JULIANO*

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2016
Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2016

El movimiento de reforma procesal penal (el tránsito de los sistemas mixtos/inquisitivos a los acusatorios) protagonizado en la República Argentina desde mediados de la década de los noventa tuvo numerosas banderas que lo justificaban: el cambio de la escritura a la oralidad, de la burocracia, el formalismo y el ritualismo a la celeridad y simplificación en los trámites, terminar con los presos sin condena, la introducción de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, que el juicio oral y público fuese el protagonista de la dilucidación de los procesos. Un balance, a veinte años de la implementación de los primeros códigos de la nueva generación, abre algunos interrogantes acerca de las metas alcanzadas y las asignaturas pendientes.

En esta columna me interesa detenerme (con las limitaciones que supone un espacio de opinión general) en otra de las consignas de la reforma: la sustitución del sistema de valoración de la prueba tasada por el de las libres convicciones o sana crítica razonada. Se aducía, por aquellos entonces, que las fórmulas forfatarias (por ejemplo, que *las declaraciones de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar, tiempo y demás circunstancias principales, podrán ser invocadas por el juez como plena prueba de lo que afirmen*) implicaban atarse a un rigorismo que no tenía que corresponderse, necesariamente, con la realidad y que de alguna manera esos sistemas representaban una suerte de automatismo, distante del escrutinio dinámico de la conducta humana. Por el contrario, la apreciación de la prueba sobre la base de la sana crítica razonada, con un desarrollo en los conocimientos y la experiencia, permitiría discernir con mayor amplitud valorativa la relación de los individuos con los hechos que se les atribuían, confiando en la ilustración y prudencia de las juezas y los jueces.

* Director Ejecutivo de la Asociación Pensamiento Penal y juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea. El título es un inesperado homenaje al genial escritor francés Milan Kundera. Contacto: mjuliano2004@gmail.com.

Las cosas, planteadas en esos términos, convencían a todos los que apostábamos por los cambios, por procesos penales con un rostro más humano, más cercano a las vicisitudes de las personas de carne y hueso, persuadidos de la búsqueda de soluciones "más justas", dentro del marco de la ley.

Ya en el año 2016, ha transcurrido el tiempo (suficiente tiempo) y estoy en condiciones de formular una primera aproximación sobre la implementación del sistema de las libres convicciones o sana crítica razonada para la valoración de la prueba. Y, debo confesar, advierto resultados que no terminan de satisfacerme, aunque albergo dudas de si los problemas que voy a plantear se encuentran vinculados con el sistema o con las prácticas que instrumentan las personas encargadas de su aplicación, esto es, con la forma en que las prácticas desnaturalizan los mejores postulados legales. Esta cuestión, probablemente, merecería un ensayo aparte.

Existe una marcada tendencia, que se observa en buena parte de la jurisprudencia, a la "sustantivización" del acto de juzgamiento,[1] que no es muy diferente a lo que ocurría bajo la órbita de los sistemas inquisitivos, ahora bajo distintos ropajes. Ya no interesa tanto si los hechos atribuidos han sido probados en el juicio (es decir, si se ha podido demostrar la hipótesis acusatoria a los ojos del tercero imparcial), sino que se extreman las medidas para determinar si el acusado ha sido el autor del hecho en un sentido ontológico, si se me permite la expresión. Juezas y jueces se forman un juicio de valor tras leer el expediente (para el caso de que no hubiesen formado tal juicio incluso previamente), se convencen íntimamente de la responsabilidad del acusado, y luego recurren a un sofisticado ejercicio dialéctico para justificar sus convicciones. Mecanismo que, por otra parte, es de muy difícil control para quien lo quiera cuestionar. La jueza o el juez se coloca por encima de las pruebas reales y concretas y, finalmente, termina haciendo juicios morales, convencido de la justicia de sus soluciones.

El hecho y la demostración de su existencia pierden centralidad a manos de la argumentación jurídica. La dialéctica especializada es capaz de hacernos ver como real lo que jamás ha sucedido

[1] Cuando me refiero a la "sustantivización" del juzgamiento hablo de la búsqueda de una *verdad esencial o sustantiva*, que permitiría a los jueces (por su sola condición de tales) "descubrir" aspectos que no han sido revelados por las pruebas, o lo han sido en forma absolutamente débil y cuestionable. Así, algunos jueces centran la atención (y los recursos dialécticos de la argumentación jurídica) en asegurar que el imputado fue el autor del hecho por cualquier medio, olvidando que la verdadera función del juzgador es la de determinar si el hecho ha sido probado o no lo ha sido, según las reglas del proceso penal.

sobre la base de inferencias y deducciones lógicas, muy razonadas, pero que en el camino han perdido el anclaje con el mundo de los hechos.

Este sofisticado mecanismo valorativo encuentra dos aliados principales: las herramientas de la dogmática, usualmente empleadas para justificar la ampliación de los ámbitos de punibilidad, y la categoría de las libres convicciones o sana crítica racional como método valorativo de la prueba.

Ciertas categorías dogmáticas son empleadas con total soltura para adecuar las circunstancias a las necesidades del juzgador. Traigo a colación, por ejemplo, las coautorías funcionales, presupuesto no previsto de modo expreso por la ley argentina, pero que puede convertir en autor de un hecho a una persona que simplemente acertaba a pasar por el sitio en que ocurría, o a la que simplemente le cupo un rol pasivo o indeterminado. O el cuestionado dolo eventual,[2] que puede transformar en intencional a un hecho no querido de modo deliberado, producto de la culpa temeraria o consciente, pero en modo alguno de un propósito prestablecido.

El sistema de valoración de la prueba basado en las libres convicciones o la sana crítica racional parece haberse convertido en un envase meramente dialéctico, cuyo contenido es ignorado por la generalidad de los justiciables y que, en los hechos, es empleado para justificar la existencia de episodios que ninguna razón plausible podría dar por probados. Cabal demostración de esta afirmación resultan ser los juicios por jurados que se vienen desarrollando en territorio bonaerense desde principios de 2015, donde poco más de la mitad de los casos han merecido veredictos de no culpabilidad por parte de las ciudadanas y los ciudadanos.[3] Resulta por lo menos curioso que para los jueces profesionales la misma categoría de casos solamente merezca alrededor de un 10% de absoluciones, lo que nos habla, claramente, de una mirada muy diferente sobre los mismos hechos.

La tendencia a priorizar la argumentación jurídica por sobre la centralidad de los hechos se vio acentuada en una materia con una sustancia que a todos nos conmueve y nos provoca empatía: la

[2] Para una crítica relativamente reciente en la academia argentina, véase VITALE, *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.

[3] Para un panorama de estas estadísticas, véase SORIANO, *Jurados populares: hay más condenas que absoluciones*, Clarín, 8 de mayo de 2016. Disponible en http://www.clarin.com/policiales/Jurados-populares-condenas-absoluciones_0_1572442873.html [enlace verificado el día 25 de mayo de 2016]. También *Más absoluciones que condenas en los juicios por jurados de la provincia*, La Capital de Mar del Plata, 26 de septiembre de 2016. Disponible en http://www.lacapitalmdp.com/noticias/La-Ciudad/2015/09/26/288536.htm/[enlace verificado el día 25 de mayo de 2016].

violencia de género. Son históricas las dificultades probatorias del nefasto accionar del machismo sobre las mujeres, que ha costado vidas, traumas difíciles de superar y lamentables consecuencias para todo el entorno familiar. No abundaremos sobre un tema que parece concitar la coincidencia generalizada (salvo para los victimarios, que todo el tiempo continúan haciendo de las suyas).

Dos precedentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ("Newbery",[4] del 11 de septiembre de 2013 y "Taranco",[5] del 22 de abril de 2014) abrieron el cauce para el dictado de condenas con estándares probatorios muy débiles, bajo la justificación del sistema de valoración de la prueba basado en las libres convicciones o la sana crítica racional. En los hechos (para resumir) se habilitaron sentencias condenatorias, con penas de importancia, con la sola denuncia de la víctima, corroborada por elementos periféricos, principalmente peritajes psicológicos que se limitan a confirmar, a grandes rasgos, que la víctima no fabula y que su relato se ha mantenido constante a través del tiempo. En este sentido nos encontramos con la construcción de una *psicología del testimonio*, que entraña razonamientos muy plausibles, pero que no se encuentran en condiciones de predicar la infalibilidad que se le suele atribuir.[6]

Como es obvio y ocurre como una suerte de regla de tres simple en el sistema penal respecto de los pronunciamientos que habilitan el empleo del poder punitivo (no ocurre lo propio con las resoluciones que, por ejemplo, declaran la inconstitucionalidad de la reincidencia, o los que afirman que los mínimos de las escalas penales son meramente indicativos), la doctrina de estos fallos se expandió rápidamente al resto de los tribunales (a la mayoría),[7] que por esta vía

[4] TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP'", Expte. n.° 8796/12, 11 de septiembre de 2013. Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos37530.pdf.

[5] TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, "Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Taranco, Juan José s/ inf. art(s) 149 bis, amenazas, CP (p/ L 2303)'", Expte. n.° 9510/13, 11 de septiembre de 2013. Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos38901.pdf.

[6] Para una crítica a la psicología del testimonio y su aplicación en el derecho procesal penal, véase SANCINETTI, "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas '*testimonium unios non valet*' y '*nemo testis in propria causa*'", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* n.º 6, 2010, pp. 955-995.

[7] Véase, en ese sentido, la jurisprudencia más reciente de las tres Salas de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS DE LA CABA, con referencias expresas a los mencionados fallos del Tribunal Superior de Justicia. Así, Sala I, "M., J. S. s/ inf. art. 149 bis CP-Apelación", causa N.º 392-01-CC/14, 25 de abril de 2016; Sala II, "Galarza, Omar Roberto s/art. 149 bis, Amenazas - CP", causa N.º 15075-01-CC/2015, 1 de marzo de 2016; Sala III, "D., D. s/art. 11179:149 bis párr.1 Amenazas – CP (p/ L 2303)", causa N.º 28609-00-00/12, 29 de abril de 2016, entre muchas otras.

simplificada, apoyada en buena medida en argumentos de autoridad, vieron resuelto el dilema que generaba la preocupación de dar por probados hechos de dificultosa demostración.

No sólo eso. Ahora advertimos, con la misma preocupación, la forma en que el argumento simplificado de las libres convicciones o sana crítica racional, entendido como una carta blanca al buen criterio judicial, se expande también al juzgamiento de otro tipo de delitos, como puede ser un homicidio o un robo agravado de difícil prueba.

Algunas consecuencias deletéreas de la liviandad probatoria:

1. El relajamiento de los estándares probatorios trae aparejado un amoldamiento de los integrantes del Ministerio Público Fiscal, que funcionales a las nuevas corrientes valorativas no se exigen en su tarea ni extreman los recaudos para probar los hechos, disminuyendo en forma notoria la calidad de los juicios y el resguardo de los derechos y las garantías.

2. El incremento de las posibilidades de que personas materialmente inocentes terminen privadas de la libertad.

3. La virtual desaparición del principio del *in dubio pro reo*, de trascendental importancia en un Estado de Derecho. Con los nuevos mecanismos interpretativos, o las prácticas implementadas en su nombre, se eliminan los márgenes de duda y prevalece la íntima convicción del juez.

El panorama descripto, acerca del cual podremos coincidir o discrepar en grados de aproximación, pero no en la existencia del fenómeno, nos interpela respecto de los rumbos del proceso penal contemporáneo. Nos encontramos muy lejos de reclamar el regreso a la prueba tasada pero, por cierto, los sistemas de valoración de la prueba librados a la discrecionalidad de las juezas y los jueces deben reconocer límites objetivos, con posibilidades ciertas de control por parte de los involucrados en el juicio penal y los organismos revisores.

En definitiva, el diseño de estándares probatorios racionales, aferrados a los hechos del proceso y su demostración, constituye una de las tareas que debe abordar el procesalismo para incrementar los niveles de seguridad jurídica, máxime en cuestiones donde lo que se encuentra en juego es nada más y nada menos que la libertad ambulatoria. En la academia argentina, Nicolás SCHIAVO es uno de los juristas que se ha preocupado, con seriedad, del tema. En su obra

"Valoración racional de la prueba en materia penal",[8] SCHIAVO hace un recorrido por el derecho comparado, los idénticos interrogantes que se han planteado en otras partes del mundo y las reglas y soluciones que se han ido elaborando, que, por cierto, se encuentran muy distantes de nuestra realidad, meramente intuitiva y moralista. El estudio de esa obra, así como de otros trabajos serios sobre el tema, puede ser un punto de partida para repensar la situación actual.

Bibliografía

SANCINETTI, Marcelo, "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas '*testimonium unios non valet*' y '*nemo testis in propria causa*'", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* n.º 6, 2010, pp. 955-995.

SCHIAVO, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad* ¸ 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

— *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.

SORIANO, Fernando, *Jurados populares: hay más condenas que absoluciones*, Clarín, 8 de mayo de 2016. Disponible en http://www.clarin.com/policiales/Jurados-populares-condenas-absoluciones_0_1572442873.html [enlace verificado el día 25 de mayo de 2016].

VITALE, Gustavo, *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*¸ Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.

[8] El libro fue originalmente publicado por la querida, recordada y ya desaparecida Editores Del Puerto (*Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013) y posteriormente reeditado por Hammurabi (*Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*¸ 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2015), y no puede faltar en la biblioteca de los interesados en el tema.

LA JUSTICIA (NO) CONSENTIDA

Cecilia GEBRUERS*

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2016
Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2016

I. Introducción

El Tribunal Oral N.º 23 de Capital Federal dictó sentencia[1] en un caso de violencia sexual que involucraba a dos niñas de trece y quince años, por parte de un hombre de veintinueve años que se encargaba de trasladarlas a sus actividades escolares. Ambas quedaron embarazadas como resultado de las violaciones. Respecto de la violación sexual denunciada por la niña de trece años, el tribunal afirmó que estaba probado que no hubo consentimiento. Sin embargo, al analizar la existencia del delito de violación de la niña de quince años se entendió que existía una "situación de duda que no es posible despejar sobre la existencia de violencia". Sus argumentos cristalizan la forma en que operan los estereotipos de género en detrimento de los derechos de las mujeres, en particular frente a la violencia sexual.

En estas líneas me interesa mostrar que hay dos formas de leer la sentencia. Una forma es analizar la credibilidad de J. R. y concluir que, objetivamente, no supera el grado de algún estándar mínimo de verosimilitud. Pero hay otra forma de leerla y es con una mirada *política feminista* que, como diría Robin WEST, plantea a la política misma como la amenaza que el derecho debe reconocer.[2] En esta columna haré un comentario a la sentencia a la luz de la teoría

* Abogada (UBA), Diplomada en Derechos Humanos y Mujeres por la Universidad de Chile y candidata a Magíster en Género, Sociedad y Políticas (FLACSO-PRIGEPP). Responsable del Área Jurídica de ELA-Equipo Latinoamericano de Justicia y Género y docente de Teoría General del Derecho y Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la UBA y del Área de Género de FLACSO. Contacto: ceciliagebruers@gmail.com.

[1] TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL N.º 23, "Víctor Alejandro Solís Chambi", CCC 20412/2014/TO1, 2 de junio de 2015, Disponible en: http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=4328&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4.

[2] WEST, "Re-imagining justice" en *Yale Journal of Law & Feminism*, 2002, p. 338.

política feminista y de los estereotipos de género como violatorios del derecho internacional de los derechos humanos.

II. La palabra de las mujeres en contexto teórico-político

"Las mujeres han carecido históricamente de palabra".[3] Es una afirmación contundente pero necesaria para cuestionar tanto los papeles sociales en los que se ubica a las mujeres, como también las formas en que se nos imagina y representa. Cabe traer aquí las representaciones a través de las cuales Rebecca SOLNIT[4] ilustra estos imaginarios: el cuento de Pedro y el Lobo, a quien se le creyó sucesivas veces cuando, por diversión, anunciaba ser atacado por un lobo. Por el otro lado, el mito de Cassandra, la sacerdotiza de Apolo, hija del Rey de Troya, a quien se le dio el don de ver profecías, pero a la que Apolo maldijo dándole el descrédito de todos sus pronósticos. En esta ocasión no nos referiremos a Cassandra, sino a J. R., una niña de quince años, que denunció la violación por parte de una persona de confianza de su familia que se encargaba de trasladarla al colegio, violación que, pese a haber sido denunciada, el poder judicial entendió que en verdad había sido consentida**.**

Hablar de la valoración de la palabra de las mujeres es hablar de la construcción de la individualidad de las mujeres y de la dicotomía público-privado[5] sobre la cual se construye el pensamiento político moderno. Este cruce con la mirada sobre la administración de la justicia nos llevará a cuestionar *la idea de imparcialidad de la justicia*[6] que se sustenta sobre un sujeto abstracto y universal que acude al sistema de administración de justicia, a un tribunal que, objetivamente, imparte justicia.

El paradigma del derecho desde los Estados liberales prescribe que lo universal es lo válido, más allá de los contextos. Los feminismos ya han planteado desde hace muchos años los efectos injustos a los que puede llevar la aplicación de determinadas normas "iguales" sobre grupos diferenciados alegando ser reglas neutrales, mientras invisibilizan diferencias al tomar un

[3] SERRET, "Discriminación de Género. Las inconsecuencias de la democracia", en *Cuadernos de la Igualdad,* n.º 6, 2006, p. 9.
[4] SOLNIT, "Cassandra Among the Creeps", en *Harper's Magazine,* mayo 2014. Disponible en harpers.org/archive/2014/10/cassandra-among-the-creeps [enlace verificado el día 20 de mayo de 2016].
[5] Véase PATEMAN, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en CASTELLS (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1996, pp. 31-52.
[6] Véase, YOUNG, "El ideal de la imparcialidad", en *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990.

determinado modelo de persona como universal. En efecto, uno de los medios a través de los cuales el derecho ejerce opresión es postular una aparente neutralidad en su formulación. El derecho dice estar dirigido a servir a un sujeto universal, abstracto y racional para el cual se postulan categorías, valores y prácticas jurídicas que, finalmente, terminan por excluir a "los otros" y sólo reflejan las de un sujeto "general".

El obstáculo ontológico que repercute en las representaciones de las mujeres y en su categoría de sujetos se puede explicar a partir de los que Celia AMORÓS llamó la *lógica de los iguales* y la *lógica de las idénticas.*[7] La noción de varones como individuos construida por la modernidad requiere de diferencias que los hagan *iguales en el ámbito público*. Para que esto sea posible deben ser portadores de una peculiaridad que les permita *valer a cada uno tanto como los demás*. La condición de posibilidad de esto, según el planteo de AMORÓS, es que las mujeres constituyan el afuera, que sea el contraste que les permita valerse de esa identidad singular. Así pues, las mujeres son constituidas como un "conjunto de idénticas" indiscernibles, recluidas en el ámbito privado.

La falta de *singularización* de las mujeres como personas[8] tiene implicancias directas en la noción de ciudadanía y por tanto en la administración de justicia. Y es que "[l]as representaciones simbólicas conforman el mundo propiamente humano. (…) Con referencia a estas representaciones las comunidades humanas construyen los códigos de intelección compartidos, que dan sustento a su organización misma. Esto incluye, desde luego, a los principios que legitiman las relaciones de dominación en todas sus formas".[9] Así, la ausencia de particularidades en este grupo homogéneo de idénticas, *permitiría sólo que una integrante de este grupo exprese fragmentos de esta "identidad femenina"*.

Estos fragmentos de la identidad femenina hacen mella en la administración de justicia a partir de lo que conocemos como estereotipos de género. Ninguno de los símbolos que encarnan las mujeres, afirma SERRET, está asociado con la transparencia, el orden, la claridad o la veracidad. "Las representaciones imaginarias de lo femenino pueden, en algunas comunidades, retratar a las mujeres como un grupo social que personifica todo tipo de significados, siempre que estén

[7] AMORÓS, "Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individuación", en *Arbor,* CXXVIII, 1987, pp. 113-127.
[8] SERRET, *supra* nota 3.
[9] SERRET, *supra* nota 3, p. 9

asociados con la alteridad. En tanto encarnaciones de lo femenino, las mujeres no son consideradas en las sociedades tradicionales como llanamente humanas".[10]

Pero antes de avanzar en la sentencia en concreto es importante definir qué implican los estereotipos de género. Podríamos decir en principio que un estereotipo es cualquier generalización o clasificación de un grupo de personas a partir de lo que se cree es un rasgo esencial del grupo y, por ende, vuelve innecesario individualizar. Sin embargo, la definición, para ser más precisa, requiere también que éste —el estereotipo— sea utilizado para *evitar tomar en consideración las particularidades de una persona*; y que la generalización surja de individuos *no abarcados por esa categoría*.[11] Este último rasgo de la definición de estereotipo es sumamente importante, ya que implica que la persona abarcada por la generalización no podrá mostrarse a sí misma ni a las circunstancias que la rodean de la manera en que ella las percibe.[12]

La identidad femenina permea en las instituciones a través de múltiples manifestaciones. La respuesta que da el Estado ante el reclamo por la vulneración de un derecho se traduce muchas veces en *violencia institucional* cuando la negación de un derecho, surge de la imposición de una carga motivada o bien se justifica a través de estereotipos. Rebeca COOK, quien ha desarrollado en profundidad las consecuencia de los estereotipos de género en el ámbito de la justicia, sostiene que los estereotipos referidos a las mujeres, en la práctica, "degradan a las mujeres, les asignan roles serviles en la sociedad y devalúan sus atributos y características. Los prejuicios sobre la inferioridad de las mujeres y sus roles estereotipados generan irrespeto por ellas además de su devaluación en todos los sectores de la sociedad".[13]

III. Estereotipos de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: redefinición de límites

Los derechos humanos de manera progresiva han logrado incorporar los reclamos del movimiento de mujeres en relación con los estereotipos de género. Las implicancias de nombrar los estereotipos de género en el derecho conducen en definitiva a cuestionar las relaciones de

[10] SERRET, *supra* nota 3, p. 9.
[11] MOREAU, "The wrongs of unequal treatment", en *University of Toronto Law Journal,* vol. 54, 2004, p. 238.
[12] MOREAU, *supra* nota 11, p. 299.
[13] COOK/CUSACK, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010, p. 2.

poder. Identificarlos es sólo el primer paso en el objetivo de erradicar las prácticas discriminatorias y generar cambios en las estructuras sociales.

El paradigmático caso *Campo Algodonero* fue el primero en nombrar los estereotipos de género en el derecho internacional de los derechos humanos en el nivel regional. Allí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

"el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y el uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer".[14]

El artículo 5(a) de la Convención para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) es el que recepta específicamente los estereotipos como forma de discriminación contra las mujeres:

"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

A lo largo de los últimos años, el Comité CEDAW, órgano del tratado que tiene a su cargo su supervisión e interpretación, ha ido delineando a partir de sucesivas comunicaciones individuales un marco más preciso respecto de los estándares de derechos humanos en relación con los estereotipos de género.

[14] CORTE IDH, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

Los estereotipos de género en torno a la violación sexual fueron abordados en detalle por el Comité CEDAW en 2010 a partir del caso *Karen Vertido contra Filipinas*, Allí, el Comité de la CEDAW sostuvo que:

"la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que el poder judicial debe ejercer cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas *deberían ser* o lo que *deberían haber hecho* al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia basada en el género en general".[15]

Uno de los párrafos de las observaciones del Comité ilustra cómo operaron los estereotipos de género en la evaluación de la credibilidad de una mujer que denunció una violación por parte de un conocido, en el caso, un compañero de trabajo. Allí, el Comité identifica que en los fundamentos de la sentencia, si bien se afirma que no es necesario ejercer resistencia física para determinar un caso de violación, los estereotipos subyacen en el discurso cuando encuentra contradictoria su conducta por haber reaccionado con resistencia en un momento y sumisión en otro.[16] Por ello, el Comité entiende que el tribunal *esperaba un determinado comportamiento de parte de la denunciante*: "la autora no había mostrado en esta situación el comportamiento esperado de una víctima ideal y racional, o lo que la magistrada consideraba la respuesta racional e ideal de una mujer en una situación de violación".[17]

Una trascripción de la sentencia del tribunal local contra Karen Vertido muestra cómo se parte de una víctima ideal que debe responder a una situación de tensión emocional de una determinada manera:

"¿Por qué, pues, no trató de salir del automóvil en el momento en que el acusado debió haber frenado para no estrellarse contra la pared cuando ella agarró el volante? ¿Por qué no salió del automóvil ni gritó para pedir ayuda cuando éste debió haber desacelerado antes de entrar en el garaje del motel? Cuando fue al baño, ¿por qué no se quedó allí y cerró la puerta con pestillo? ¿Por qué no pidió ayuda a gritos cuando oyó al acusado hablando con otra persona? ¿Por qué no

[15] COMITÉ CEDAW, *Karen Tayag Vertido c. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.4.
[16] COMITÉ CEDAW, *Karen Tayag Vertido c. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.5.
[17] COMITÉ CEDAW, *Karen Tayag Vertido c. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.5.

salió corriendo del garaje del motel cuando dice que pudo salir corriendo de la habitación porque el acusado seguía en la cama desnudo masturbándose? ¿Por qué accedió a montarse nuevamente en el automóvil del acusado después de que supuestamente la hubiera violado, cuando él no la amenazó ni utilizó la fuerza para obligarla a hacerlo?".

Pero incluso remontándonos antes de la evaluación de la conducta de la mujer que denuncia la violación, es importante recordar que en esta sentencia el Comité de la CEDAW también fue contundente en señalar que *considerar que una denuncia de violación puede hacerse con facilidad, parte de un prejuicio de género*.[18]

Otros prejuicios de género se vieron a partir de la denegación del acceso al aborto a una niña de trece años. En el caso *L. C. c. Perú*,[19] el Comité de la CEDAW entendió que denegarle el acceso al aborto, aun cuando se encontraba amparada por la ley, era una decisión fundada en estereotipos de género. La motivación para denegar el acceso, según el Comité, fue el estereotipo ligado a la función reproductiva de las mujeres, de acuerdo con el cual la protección del feto debe prevalecer por sobre la salud de la mujer y por lo tanto encontró que fue violado el artículo 5 de la CEDAW.

También en el caso *R. K. B. c. Turquía*, de abril de 2012, el Comité se refirió a los sesgos de género que motivan algunas decisiones judiciales y que pueden implicar una violación al artículo 5 de la CEDAW. Este caso trata de una mujer que fue despedida de su trabajo debido a que habría tenido relaciones "de índole sexual" con un compañero de trabajo, mientras que la conducta de su compañero no acarreó las mismas consecuencias. El tribunal de Turquía al resolver el caso consideró que no se pudo probar que ambos habían tenido relaciones sexuales, pero no cuestionó el motivo del despido en sí mismo.

La discriminación respondió a un estereotipo de acuerdo con el cual la relación extramatrimonial es reprochable respecto de una mujer, pero no respecto del varón, lo cual en definitiva llevó a imponerle a la mujer una carga moral extra. Es decir, su conducta debió atravesar un escrutinio mayor que la del varón, que, de acuerdo con la acusación del empleador, necesariamente debía haber realizado la misma conducta reprochada. En este sentido el Comité

[18] COMITÉ CEDAW, *Karen Tayag Vertido c. Filipinas*, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.5.
[19] COMITÉ CEDAW, *L. C. c. Perú*, 25 de noviembre de 2011, párr. 8.14.

afirma que el tribunal: "examinó las pruebas aducidas por el empleador y sometió a examen únicamente la integridad moral de la autora, que era mujer, y no la de los empleados varones".[20]

Uno de los puntos sustantivos del dictamen del Comité consiste en indicar expresamente que el Estado es responsable por los estereotipos de género, dado que estos últimos son nada más ni nada menos que la causa fundamental y la consecuencia de la discriminación contra las mujeres[21] y que tales estereotipos se perpetúan a través, entre otros, de los sistemas judiciales así como agentes estatales de todas las esferas y niveles de la administración.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo*, sostuvo que los estereotipos de género que asignan ciertos papeles a las mujeres en la sociedad, tales como la maternidad, llevan a que se produzcan situaciones de discriminación indirectas que las afectan de forma desproporcionadas. En esta línea afirma que: "los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar todas las medidas para erradicarlos".[22]

IV. La sentencia: estereotipos de género y violencia institucional

Nos detendremos entonces en los argumentos que da el tribunal para llegar a descreer de la palabra de J. R. y afirmar que existe una "situación de duda que no es posible despejar sobre la existencia de violencia" y por qué ésta conclusión se funda en estereotipos de género.

El tribunal comienza tomando en cuenta un elemento clave en los casos de abuso sexual:

"Es sabido, y así lo demuestra la experiencia judicial, que la prueba directa en estos delitos es habitualmente escasa, en razón de la naturaleza misma de las conductas, generalmente ocurridas en ámbitos privados y que suelen producirse a partir de una relación de confianza —muchas veces familiar, como en nuestro caso— en la que las víctimas son sorprendidas y luego presionadas para que no den a conocer lo sucedido".

[20] COMITÉ CEDAW, *R. K. B. c. Turquía*, 13 de abril de 2012, CEDAW/C/51/D/28/2010, párr. 8.7.
[21] COMITÉ CEDAW, *R. K. B. c. Turquía*, 13 de abril de 2012, CEDAW/C/51/D/28/2010, párr. 8.8.
[22] CORTE IDH, *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 28 de noviembre de 2012, párr. 302.

Luego de remarcar las dificultades que se presentan ante la escasa prueba en hechos de violencia, el magistrado agrega: "ello conspira contra la acreditación de los hechos, introduciendo dudas sobre si el abuso existió o no". Su respuesta ante ello es, según sus propias palabras, "que el centro del debate debe ser [entonces] *si el relato de la víctima es o no creíble*".

Ante la necesidad de indagar más en torno al hecho denunciado y la evidente falta de credibilidad *a priori* en la palabra de la niña, el único camino posible para el tribunal parece ser el *escrutinio de la propia víctima*. Esta forma de la investigación judicial se centra, entonces, en estudiar el comportamiento de J. R. y si ella actuó de la forma en que "una víctima" de abuso sexual *debe* actuar. En efecto, se comienzan a hacer inferencias que, bajo una argumentación que apela a la razonabilidad, esconden los más arraigados estereotipos de género, donde se parte de nociones preconcebidas sobre el "ser" y el "deber ser" de las mujeres, independientemente de la forma en que esa niña en particular vivenció la situación.

Con la "indiscultible elegancia" de las palabras del penalista Ernesto Ure, el juez afirma que:

"'no hay delito cuando el acto acaece merced a los esfuerzos del hombre, dirigidos a despertar el instinto y a vencer la *oscilante resistencia*, pues más que devastar una plaza sitiada, es apoderarse de una plaza rendida…'. El concepto se refiere a aquellos casos en que la mujer, por un acto voluntario, termina por consentir los deseos del sujeto activo, aunque haya sido éste el que provocó ese consentimiento por una conducta que pudo haber comenzado con la apariencia de fuerza, pero en el que la fuerza deja de ser el factor decisivo, y es reemplazada por el instinto sexual (conf. Ernesto Ure, "Los delitos de violación y estupro", Edit. Idea, Buenos Aires)".

Para concluir, el juez afirma que:

"*es probable que originariamente haya existido, en mayor o menor grado, la violencia que la menor describe*, pero esta situación obstaculiza seriamente la posibilidad de graduar con un mínimo de rigor la gravedad e incidencia que dicha presunta violencia pudo tener en la concreción del acto sexual cumplido" (el resaltado es propio).

Se puede ver cómo se borra la línea entre consentimiento y violencia sexual, es decir, de qué manera se interpreta la conducta que una mujer debe tener y se infiere de allí el consentimiento para determinar la existencia o no de violencia sexual. La consecuencia de este razonamiento es,

principalmente, que a través de esa visión estereotipada se impusieron cargas que no se condicen con sus necesidades, capacidades, habilidades o circunstancias particulares en el caso.

¿Por qué no se lo contó a otras personas? ¿Por qué no hizo la denuncia ni bien ocurrió el primer hecho? ¿Por qué *permitió* que esto siguiera sucediendo? ¿Por qué no luchó con suficiente fuerza para resistirse? Éstas son las preguntas que subyacen al discurso de la sentencia y llevan a concluir que J. R. no superó la prueba de credibilidad. La niña, de quince años, no actuó de la manera en que *debía actuar*, ni durante, ni luego de los hechos.

En contra de lo que indican los estándares de derechos humanos, el magistrado infiere el consentimiento. Sostiene que es difícil admitir, entonces, que J. R. no haya tenido oportunidad de ejercer una resistencia más eficaz, o que no haya comentado el hecho con nadie, o que nadie haya sospechado nada, escuchado nada, ni visto nada. Y es que el consentimiento, para los jueces y la jueza que integran el tribunal, pudo incluso ocurrir luego de que el hombre lograra vencer la resistencia de sus víctimas al abuso sexual. Por ello el tribunal considera que "no existe una duda insalvable respecto de si dio su consentimiento".

Es fácil advertir en la sentencia los dos elementos constitutivos de los estereotipos de género. Por un lado, el comportamiento de la víctima fue evaluado a través de generalidades, que no tienen en cuenta el contexto específico en el que esa situación se da ni la forma en la que la persona en concreto las percibe y, a su vez, la generalización parte de personas que ciertamente no pertenecen al grupo abarcado por esa categoría.

V. Conclusión

Es interesante cerrar esta reflexión trayendo nuevamente el mito de Cassandra, como una forma de ilustrar la conexión que existe entre la credibilidad y la autonomía para tomar decisiones sobre el propio cuerpo —como consentir una relación sexual—, ya que la maldición que la condenó a que su palabra no sea valorada ocurrió luego de que ella se negara a tener relaciones sexuales con el Dios Apolo. Las palabras de Judith HERMAN describen con elocuencia las reacciones que se siguen cuando una mujer denuncia un abuso sexual: "nunca ocurrió; la víctima

miente; la víctima exagera; la víctima lo provocó; y, de cualquier manera, es momento de olvidar el pasado y seguir adelante".[23]

La idea de imparcialidad de la justicia puede encubrir, como diría Wendy BROWN, un poder discursivo que privatiza y despolitiza los poderes sociales como posesiones naturales de las personas privadas que "analíticamente abstraen a los individuos de sus contextos sociales y políticos que son de hecho efectos del poder social que ocultan".[24] Es por ello que visibilizar los estereotipos de género dentro del derecho es sin dudas una apuesta a habitar el derecho como "campo de lucha", en los términos de Carol SMART,[25] para desafiar los límites y redefinir las fronteras de sentido. Es apostar al derecho como herramienta sin desconocer su aspecto político.

VI. Bibliografía

AMORÓS, Celia, "Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individuación", en *Arbor,* CXXVIII, 1987, pp. 113-127.

BROWN, Wendy, "Lo que se pierde con los derechos", en BROWN, Wendy/WILLIAMS, Patricia (comps.), *La Crítica a los Derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2003, pp. 81-146.

COOK, Rebecca/CUSACK, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.

MOREAU, Sophia Reibetanz, "The wrongs of unequal treatment", en *University of Toronto Law Journal,* vol. 54, 2004, pp. 291-326.

PATEMAN, Carole, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en CASTELLS, Carmen (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1996, pp. 31-52.

[23] SOLNIT, *supra* nota 4.
[24] BROWN, "Lo que se pierde con los derechos", en BROWN/WILLIAMS (comps.), *La Crítica a los Derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2003, p. 126.
[25] SMART, "La teoría feminista y el discurso jurídico", en BIRGIN (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000, pp. 31-71.

SERRET, Estela, "Discriminación de Género. Las inconsecuencias de la democracia", en *Cuadernos de la Igualdad,* n.º 6, 2006.

SMART, Carol, "La teoría feminista y el discurso jurídico", en BIRGIN, Haydée (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000, pp. 31-71.

SOLNIT, Rebecca, "Cassandra Among the Creeps", en *Harper's Magazine,* mayo 2014. Disponible en harpers.org/archive/2014/10/cassandra-among-the-creeps [enlace verificado el día 20 de mayo de 2016].

WEST, Robin, "Re-imagining justice", en *Yale Journal of Law & Feminism,* vol. 14, 2002, pp. 333-344.

YOUNG, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990.

TOMARSE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN SERIO: LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Prof. Dr. Carlos GÓMEZ–JARA DÍEZ*

Fecha de recepción: 17 de enero de 2016
Fecha de aprobación: 29 de marzo de 2016

Resumen

En este artículo se analizará el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español, en especial a partir de la reforma del año 2015. La idea que guiará el análisis es la de que esta responsabilidad debe tomarse en serio, lo que implica superar las posturas negadoras de dicha responsabilidad y las posiciones de compromiso existentes en la doctrina. En particular, se retomará lo que se conoce como el modelo constructivista de autorresponsabilidad para brindarle un marco teórico racional a la legislación hoy en día vigente en España. Además, se brindarán reflexiones sobre la mencionada reforma y se intentará demostrar que muchas de las críticas usuales han sido, cuando menos, sobrevaloradas.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas – Responsabilidad de la empresa – Programas de cumplimiento – Constructivismo – Derecho penal empresarial – Culpabilidad – Dogmática penal

Title: Taking Criminal Liability of Legal Persons Seriously: The Culpability of Legal Persons

Abstract

This article analyzes the issue of the criminal liability of legal persons in the Spanish Criminal Law, in particular since the reform of the year 2015. The guiding idea of the analysis is that this liability must be taken seriously, which implies to overcome the positions which negates the possibility of

* Profesor asociado en Derecho Penal (UAM). Socio director, *Corporate Defense*. Contacto: carlos.gomezjara@uam.es.

such liability. In particular, the article takes up from what it is known as the constructivist model of self-responsibility in order to offer a rational theoretical framework to the current law in force in Spain. Furthermore, the article offers some insight on the mentioned reform and it will try to demonstrate that much of the usual criticism has been, at least, overrated.

Keywords: criminal liability of legal persons – corporate liability – compliance programs – constructivism – economic crime – culpability – criminal law theory

Sumario

I. Introducción; II. La culpabilidad de la persona jurídica: estado de la cuestión en España (2010-2014); III. La reforma del código penal (2015); IV. El concepto constructivista de culpabilidad después de una década; V. La mayor aportación del concepto constructivista de culpabilidad: la relevancia de los programas de cumplimiento (*compliance programs*); VI. Corolarios: Culpabilidad de la persona jurídica por establecer una cultura de incumplimiento de la legalidad o por falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad; VII. Bibliografía.

I. Introducción

El título de la presente contribución resultará familiar; parafraseando el conocido título de la decisiva monografía de RONALD DWORKIN —*sc. Taking rights seriously*—[1] pretende llamar la atención sobre la necesidad de tomarse en serio la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante "RPPJ") e ir desarrollando criterios de imputación sobre la base de las categorías desarrolladas para el derecho penal individual.[2] De entre las diferentes formas posibles de realizar dicho desarrollo, varios autores han abogado por el establecimiento de una serie de equivalentes funcionales,[3] si bien, claro está, son posibles otras vías.[4]

[1] DWORKIN, *Taking rights seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1978 [la traducción aquí efectuada no sigue la magnífica traducción española de dicha monografía realizada por Marta GUASTAVINO: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984].

[2] *Servata distantia*, de manera similar a como DWORKIN abogó por la importancia de los derechos individuales en el esquema liberal de interpretación del Derecho [vid. entre muchos PILDES, "Dworkin's Two Conceptions of Rights", en *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, 2000, pp. 309-315], se pretende que los derechos corporativos sirvan de guía a la hora de interpretar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

[3] HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Großrisiken,* Baden-Baden, Nomos, 1995, pp. 271 ss.; más evidente en HEINE, "New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience – or Vice Versa?", *St. Louis-*

En este sentido, un sector importante de los operadores jurídicos —*sc.* la judicatura— se encuentra ante una situación en la cual la doctrina puede propiciar un apoyo decisivo: la introducción de una institución tan novedosa y compleja hace que las contribuciones doctrinales respecto de su hermenéutica adquieran una relevancia notable en las primeras interpretaciones judiciales. No debe desaprovecharse esta oportunidad y, así, pese a las críticas que pueda merecer la institución *per se* —esto es; pese a los motivos para sostener el conocido aforismo *societas delinquere non potest*—[5], lo cierto es que la doctrina tiene mucho que ofrecer para un desarrollo de la referida institución lo más fiel posible a la esencia de las categorías de la teoría del delito.

De entre dichas categorías, entiendo que existe un notable consenso en torno a considerar que la culpabilidad es el principio "por excelencia" del derecho penal.[6] De hecho, la culpabilidad de la persona jurídica y la consiguiente imputabilidad de la persona jurídica se encuentran en el fondo de recientes resoluciones por parte de los tribunales españoles que se tienen que enfrentar a la difícil cuestión —en el sentido dworkiniano de *hard case*—[7] de imponer penas o determinadas

Warsaw Transatlantic Law Journal, 1998, pp. 187 s. GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 51 ss., 248 ss.

[4] En este sentido son especialmente loables los intentos de los partidarios de la teoría de la concepción significativa de la acción desarrollada por VIVES ANTÓN. Vid. especialmente MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte* General, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 607, quien afirma que "la concepción significativa de la acción nos permite un soporte teórico y dogmático adecuado para resolver el problema que plantea la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, construyendo de forma coherente y convincente un concepto de acción y de culpabilidad plenamente válido para estos sujetos de derecho, que es común al que se mantiene para las personas físicas". En sentido similar vid. CARBONELL MATEU, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010", en *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 101, 2010, pp. 5-33; GONZÁLEZ CUSSAC, "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 4, 2013, pp. 3-13.

[5] Vid. por todos la amplia y fundada exposición de GÓMEZ MARTÍN, "Falsa alarma. O por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio 'Societas delinquere non potest'", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 331 ss.

[6] Vid. por todos SCHÜNEMANN, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en: SCHÜNEMANN (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales (estudios en honor de Claus Roxin en su 50. aniversario)* (traducción e introducción a cargo de Jesús María Silva Sánchez), Madrid, Tecnos, 1991, p. 147. En idéntico sentido es "una de las piedras angulares sobre las que descansa nuestro Derecho penal" [KAUFMANN, ***Das Schuldprinzip****: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. 2.ª ed., Heildelberg, Universitätsverlag Winter GmbH, 1976, p. 7]. Resumiendo la controversia e importancia de la culpabilidad en Derecho penal, indica ROXIN que "ninguna categoría penal es tan discutida como la de la culpabilidad, y ninguna es tan imprescindible […] ningún Derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad" [ROXIN, "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, 1996, pp. 479 ss.]. Parafraseando al gran maestro alemán se puede sostener que el derecho penal de las personas jurídicas no puede subsistir sin el principio de culpabilidad de la persona jurídica.

[7] DWORKIN, *supra* nota 1, pp. 81 ss.

medidas cautelares a sociedades-pantalla que carecen de un mínimo sustrato organizativo.[8] Dicha problemática excede, por lo demás, el puro ámbito material y se adentra en la vertiente procesal: si se considera que las sociedades-pantalla son imputables penalmente, deben gozar del estatus de imputado, con los consiguientes derechos y garantías. Proporcionar a los tribunales las herramientas conceptuales necesarias para sostener que las sociedades pantallas, al carecer de un mínimo sustrato organizativo, son inimputables por no contar con capacidad de culpabilidad, constituye una posible contribución de la teoría a la práctica.[9]

En cualquier caso, el objetivo de esta contribución se encuentra más dirigido a los partidarios que a los detractores de la RPPJ. En este sentido, los detractores muestran en muchos casos un rigor desde la teoría jurídica del delito que resulta difícil de observar en las filas de los partidarios de dicha institución. Así, entiendo que no resulta válido remitirse sin más a la regulación del código penal y dar por supuesto su engarce con la teoría jurídica del delito —o no explicitar cómo afecta a cada una de sus categorías—. Tomarse en serio la RPPJ significa desarrollar las referidas categorías para las PJ. Si no, se estará dando la razón, en última instancia, a quienes afirman que la RPPJ no es verdaderamente una responsabilidad *penal*, sino otro tipo de responsabilidad.

Con todo, tenemos la esperanza de que con esta contribución se coincida en que el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial, que se expondrá a continuación, es una buena teoría que aspira a ofrecer soluciones para la práctica[10] sobre la base de categorías asentadas de la teoría jurídica del delito. Y ello porque, como expresó acertadamente Kurt LEWIN, "no hay nada más práctico que una buena teoría".[11]

II. La culpabilidad de la persona jurídica: estado de la cuestión en España (2010-2014)

Con la reforma del código penal en 2010 y la consiguiente introducción explícita de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han sido varias las interpretaciones respecto de la

[8] Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ricardo DE PRADA).
[9] GÓMEZ-JARA, "La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014", *Diario La Ley,* n.º 8341, 2014.
[10] Vid. BAJO FERNÁNDEZ, "La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro", en *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex, 2006, p. 79: "El mérito de la propuesta, a mi juicio, estriba en que se aporta un concepto de culpabilidad empresarial equivalente al de la persona física"; "Las *consecuencias prácticas* de la propuesta son importantes".
[11] LEWIN, *Field Theory in Social Science: Selected Theoretical Papers by Kurt Lewin*, New York City, Harper, 1952, p. 169.

culpabilidad de las personas jurídicas; desde la negación radical de dicha categoría, a la afirmación de un injusto propio y una culpabilidad propia de la persona jurídica, pasando por construcciones intermedias en cierto modo conciliadoras.[12] La clave ha residido, en gran medida, en determinar hasta qué punto la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una responsabilidad por el hecho ajeno de las personas físicas o una responsabilidad por el hecho propio de las personas jurídicas.

Ciertos autores, pese al tenor literal de determinados preceptos del código penal vigente —*sc.* la referencia en el artículo 33.7, CP a que "Las *penas* aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de *graves*"— insisten en la vigencia del aformismo *societas delinquere non potest*.[13] Con diversos matices, cuya exposición excedería el límite de este trabajo, estos autores consideran que el artículo 31 bis, CP establece un sistema de responsabilidad objetiva de la persona jurídica ya que resulta imposible sostener la existencia de una culpabilidad propia —en el sentido jurídico-penal— de la persona jurídica.

Otros autores, de nuevo con importantes matices, consideran que el artículo 31 bis, CP introduce un sistema de transferencia de la responsabilidad penal de la persona física a la persona jurídica.[14] No se trata, por tanto, de interpretar el citado precepto en clave objetiva, sino de determinar los parámetros conforme a los cuales el legislador español establece que la

[12] Vid. la amplia y excelente exposición de GONZÁLEZ SIERRA, *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 113-187. Resumidamente FEIJOO SÁNCHEZ, "Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español", en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, Civitas, 2012, pp. 73-89 indicando en p. 85 que "los tres modelos expuestos no se podrían llegar a considerar como contradictorios en sentido estricto, sino más bien que operan como 'capas de cebolla' o muñecas rusas".

[13] Vid. entre otros, ROBLES PLANAS, "Pena y persona jurídica: Críticas al artículo 31 bis CP", en *Diario La Ley*, n.º 7705, 2011; DEL ROSAL BLASCO, "Responsabilidad penal de empresas y código de buena conducta corporativa", en *Diario La Ley* n.º 7670, 2011; GÓMEZ MARTÍN, *supra* nota 5, pp. 331 ss.; BOLDOVA PASAMAR, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española", en *Estudios Penal y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 219 ss.; PÉREZ ARIAS, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 146 ss.

[14] DÍEZ RIPOLLÉS "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", en *InDret,* 1/2012, "la reforma penal española de 2010 ha optado por el sistema de imputación societaria basado en el modelo de transferencia de responsabilidad"; SOLÉ RAMÓN, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hacia una nueva regulación de la persona jurídica como sujeto activo del Derecho Penal y Procesal Pena", en *Revista General de Derecho Penal,* vol. 13, 2010, p. 21 "ello implica una suerte de transferencia de la culpabilidad del directivo a la persona jurídica". CARDONA TORRES "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Diario La Ley,* n.º 7699 (2011), p. 2. En cierta manera, RODRÍGUEZ MOURULLO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema", en *Abogados*, septiembre 2010, p. 38, si bien crítico con dicha opción legislativa.

responsabilidad penal de la persona física —incluyendo su culpabilidad— que actúa en representación y provecho de la persona jurídica puede transferirse a esta última.

Un nutrido grupo de autores —que puede considerarse doctrina mayoritaria— sí considera posible establecer una culpabilidad propia de la persona jurídica, basando ésta en el denominado defecto de organización (*Organisationsverschulden*). Esta construcción dogmática, de origen germánico,[15] ha calado profundamente en la doctrina española[16] y, conforme a este entendimiento, una vez establecido el "hecho de conexión" entre persona física y jurídica, la culpabilidad de esta última se fundamenta en el defecto de organización entendido como "haberse omitido la adopción de alguna de las medidas de precaución y control que eran exigibles".[17] De esta manera, el injusto de la persona jurídica coincide con el de la persona física,[18] y la culpabilidad con defectos de control por parte de la persona jurídica.

Una última opción trata de distinguir entre el injusto propio de la persona jurídica y la culpabilidad propia de la persona jurídica. Así, por un lado, dicho injusto coincide en gran medida con el defecto de organización[19] y, por otro lado, la culpabilidad de la persona jurídica con la falta

[15] Vid. por todos TIEDEMANN, "Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift*, vol 19, 1988, pp. 1169 ss. [un análisis extenso de dicha construcción en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 3, pp. 150 ss. criticando, precisamente, que la construcción del autor alemán no permite a la persona jurídica quedar exenta de responsabilidad mediante la prueba de una organización correcta (p. 153)].

[16] Vid. entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad criminal de los entes colectivos (personas jurídicas y entes sin personalidad) y de sus directivos y representantes. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; BACIGALUPO, *Compliance y Derecho penal*, Navarra, Aranzadi, 2011; BACIGALUPO SAGGESE, "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", en *Diario La Ley*, n.º 7541; DÍAZ GÓMEZ, "El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 13-08, 2011; GALÁN MUÑOZ, "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la Hetero- y la Autorresponsabilidad", en *Revista General de Derecho Penal*, vol. 16, 2011; GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, 2010, Valladolid, Lex Nova, pp. 66-67; CARBONELL MATEU, *supra* nota 4.

[17] ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad criminal de empresas, fundaciones y asociaciones,* 2008, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 350.

[18] Vid. por todos ZUGALDÍA ESPINAR, *supra* nota 16, p. 40. Igualmente ilustrativo ANDRÉS DÍAZ GÓMEZ, *supra* nota 16, p. 26: "defecto de organización como la no adopción o la adopción defectuosa de un programa de cumplimiento".

[19] Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código penal", en *Diario La Ley* n.º 14962, 2010, "fallo organizativo de la propia persona jurídica"; más desarrollado en GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BANACLOCHE/GÓMEZ-JARA DÍEZ/ZARZALEJOS, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 31 ss., 41 ss.; siguiendo dicho planteamiento FEIJOO SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Navarra, Civitas, 2011, pp. 81 ss. De manera extensa BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de*

de una cultura de cumplimiento de la legalidad.[20] La lógica básica de dicho planteamiento reside en que si distinguimos entre injusto propio y culpabilidad propia respecto de las personas físicas, lo mismo debe exigir un derecho penal garantista para las personas jurídicas. Expresado en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ: este modelo "es más exigente y garantista en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas".[21]

Qué duda cabe de que estas cuatro opciones interpretativas han venido conviviendo estos últimos cuatro años. La ausencia de resoluciones judiciales de enjuiciamiento[22] ha impedido observar por qué planteamiento se decantaban los tribunales. Sin embargo, una cosa parece clara: tomarse en serio la regulación española de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, implica la búsqueda del injusto propio y la culpabilidad propia de las personas jurídicas. Las soluciones intermedias no hacen sino desdibujar el calificativo de "penal" en la institución introducida en el código penal español. Y si bien resulta perfectamente legítimo abogar por su supresión, la dogmática puede (y debe) prestar un importante servicio a la aplicación garantista del derecho penal de las personas jurídicas.

III. La reforma del código penal (2015)

Así las cosas, la reciente reforma del código penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30

responsabilidad penal de las personas jurídicas, Navarra, Civitas, 2012. Muy específico DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español", en *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, vol. 5, 2011, p. 8, situando el defecto de organización en el ámbito del injusto y no la culpabilidad: "el defecto de organización o funcionamiento, ligado al incremento de riesgo, constituye un elemento clave del injusto propio de la persona jurídica".

[20] Vid. CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 3; GÓMEZ-JARA DÍEZ, "La responsabilidad penal…", *supra* nota 19; más desarrollado en GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Aspectos sustantivos…", *supra* nota 19, pp. 44 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *supra* nota 19, pp. 83 ss. De manera extensa BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA, *supra* nota 19.

[21] FEIJOO SÁNCHEZ, *supra* nota 19, p. 82.

[22] En contra de lo sostenido por algunos autores [vid. por todos NIETO MARTÍN, "El artículo 31 bis) del Código penal y las reformas sin estreno", en *Diario La Ley* n.º 8248, 2014], entiendo que la ausencia de sentencias sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas no deriva de que no se hayan producido imputaciones, sino de la tardanza habitual en la tramitación de la instrucción en España —especialmente en lo relativo a la denominada criminalidad de empresa (*Unternehmenskriminalität*) en el sentido de SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *ADPCP*, vol. 44, 1991, pp. 693 ss.—. Dado que la aplicación de la L.O. 5 /2010 sólo podía producirse a hechos acontecidos con posterioridad al 23 de diciembre de 2010, que se trataba de una materia novedosa, y que la tramitación de la instrucción en España en procesos de criminalidad de empresa suele durar varios años, no debiera resultar extraño que no existan sentencias condenando o absolviendo por el artículo 31 bis, CP. Quienes se dedican a la práctica son conscientes de la multitud de procedimientos en los que se han producido imputaciones sobre la base del artículo 31 bis, CP.

de marzo de 2015,[23] se ha tomado ciertamente en serio la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Probablemente, la mayor novedad, vinculada con la culpabilidad propia de la persona jurídica, ha sido establecer que la existencia de los sistemas o programas de *compliance* con anterioridad a la comisión del hecho delictivo pueden, bajo determinadas circunstancias, servir como causa de exención de la responsabilidad.[24]

Ciertamente, la Ley Orgánica deja claro en su exposición de motivos que pretende salir al paso de determinadas interpretaciones que se habían venido haciendo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas —especialmente las contenidas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011—[25] en el sentido de que se trataba de una responsabilidad vicarial. Así, indica que "*Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales*".[26]

No es de extrañar, por tanto, que en tiempos recientes, la Unión Progresista de Fiscales[27] ha considerado que la reforma del código penal (2015) en esta materia ha "consolida(do) un sistema de *irresponsabilidad penal de las (grandes) personas jurídicas*",[28] afirmando, en concreto, que "La Unión Progresista de Fiscales desea mostrar su preocupación por el modo en que la última reforma del código Penal ha regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *asumiendo acríticamente ciertas posiciones dogmáticas de un pequeño sector de la doctrina penal española* que resultan favorables a

[23] Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal. BOE n.º 77, de martes 31 de marzo de 2015, pp. 27061 ss.

[24] Art. 31 bis, 2, CP: "*La persona jurídica quedará* ***exenta*** *de responsabilidad si (…) 1º el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia,* ***antes de la comisión del delito,*** *modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*".

[25] Circular 1/2011, Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010: "Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema ***vicarial*** *o de transferencia" (p. 33)*, Conclusión Segunda: "En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo **vicarial**, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas personas físicas siempre que concurran las específicas condiciones a las que se refiere el precepto aludido" (pp. 107 ss.).

[26] Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal. BOE n.º 77, de Martes 31 de marzo de 2015, p. 27063.

[27] XXX CONGRESO DE LA UNIÓN PROGRESISTA DE FISCALES. CONCLUSIONES FINALES. 5 y 6 de junio de 2015, Palma de Mallorca.

[28] *Supra* nota 27, p. 13.

un concreto *lobby* en el que se combinan los intereses de las compañías multinacionales y los grandes despachos de abogados".[29]

Más allá del comprensible enfado por parte de representantes de una agrupación de fiscales —que probablemente han visto en la reforma una contradicción abierta a lo pregonado en la Circular—, lo cierto es que también algunos autores han criticado la reforma porque "el objetivo de la nueva modificación parece destinado a hacer casi imposible la imputación de personas jurídicas así como a favorecer el consumo de catálogos de normas de conductas o programas de prevención, cuya sola existencia puede actuar como cortafuegos bastante para evitar que la actuación de individuos concretos cualquiera que sea su poder decisor, pueda transferir la responsabilidad penal al ente en cuyo interés actúan".[30] Ciertamente, no pueden compartirse las incisivas, si bien fundadas, críticas que se efectúan a la reforma. Así, no parece que los derroteros que seguirá la práctica judicial española vayan camino de excluir de forma automática la RPPJ por el simple hecho de contar con un sistema de *compliance*. Los requisitos exigidos por el código penal para dicha exención son elevados y —como indicaremos más adelante— no sólo afectan al injusto de la persona jurídica —control de riesgo—, sino también a su culpabilidad —cultura de cumplimiento—. Por lo demás, se observa claramente que las exigencias del código penal no se satisfacen con la mera presentación de un código de conducta por parte de la persona jurídica, sino que se exige que, en el momento de comisión de los hechos, se encuentre implementado un efectivo sistema de gestión de *compliance*.

Sea como fuere, algún autor sigue sosteniendo que, con posterioridad a la reforma 2015, el código penal contiene un modelo de transferencia, lo cual se compagina difícilmente con el hecho de que la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad de la persona física —si es autónoma, no cabe hablar de transferencia— y que la persona física sigue

[29] Ibid. Resulta difícil discernir si dicha afirmación está dirigida al planteamiento sostenido en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, donde los tres autores nos mostrábamos claramente proclives a la relevancia de los programas de cumplimiento para exonerar de responsabilidad a las personas jurídicas imputadas. Vid. ya hace una década, sobre los programas de cumplimiento como causas de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 3, pp. 261 ss.

[30] QUINTERO OLIVARES, "Estudio Preliminar", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Navarra, Aranzandi, p. 47. Continúa el citado autor indicando que "todo apunta a que se ha impuesto el criterio de sectores empresariales o de la abogacía empresarial". Asimismo, manifiesta que la reforma "cuenta con el cálido y entusiasta apoyo del pequeño sector doctrinal fascinado por el mundo de las '*compliance*', que claramente ve en la Reforma el refrendo de sus anhelos". Desarrolla ampliamente dichas críticas en QUINTERO OLIVARES, "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, pp. 77-83, 87.

respondiendo penalmente por su participación en esos hechos —difícilmente puede hablarse de transferencia de responsabilidad cuando sigue respondiendo—.

Sin embargo, entendemos que la reforma operada, viene, al contrario de lo manifestado anteriormente, a (i) actualizar la normativa española a los estándares internacionales en la materia; (ii) proporcionar mayor seguridad jurídica para los destinatarios de la norma penal; (iii) incentivar la prevención y detección de actividades delictivas en el seno de las personas jurídicas. En resumidas cuentas, se da un paso hacia la eficacia y justicia de la regulación española en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

(i) Refiriendo únicamente el contexto europeo[31] —apuntado por las referidas Conclusiones—[32], por sólo citar algunos ejemplos, en Bélgica las personas jurídicas no responderán penalmente si han tenido una diligencia debida en la contratación y control de la persona física que comete el delito y el delito no se ha producido como consecuencia de un sistema de control defectuoso[33]. Por su parte, el sistema italiano[34] —que ha servido en gran medida de inspiración para la reforma del código penal español (2015)— es sumamente conocido por la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica si se han adoptado modelos organizativos adecuados de control. A su vez, en un sistema tan claramente vicarial como el francés, la existencia de procedimientos y sistemas de control adecuados son tomados en consideración por los tribunales franceses.[35] Finalmente, en el Reino Unido los programas de *compliance* han alcanzado una relevancia notable para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas a partir de la conocida *UK Bribery Act* (2010).[36] Si el análisis se extiende más allá del

[31] Igualmente significativo resulta no sólo la evolución en el contexto anglosajón, sino muy especialmente el reciente desarrollo en el ámbito de estandarización internacional. Así, recientemente la *International Organization for Standarization* [ISO] ha publicado un estándar internacional —la ISO 19.600 *Compliance Management Systems (Guidelines)* [La versión española: UNE 19.600 —Sistemas de gestión de *Compliance*. Directrices]— donde se abordan con detalle los contenidos fundamentales de —como su propio nombre indica— un sistema de gestión de *compliance*. Resulta fácil advertir una relación entre la mayor relevancia de esos sistemas en los modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la necesidad de estandarizar en el internacional cuáles son los contenidos indispensables.

[32] Conclusiones, p. 13.

[33] Vid. en general RAMKISOON, "Belgium", en GOBERT/PASCAL (eds.,), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, 2011, pp. 214 ss.

[34] Vid. DE MAGLIE, "Italy", en GOBERT/PASCAL (eds.,), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, 2011, pp. 252 ss.

[35] Vid. BEAUVAIS, "France", en GOBERT/PASCAL (eds.,), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, 2011, pp. 240 ss.

[36] Vid. JAMES GOBERT, "UK", en GOBERT/PASCAL (eds.,), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, 2011, pp. 315 ss.

ámbito europeo, la referida tendencia se consolida de forma aun más evidente.[37]

(ii) En cuanto a la seguridad jurídica, son dos al menos los ámbitos en los que esta característica se ve afianzada por la Reforma. Por un lado, al establecer claramente que la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad si, de manera anterior a los hechos delictivos, hubiera establecido un modelo adecuado de prevención y detección de delitos —junto con los otros requisitos indicados anteriormente— se evita tener que recurrir a interpretaciones teleológicas —*sc.* causa de exención supralegal— para adecuar el texto legal a los principios jurídico-penales. Por otro lado, la especificación —siquiera rudimentaria— de los elementos básicos de dicho modelo coadyuva a la seguridad jurídica en tanto que proporciona a las personas jurídicas una guía básica de los requisitos mínimos e indispensables que debe tener el modelo citado. Ciertamente, puede afirmarse que dicha especificación resulta una materia un tanto extraña en el código penal y que resultaría más adecuada su introducción en la normativa administrativa. Sin embargo, dicha inclusión en el código penal no parece tan irrazonable si se tiene en cuenta que, a diferencia de otros ordenamientos, no se optó por una Ley penal especial para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se introdujo directamente en el código penal. Siendo esa la opción inicial del legislador español, no debiera resultar tan extraño que los elementos del modelo hayan sido introducidos igualmente en el código penal.

(iii) Por último, difícilmente puede dudarse que la especificación de los elementos básicos del modelo y la posibilidad de quedar exenta de responsabilidad en determinadas circunstancias incentiva a las personas jurídicas a adoptar dichos modelos de prevención y detección de delitos sin esperar a que se produzca una imputación jurídico-penal. Conforme al tenor literal del código penal 2010, la persona jurídica no tenía incentivo claro para adoptar los modelos con anterioridad a la comisión de un hecho delictivo, sino con anterioridad a la apertura del juicio oral. La atenuante del artículo 31 bis, 4, d, CP operaba si se hubieran adoptado los modelos "con posterioridad a la comisión del delito (…) y antes del juicio oral". La reforma 2015 distingue, por tanto, donde es justicia distinguir: entre aquellas personas jurídicas que han institucionalizado una cultura de cumplimiento de la legalidad sin necesidad de que se haya cometido un delito, y aquellas que esperan a la comisión de un hecho delictivo para establecer dicha cultura. No puede

[37] Vid. sobre la situación en los Estados Unidos de América, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La responsabilidad penal de las empresas en EE.UU.*, Madrid, Universitaria Ramón Areces, 2006; en general, PIETH/ IVORY, "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", en *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht *et al.*, Springer, 2011, pp. 3 ss. con abundantes referencias.

considerarse que dos personas jurídicas tienen la misma disposición jurídica frente al Derecho cuando una goza de una cultura de cumplimiento de la legalidad en el momento de comisión del delito y la otra, por el contrario, no.

Así las cosas, la Reforma centra la atención en la organización (injusto) y cultura (culpabilidad) de la persona jurídica en el momento de comisión de los hechos delictivos para determinar si éstos le pueden ser imputados. Este hecho tiene una especial relevancia desde el punto de vista de la culpabilidad, puesto que profundiza en el carácter "propio" de dicha institución cuando se refiere a la persona jurídica y, en definitiva, se aleja de las interpretaciones que abogan por la hetero-responsabilidad de la persona jurídica. Con ello se avanza, en cierta medida, en la línea propuesta por el concepto constructivista.

IV. El concepto constructivista de culpabilidad después de una década

Tras la formulación del concepto constructivista de culpabilidad en el año 2005, dos parecen ser los núcleos de las críticas que, entre los partidarios en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han erigido en contra del referido concepto: por un lado, se critica la adopción del paradigma de la teoría de sistemas sociales autopoiéticos; por otro lado, se critica que para su desarrollo se ha fundamentado en una determinada interpretación del concepto de culpabilidad de la persona física elaborado por JAKOBS.[38] Pues bien, las siguientes páginas se dedican a aportar nuevos puntos de vista a dichas críticas con la esperanza de tender puentes a quienes consideren que, en esencia, la culpabilidad de la persona jurídica está vinculada a la cultura de la persona jurídica respecto del cumplimiento de la legalidad.

En lo que hace a la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos deben realizarse una serie de advertencias que quizás coadyuven a la asimilación del concepto constructivista de culpabilidad de

[38] Vid. por todos ZUGALDÍA ESPINAR, *supra* nota 17, 2008, pp. 150 ss., 158; ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 277: "en la medida que no se comparta esta visión funcionalista sistémica del ordenamiento jurídico, se hace muy difícil aceptar que la empresa pueda ser reconocida en las relaciones de responsabilidad en los mismos términos que los individuos, al menos desde la perspectiva presentada". Sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, conviene precisar desde este momento que el modelo constructivista parte, como su nombre indica, de una visión constructivista del ordenamiento jurídico que, ciertamente, se nutre de determinados postulados de la denominada "visión funcional-sistémica" pero que, igualmente evidente, no resulta coincidente con la misma, lo cual, entendemos, queda claramente reflejado en que el mayor exponente de esta última, Günther JAKOBS, es un detractor de la responsabilidad penal de la persona jurídica [vid. JAKOBS, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?" (traducción a cargo de Percy GARCÍA CAVERO), en: GARCÍA CAVERO (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, ARA, 2002, pp. 65 ss.].

la persona jurídica. Así, en primer lugar, la denominación del concepto proviene de la teoría del conocimiento que subyace a dicha formulación: el constructivismo. El punto de partida consiste en afirmar que la realidad social —y, en consecuencia, la realidad jurídica— es construida y no inmanente. Dicho planteamiento, ciertamente, no es exclusivo del denominado constructivismo operativo[39] y, por tanto, se pueden alcanzar puntos de partida similares desde otras teorías del conocimiento contemporáneas.[40] El motivo de optar por el constructivismo operativo propio de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos reside en que —a nuestro juicio— proporciona la descripción más precisa y coherente del fenómeno social en su totalidad.[41]

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se dispone de una teoría coherente de cómo el sistema jurídico (Derecho), el sistema organizativo (persona jurídica) y el sistema psicofísico (individuo) gozan, en determinadas circunstancias, de una autorreferencialidad propia[42] y, a continuación, se observa cómo se interrelacionan en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica.[43] La autorreferencialidad y autodeterminación del individuo no parecen plantear mayores objeciones en el ámbito de la doctrina penal, siendo, probablemente, la autorreferencialidad de los otros dos sistemas sociales la que mayores dudas suscita. Pues bien, en lo que respecta a la autorreferencialidad de las personas jurídicas —*sc.* organizaciones empresariales—, no sólo son varias las construcciones de la dogmática penal[44] que ya se han

[39] Vid. didáctico, LUHMANN, "The cognitive program of Constructivism and the Reality that Remains Unkown", en KROHN *et al.* (eds.,), *Selforganization: Portrait of a Scientific Revolution,* Dordrecht, Reidel, 1991, pp. 64 ss.; CHRISTIS, "Luhmann's Theory of Knowledge: Beyond Realism and Constructivism?", *Soziale Systeme*, vol. 7, 2001, pp. 328 ss.

[40] Especialmente relevantes en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas son las aportaciones de MARTÍNEZ-BUJÁN, *supra* nota 4, sobre la base del concepto de acción significativa de VIVÉS ANTÓN. Sobre la relación entre la filosofía analítica del lenguaje y el constructivismo operativo vid. PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal,* Barcelona, Bosch, 2005.

[41] Para una panorámica global vid. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997.

[42] Vid. en términos generales TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1988. Sin perjuicio de ulteriores matices, conviene tener presente que el desarrollo del modelo constructivista de autorreponsabilidad penal de las personas jurídicas sigue en gran medida los planteamientos de Gunther TEUBNER.

[43] Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 3; "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 8, 2006.

[44] Vid. BOTTKE, "Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen ‚strafmündig' werden? Bermerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland", en *wistra*, vol. 16, 1997, pp. 251 con nota 94, 253; *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995, pp. 49, 310 con nota 1002 entre otros lugares; "La actual discusión sobre las finalidades de la pena", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 42 s.; HEINE, *supra* nota 3, pp. 79 s.; Lampe, "Systemsunrecht und Unrechtssysteme", en *ZStW*, vol. 106, 1994, pp. 690 s.; LÜTOLF, *Strafbarkeit der juristischen Person*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, Cap. III; ROGALL, "§ 30", en BOUJONG (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2.ªed., Múnich, C.H. Beck, 2000, § 30/10; ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 81 ss.; SCHWINGE,

mostrado tendentes a esta última —especialmente, BERND SCHÜNEMANN—[45], sino que son numerosas las teorías de la organización (*Organization Science*) y teorías del management (*Management Theory*) que —*sin partir de la teoría de sistemas luhmanniana o teubneriana*— abogan por la autorreferencialidad y autoorganización de las organizaciones empresariales complejas.[46] Qué duda cabe, resulta imposible sostener fundadamente la culpabilidad de la persona jurídica si no se le reconoce a ésta una capacidad de autoorganización y autodeterminación.

Por lo que respecta al Derecho, son igualmente numerosas las teorías del Derecho —especialmente desde la perspectiva sociológica— que sostienen una determinada autorreferencialidad del sistema jurídico.[47] Ello, por supuesto, con mayor o menor grado de heterorreferencialidad dependiendo del planteamiento concreto. Lo relevante a estos efectos es que la dogmática penal tradicional ha asignado al sistema jurídico un alto grado de autorreferencialidad a la hora de asignar un ámbito normativo de *libertad* a los sujetos a los que se realiza una imputación penal.[48] Probablemente, la manifestación más reciente y evidente de cuanto antecede es la defensa de la doctrina penal frente a los avances de las neurociencias.[49]

Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts, Pfaffenweiler, Centaurus, 1996, pp. 206 ss.; BACIGALUPO SAGGESE, *Responsabilidad* penal *de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 359 ss.; "La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho Penal" en *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 67, 1999, pp. 25 ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, 2.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 223 s.

[45] Vid. ya su contribución al Libro Homenaje a Klaus TIEDEMANN [SCHÜNEMANN, en: AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1995, pp. 572, 579] y, con posterioridad, en 1996, sus dos contribuciones a la obra colectiva sobre criminalidad empresarial [SCHÜNEMANN (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität*, 1996, p. 132 "ello se puede a su vez [..] explicar mediante la representación de que la empresa es un *sistema autopoiético*"; pp. 168, 170 "ha tomado como fundamento legitimador [..] la teoría de los sistemas autopoiéticos limitada"; con posterioridad SCHÜNEMANN, "Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities", en: ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, Friburgo de Brisgova, Iuscrim, 1999, p. 230 señalaba que "el único concepto que queda para justificar un verdadero Derecho penal corporativo es el modelo de la teoría de sistemas"].

[46] Vid. las referencias en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 43.

[47] Vid. por todos las contribuciones de TEUBNER (aut.)/GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, para ulteriores referencias.

[48] Como indica un autor tan poco sospechoso de asumir postulados teórico-sistémicos como ROXIN, *supra* nota 6 y *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Madrid, Civitas, 2006, n.º m. 19/36 ss. el concepto de libertad con el que trabaja el derecho penal es una "proposición normativa".

[49] De manera desarrollada, con ulteriores referencias, FEIJOO SÁNCHEZ, "Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?", *InDret* 2/2011, "La libertad de la que hablamos los juristas como fundamento de un Derecho penal de la culpabilidad no es la mera posibilidad fáctica de actuar de otra manera en un momento concreto, sino una *creación social*" (p. 13); "la idea de responsabilidad (…) es de naturaleza *adscriptiva* de acuerdo con reglas que tienen que ver con la

Expresado en términos sencillos: no resulta necesario recurrir a la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos para compartir los postulados del concepto constructivista de culpabilidad de las personas jurídicas. Se pueden alcanzar los mismos resultados desde teorías *no* sistémicas de la organización/*management* que acentúan la autorreferencialidad de las organizaciones empresariales en conjunción con teorías *no* sistémicas del Derecho que acentúen la autorreferencialidad el sistema jurídico. La ventaja de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos es que permite enmarcar ambas teorías —*sc.* de la organización y del Derecho— en el seno de una teoría global de la sociedad, dotándolas, además, de una base filosófica sólida, anclada en una determinada teoría del conocimiento —*sc.* el constructivismo— .

Adentrándonos ya en las críticas como consecuencia de la adopción de determinados postulados de la teoría de la culpabilidad de JAKOBS, lo cierto es que un análisis pormenorizado de dichos postulados arroja como resultado que éstos han sido igualmente sostenidos por autores tan poco "sospechosos" como Urs KINDHÄUSER[50] o Klaus GÜNTHER.[51] Si bien resulta comprensible que, a la vista de la polémica suscitada por determinadas teorías del gran maestro alemán,[52] se caiga en la tentación de desacreditar cualquier planteamiento que se base en parte en alguno de sus postulados, un análisis desapasionado del contenido concreto de tales planteamientos muestra cómo los mismos elementos se encuentran presentes en construcciones dogmáticas modernas que gozan de una notable aceptación.[53]

configuración valorativa o normativa de la sociedad, es decir, conforme a criterios estrictamente normativos de imputación" (p. 21).

[50] KINDHÄUSER, "La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad" (traducción de Percy GARCÍA CAVERO), en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, Ciencias Jurídicas, 1999, pp. 185 ss.

[51] GÜNTHER, "Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson", BRUNKHORST/NIESEN (eds.), *Das Recht der Republik*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1999, pp. 83 ss.; "Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft", PRITTWITZ / MANOLEDAKIS, (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jarhtausendwende. Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 27 ss. Especialmente relevante GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermman, 2005.

[52] Especialmente las relativas al derecho penal del enemigo [vid. en general las contribuciones del propio JAKOBS y otros autores en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Civitas, 2006]. Para una crítica desde los postulados que sostienen el concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Normatividad del ciudadano vs. facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal", en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, pp. 977 ss.

[53] GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 3, pp. 286 ss.

Así, sostener que la culpabilidad del sujeto está relacionada con el grado de disposición jurídica interna, que existe una relación entre libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias o que el reproche penal propio de la culpabilidad se vincula a la posibilidad de cuestionamiento de la norma por medios constitucionalmente legítimos no parecen constituir postulados especialmente polémicos, sino más bien razonables.[54] Por supuesto que existen críticas, pero éstas no deben recaer en el mensajero, sino en el mensaje.

Los mayores problemas —y, este sentido, las críticas certeras lo advierten— deben plantearse a la hora de afirmar dichos postulados respecto de las personas jurídicas. Afirmar, como lo hace el concepto constructivista de culpabilidad, que la disposición jurídica interna de la persona jurídica reside en su cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad, que la libertad *normativa* de organización reside en su capacidad de autoorganización, autorregulación y autodeterminación, y que, en fin, su capacidad de cuestionamiento de la vigencia de la norma viene dada por las posibilidades que le ofrece su estatus de ciudadano corporativo son afirmaciones que no son inmunes a la crítica.

En este sentido, no puede dejar de resaltarse cómo otro gran maestro alemán del derecho penal, BERND SCHÜNEMANN, precisamente incide en la imposibilidad, a su juicio, de sostener dichas afirmaciones respecto de la persona jurídica.[55] Sin embargo, y pese a que resultaría fácil para dicho autor desdeñar cualquier construcción jurídico-penal basada en determinados postulados de las teorías de GÜNTHER JAKOBS que tanto ha criticado, SCHÜNEMANN, lejos de abogar por dicha aproximación, centra su crítica, fundamentalmente, en que la autorreferencialidad de la persona jurídica no alcanza el grado suficiente para ser considerado un destinatario de la norma penal y que el concepto de ciudadano corporativo es un concepto social sin la suficiente base político-legal.[56]

---

[54] Vid. BAJO FERNÁNDEZ, "¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEAC sobre el artículo 179 LGT", en *ADPCP*, vol. LXIV, 2011, pp. 11 ss.; "La responsabilidad penal colectiva", en *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 98, 2009, pp. 31 ss.

[55] SCHÜNEMANN, "Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en SIEBER/DANNECKER/KINDHÄUSER/VOGEL/WALTER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Tiedemann*, Colonia, Heymanns, 2008, pp. 429 ss. [versión española: "La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal", en: ONTIVEROS, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 497 ss.]; "Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie", en *ZIS*, vol. 1, 2014, pp. 1 ss.

[56] En la dogmática española no puede dejar de referirse el idénticamente loable modo de proceder del acérrimo detractor de la responsabilidad penal de la persona jurídica, GRACIA MARTÍN, quien analiza postulados [vid. GRACIA MARTÍN, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BOIX REIG (Dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid,

Con independencia de que existen argumentos para rebatir dichas críticas,[57] lo cierto es que, como se ha indicado, inciden de lleno en lo que debe ser el debate sobre la culpabilidad de la persona jurídica. Tal y como ya señaló en el año 2008 el informe encargado por el Representante Especial del Secretario General de la ONU en materia en derechos humanos y corporativos,[58] ya entonces se percibía una tendencia —principalmente en los países anglosajones— hacia el establecimiento de una posibilidad de defensa para las empresas mediante la prueba de que en el momento de los hechos contaban con una cultura corporativa adecuada.[59] El concepto constructivista de culpabilidad empresarial únicamente pretende, a partir de una determinada teoría del conocimiento —*sc.* constructivismo— y de determinadas concepciones normativistas —*sc.* comunicativas— del derecho penal, proporcionar una base sólida para el anclaje de esta tendencia en el esquema tradicional de la teoría del delito. Con ello se intenta contribuir al necesario debate no sólo sobre el *si*, sino también sobre el *cómo* debe responder penalmente una persona jurídica.

V. La mayor aportación del concepto constructivista de culpabilidad: la relevancia de los programas de cumplimiento (*compliance programs*)

Visto en retrospectiva, probablemente la mayor aportación del concepto constructivista fue introducir en la discusión española sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas la

Iustel, 2008, pp. 805 ss.] y rebate [LUIS GRACIA MARTÍN, "La naturaleza jurídico-civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad 'penal' de las personas jurídicas", en: GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (eds.), *Dogmática del Derecho penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann*, t. II, Lima, Gaceta Penal & Procesal Penal, 2014, pp. 107 ss.] el planteamiento del modelo constructivista de culpabilidad por la coherencia de sus argumentos. Así, las amables palabras de este insigne penalista en relación con el habitual proceder de algunos partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sentido de no tomarse en serio las objeciones de la dogmática tradicional en contra de esta institución [íd, nota 54: "No obstante, en lo que concierne al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe reconocerse como una excepción a ese rechazable modo de proceder, sobre todo al trabajo valioso de Gómez-Jara, pues este autor sí se ha tomado en serio a los argumentos contrarios, y ha tratado de rebatirlos, si bien a mi juicio infructuosamente; véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005"] son igualmente predicables de sus certeros y rigurosos planteamientos al respecto.

[57] Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Las personas jurídicas como destinatarios de las normas penales: un diálogo con el profesor Schünemann", en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (eds.), *Dogmática del Derecho penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann*, t., 2014, pp. 89 ss.

[58] CORPORATE CULTURE AS A BASIS FOR THE CRIMINAL LIABILITY OF CORPORATIONS. Report to the United Nations Special Representative of the Secretary General for Business and Human Rights. Febrero, 2008.

[59] No en vano, en la citada ISO 19.600 se otorga una importancia decisiva al tipo de cultura de la organización. Así, se dedica un apartado extenso —el 7.3.2.3— a la cultura de *compliance* haciendo notar cómo es indispensable que se "haga sostenible introduciéndola en la cultura de la organización".

relevancia de los denominados programas de cumplimiento (*compliance programs*).[60] Hasta esa fecha, y por lo que se alcanza a ver, dichos programas habían pasado desapercibidos en la doctrina penal española y no se había profundizado en la repercusión que deberían tener a la hora de imputar o no imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Ciertamente alentada por la regulación propuesta en el Anteproyecto de reforma del código penal presentada en 2006 —donde ya se hacía referencia a las medidas de prevención y detección de delitos—, la doctrina penal española comenzó a prestar atención a los *compliance programs*,[61] coincidiendo en mayor o menor medida con los planteamientos avanzados por el concepto constructivista de culpabilidad empresarial. Tras la entrada en vigor de la Reforma del código penal en 2010, son numerosos los autores que han coincidido en que dichos programas son relevantes para el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, analizando igualmente su importancia para otros ámbitos del derecho penal.[62]

Ya en nuestro planteamiento inicial se afirmaba que los programas de cumplimiento efectivo (*Effective Compliance Programs*) debían fungir como causas de exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.[63] El legislador español dio un primer paso hacia el reconocimiento de su relevancia en la Reforma de 2010 al establecer que éstos fungían como una atenuante si se implementaban con posterioridad a los hechos delictivos y antes del juicio oral —permitiendo, por tanto, la interpretación de que si existían con anterioridad a la comisión de los hechos, pudieran considerarse como causas de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas—. El siguiente paso, aun más decisivo, ha venido de la mano de la Reforma de 2015 al establecer jurídico-positivamente que, bajo determinadas circunstancias, constituyen causas de exención.

[60] GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 3, pp. 253 ss.
[61] Vid. por todos ZUGALDÍA ESPINAR, *supra* nota 17, pp. 226 ss.; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008.
[62] Vid. por todos las contribuciones en GÓMEZ COLOMER/ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2013; SILVA SÁNCHEZ, *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013; KUHLEN/MONTIEL/ORTÍZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013; MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Responsabilidad penal de la empresa y Compliance. Programas de prevención y detección y reacción penal*, Madrid, Edisofer, 2014; PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Madrid, Dykinson, 2014; NIETO MARTÍN *et al.*, *Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
[63] Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 3, pp. 43, 253 ss.

Como ya se ha expuesto en otro lugar,[64] los sistemas de *compliance* tienen dos vertientes: una referida al control organizativo —vinculada, en nuestra concepción, a la dimensión del injusto de la persona jurídica— y otra referida a la cultura organizativa —vinculada, de nuevo según nuestro criterio, al ámbito de la culpabilidad de la persona jurídica—. Al igual que ocurre en el derecho penal individual, los conceptos de injusto y culpabilidad se encuentran estrechamente relacionados en el derecho penal empresarial.

En efecto, tomando como referencia el estándar internacional en materia de *compliance* —la ISO 19.600— se puede observar que el contenido de los elementos básicos de los sistemas de *compliance* toman como referencia, por un lado, los parámetros clásicos del *risk management*. No en vano, la ISO 19.600 resulta plenamente compatible —como allí mismo se explicita— con el estándar internacional en la materia: la ISO 31.000 [*risk management*]. Pero, por otro lado, los sistemas de *compliance* van más allá del mero control del riesgo y se vinculan con la existencia de una verdadera cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad. Estas dos dimensiones —*sc.* control del riesgo y cultura de cumplimiento de la legalidad— encuentran una vinculación relativamente fácil de trazar con los conceptos de injusto y de culpabilidad de la persona jurídica.

En lo que hace a la dimensión del injusto de la persona jurídica, tanto el código penal como la ISO 19.600 contienen elementos claramente referidos al control o *management* del riesgo. Así, el código penal hace referencia a "medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión" (art. 31 bis. 2, CP) o a la identificación de "actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos" (art. 31 bis, 5.1.º, CP). Por su parte, la ISO 19.600, en su apartado 4.6, refiere la identificación, análisis y evaluación de los riesgos de *compliance* de manera paralela a los apartados 5.4.2, 5.4.3 y 5.4.4. de la ISO 31.000.

En lo relativo a la dimensión de culpabilidad de la persona jurídica, de nuevo el código penal y la ISO 19.600 refieren a determinados elementos que van más allá del estricto control del riesgo y que ahondan en el ámbito de la cultura de cumplimiento. En este sentido, el código penal hace referencia a cuestiones tales como "modelos de gestión de los recursos financieros", "la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos", el "sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas" o la "modificación cuando se pongan de

[64] Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, Civitas, 2012, pp. 137 ss., 173 ss.

manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones" (art. 31 bis, 5, CP) claramente vinculados con la cultura de cumplimiento de la legalidad imperante en una PJ. Por su parte, la ISO 19.600 es muy explícita a la hora de indicar que "Compliance *es el resultado de que una organización cumpla con sus obligaciones, y se hace sostenible introduciéndola en la cultura de la organización*", que "Compliance *se sostiene a través de su integración en la cultura de una organización*" y que, en el apartado dedicado específicamente a "*7.3.2.3 Cultura de* compliance", se establece que:

La existencia de una cultura de compliance *se mide por el grado en que:*

[…]

– los empleados entienden la relevancia de las obligaciones de compliance *relativas a sus propias actividades y a las de sus unidades de negocio;*

– la remediación de los incumplimientos se asumen y se gestionan en todos los niveles de la organización cuando sea necesario;

– se valora el papel de la función de compliance *y sus objetivos;*

– se permite y se anima a los empleados a que comuniquen sus preocupaciones de compliance *al nivel adecuado de la dirección.*

VI. Corolarios: Culpabilidad de la persona jurídica por establecer una cultura de incumplimiento de la legalidad o por falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad

Más allá de las críticas y aportaciones apuntadas anteriormente, algunos autores han considerado que esta postura restringe excesivamente "las posibilidades sancionatorias", dado que quedan "reducidas al ámbito de lo excepcional", pues "una cultura tal es más propia de las organizaciones criminales que de las personas jurídicas que operan en el mercado y que excepcionalmente incurren en un delito".[65] Por ello, se ha matizado el concepto constructivista de culpabilidad indicando que resulta más razonable fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en "su disposición jurídica en el momento del hecho", expresiva no de la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, sino de la falta de (o carencias que presenta en la entidad) esa "cultura de cumplimiento de la legalidad" que le es legal e individualmente exigible.[66]

[65] GÓMEZ TOMILLO, "Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, vol. 25, 2011, p. 71; coincidente DE LA CUESTA ARZAMENDI, *supra* nota 19, p. 9.

[66] FEIJOO SÁNCHEZ, *supra* nota 19, pp. 107-109; coincidente DE LA CUESTA ARZAMENDI, *supra* nota 19, p. 9.

En consecuencia, autores como FEIJOO SÁNCHEZ y DE LA CUESTA coinciden con el planteamiento aquí expuesto en que el concepto clave a la hora de analizar la culpabilidad de la persona jurídica es la cultura empresarial; en lo que difieren sería en la formulación —*sc.* en lugar de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad son partidarios de una falta de cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad—. Así las cosas, entendemos que, en la actualidad, a la vista de las obligaciones de *compliance* (cumplimiento de la legalidad) dirigidas a las empresas, *la falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad equivale a una cultura de incumplimiento de la legalidad*.[67]

Ciertamente pudiera argumentarse que la ausencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad puede que, en ocasiones, no equivalga a una cultura de incumplimiento de la legalidad. Sin embargo, dado que los ordenamientos jurídicos imponen obligaciones de *compliance* a las personas jurídicas, la indiferencia frente al Derecho debido a la ausencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad resulta igualmente reprochable. Precisamente porque las organizaciones empresariales complejas se constituyen en garantes del cumplimiento de la legalidad, la carencia de una adecuada cultura de cumplimiento de la legalidad conlleva el aislamiento del ámbito de la organización frente al Derecho —y, en este sentido, una cultura de incumplimiento de la legalidad—.[68]

Sea como fuere, lo decisivo —tal y como explicita el estándar internacional en materia de *compliance*, la ISO 19.600— es que la organización institucionalice una cultura de *compliance* —esto es: de cumplimiento de la legalidad— puesto que ello es lo que acredita su fidelidad al Derecho. Su carencia, por tanto, muestra una falta de fidelidad al Derecho o falta de disposición jurídica que merece el reproche de culpabilidad característico del derecho penal.

VII. Bibliografía

ARTAZA VARELA, Osvaldo, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

[67] Como se ha indicado en numerosos trabajos, el concepto constructivista de culpabilidad parte de que la culpabilidad refleja la "falta de fidelidad al Derecho" y, precisamente por ello, los programas de cumplimiento pueden fungir como "causas de exclusión de la culpabilidad empresarial"; de tal manera, que "el ciudadano corporativo fiel al Derecho es el que ha institucionalizado una cultura empresarial de cumplimiento del Derecho" [vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 3, *passim*].
[68] Vid. STONE, *Where the Law Ends*, Nueva York City, Harper & Rows, 1975; referencias en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 3, pp. 251 s.

BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y Derecho penal*, Navarra, Aranzadi, 2011.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, "La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho Penal" en *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 67, 1999, pp. 11-36.

—"Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP), en *Diario La Ley*, Número 7541, de 5 de enero de 2011.

— *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEAC sobre el artículo 179 LGT", en *ADPCP*, vol. LXIV, 2011, pp. 11-29.

— "La responsabilidad penal colectiva", *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 98, 2009, pp. 31-70.

— "La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro", en AA.VV., *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex, 2006.

BAJO FERNÁNDEZ, Bernardo/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo/GÓMEZ-JARA, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, Civitas, 2012.

BEAUVAIS, Pascual, "France", en GOBERT, James / PASCAL, Ana-María (eds.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Abingdon/Nueva York, Routledge, 2011.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española", en *Estudios Penal y Criminológicos,* vol. XXXIII, 2013.

BOTTKE, Wilfried, "Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen ‚strafmündig' werden? Bermerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland", en *wistra*, vol. 16, 1997, pp. 241-253.

—"La actual discusión sobre las finalidades de la pena", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997

— *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995

"La actual discusión sobre las finalidades de la pena", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997

CANCIO MELIÁ, Manuel/ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Civitas, 2006.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010", en *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 101, 2010, pp. 5-33.

CARDONA TORRES, Juan, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Diario La Ley,* n.º 7699, 2011.

CHRISTIS, Jac, "Luhmann's Theory of Knowledge: Beyond Realism and Constructivism?", en *Soziale Systeme,* vol. 7, 2001, pp. 328–349.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español", en *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal,* vol. 5, 2011, pp. 1-29.

DE MAGLIE, Cristina, "Italy", en GOBERT, James / PASCAL, Ana-María (eds.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Abingdon/Nueva York, Routledge, 2011.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "Responsabilidad penal de empresas y código de buena conducta corporativa", en *Diario La Ley,* n.º 7670, 2011.

DÍAZ GÓMEZ, Andrés, "El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 13-08, 2011, pp. 1-28.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", en *InDret,* 1/2012, 2012. Disponible en www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/260787/347969 [enlace verificado el 12 de mayo de 2016].

DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1978.

—, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español", en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo / GÓMEZ-JARA, Carlos, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, Civitas, 2012.

— "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Navarra, Civitas, 2011.

— "Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?", en en *InDret,* 2/2011, 2011. Disponible en www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/241338/323929 [enlace verificado el 12 de mayo de 2016].

GALÁN MUÑOZ, Alfonso, "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la Hetero- y la Autorresponsabilidad", en *Revista General de Derecho Penal*, vol. 16 2011.

GOBERT, James, "UK", en GOBERT, James / PASCAL, Ana-María (eds.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Abingdon/Nueva York, Routledge, 2011.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2013.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, "La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014", en *Diario La Ley,* n.º 8341, 2014.

— "Las personas jurídicas como destinatarios de las normas penales: un diálogo con el professor Schünemann", en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique et al. (eds.), *Dogmática del Derecho penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann,* t. II, Lima, 2014.

— "Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BANACLOCHE, Julio/GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos/ZARZALEJOS, Jesús, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, La Ley, 2011.

— "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código penal", en *Diario La Ley,* n.º 14962, 2010.

— "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* vol. 8, 2006, pp. 1-27.

— *La responsabilidad penal de las empresas en EE.UU.*, Madrid, Universitaria Ramón Areces, 2006.

— *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Falsa alarma. O por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio 'Societas delinquere non potest'", en MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 331-383.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, vol. 25, 2011, pp. 43-84.

— *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 4, 2013, pp. 3-13.

GONZÁLEZ SIERRA, Pablo, *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis, "La naturaleza jurídico-civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad 'penal' de las personas jurídicas", en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique et al. (eds.), *Dogmática del Derecho penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann,* t. II, Lima, Gaceta Penal & Procesal Penal, 2014.

— "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BOIX REIG, Francisco (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, Iustel, 2008.

GÜNTHER, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermman, 2005.

— "Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft", en PRITTWITZ, Cornelius/ MANOLEDAKIS, Ioannis (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jarhtausendwende. Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

— "Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson", en BRUNKHORST, Hauke/ NIESEN, Peter (eds.), *Das Recht der Republik*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1999.

HEINE, Günter, "New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience – or Vice Versa?", en *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal,* 1998.

— *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Großrisiken,* Baden-Baden, Nomos, 1995.

JAKOBS, Günther, "¿Punibilidad de las personas jurídicas?" (traducción a cargo de Percy GARCÍA CAVERO), en GARCÍA CAVERO, Percy (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, ARA, 2002.

KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.ª ed., Heildelberg, Universitätsverlag Winter GmbH, 1976.

KINDHÄUSER, Urs, "La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad" (traducción de Percy GARCÍA CAVERO), en LUZÓN PEÑA, Diego/MIR PUIG, Santiago (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, Ciencias Jurídicas, 1999.

KUHLEN, Lothar/MONTIEL, Juan Pablo/ORTÍZ DE URBINA, Iñigo (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

LAMPE, Ernst-Joachim, "Systemsunrecht und Unrechtssysteme", en *ZStW*, vol. 106, 1994, pp. 723-735.

LEWIN, Kurt, *Field Theory in Social Science: Selected Theoretical Papers by Kurt Lewin*, New York City, Harper, 1952.

LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997.

— "The cognitive program of Constructivism and the Reality that Remains Unkown", en KROHN *et al.* (eds.), *Selforganization: Portrait of a Scientific Revolution,* Dordrecht, Reidel, 1991.

LÜTOLF, Sandra, *Strafbarkeit der juristischen Person*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, Cap. III

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

— *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentzu (dirs.), *Responsabilidad penal de la empresa y Compliance. Programas de prevención y detección y reacción penal*, Madrid, Edisofer, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán, "El artículo 31 bis) del Código penal y las reformas sin estreno", en *Diario La Ley,* n.º 8248, 2014.

— *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán *et al.*, *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

PALMA HERRERA, José Manuel (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Madrid, Dykinson, 2014.

PÉREZ ARIAS, Jacinto, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Madrid, Dykinson, 2014.

PIETH, Mark/IVORY, Radha, "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", en PIETH, Mark/IVORY, Radha (eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht *et al.*, Springer, 2011.

PILDES, Richard H., "Dworkin's Two Conceptions of Rights", en *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, 2000, pp. 309-315.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica la función del Derecho penal,* Barcelona, Bosch, 2005.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO (dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Navarra, Aranzadi, 2015.

RAMKISOON, Melanie, "Belgium", en GOBERT, James / PASCAL, Ana-María (eds.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, Abingdon/Nueva York, Routledge, 2011.

ROBLES PLANAS, Ricardo, "Pena y persona jurídica: Críticas al artículo 31 bis CP", en *Diario La Ley,* n.º 7705, 2011.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema", en *Abogados*, vol. 62, 2010.

ROGALL, "§ 30" en BOUJONG (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2000.

ROTSCH, Thomas, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 1998,

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General* (traducción de la 2ª ed. a cargo de Diego LUZÓN PEÑA ET AL), t. I, Madrid, Civitas, 2006.

— "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, 1996, pp. 479-497.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie", en *ZIS,* vol. 1, 2014, pp. 1-18.

— "Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en SIEBER ET AL (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Tiedemann*, Colonia, Heymanns, 2008 [versión española: "La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal", en ONTIVEROS, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013].

— "Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities", en ESER, Albin/HEINE, Günter/HUBER, Bárbara (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, Friburgo de Brisgova, Iuscrim, 1999.

— *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht, Bd. III Unternehmenskriminalität*, Colonia *et al.*, Heymans, 1996.

— "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea" en AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1995.

— "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en SCHÜNEMANN (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50. aniversario* (traducción a cargo de Jesús María SILVA SÁNCHEZ), Madrid, Tecnos, 1991.

— "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *ADPCP*, vol. 44, 1991, pp. 529-558.

SCHWINGE, Christina, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1996

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013.

SOLÉ RAMÓN, Ana María, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hacia una nueva regulación de la persona jurídica como sujeto activo del Derecho Penal y Procesal Penal", en *Revista General de Derecho Penal,* vol. 13, 2010.

STONE, Christopher, *Where the Law Ends*, Nueva York City, Harper & Rows, 1975.

TEUBNER, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1988

TEUBNER, Gunther (aut.) / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

TIEDEMANN, KLAUS, "Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift,* vol 19, 1988, pp. 1173.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad criminal de los entes colectivos (personas jurídicas y entes sin personalidad) y de sus directivos y representantes. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

— *La responsabilidad criminal de empresas, fundaciones y asociaciones,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, 2.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2003.

¿ES EL AUTOLAVADO DE DINERO UN DELITO POSTERIOR CO-PENADO?

Alejandra VERDE*

Fecha de recepción: 3 de mayo de 2016
Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2016

Resumen

A partir de la última reforma legislativa sobre lavado de dinero en Argentina, dejó de excluirse del círculo de autores de ese delito a quienes hubieran sido autores o partícipes del delito precedente, por lo que ahora el denominado "autolavado" es una conducta típica. De ello, sin embargo, no se sigue sin más su punibilidad. Muchos autores, de hecho, afirman que el autolavado, aunque sea típico, no es punible porque, respecto del delito precedente, constituiría un delito posterior co-penado, cuya punición autónoma implicaría vulnerar el *ne bis in idem*. Aquí sostendré y fundamentaré la tesis de que el autolavado no es un delito posterior co-penado por el delito precedente, y que en consecuencia, si se quiere insistir con la idea de su impunidad, deberá fundársela en otro argumento.

Palabras claves: Autolavado de dinero – Delito posterior co-penado – Concurso de leyes – Bien jurídico protegido – Administración de justicia

Title: Is self-laundering a subsequent co-penalized act?

Abstract

Since the last legislative reform on money laundering in Argentina, perpetrators or accessories of the original crime are no longer excluded from the scope of punishable perpetrators. Therefore, the so-called "self-laundering" is a criminalized offense in Argentina. However, punishment does not follow from this premise. In fact, many academics affirm that, even though it is a criminalized offense, self-laundering is not punishable because, in relation with the former offense, it would constitute a subsequent co-penalized act, whose autonomous punishment would imply the violation of the *ne bis in idem* rule. In this article, I will uphold and support the thesis that self-laundering is not a subsequent co-penalized act and, consequently, the idea of impunity should be based on another argument.

Keywords: Money Self-Laundering – Subsequent Co-penalized Act – Concursus delictorum – Legally Protected Interests – Justice Administration

Sumario

I. Introducción; II. Una aproximación al nuevo tipo penal de lavado de dinero en Argentina; 1. Antecedentes; 2. Características centrales; 3. El problema: ¿punibilidad independiente del autolavado; III. El delito posterior co-penado: nociones básicas; IV. Algunas precisiones sobre los presupuestos del delito posterior co-penado; 1. Presupuestos consensuados; 2. Presupuestos discutidos; V. El bien jurídico afectado por el delito precedente y por el lavado de dinero; 1. Aclaración preliminar; 2. El bien jurídico afectado por el delito precedente; 3. El bien jurídico afectado por el lavado de dinero; VI. ¿Es el autolavado un delito posterior co-penado por el delito precedente?; VII. Conclusión; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En junio de 2011 se sancionó en Argentina la ley n.° 26.683, por medio de la cual se modificó la ubicación en el código penal y el texto de los enunciados normativos que prohíben el lavado de dinero en Argentina. Ello trajo como consecuencia la necesidad de una nueva interpretación de este delito en nuestro país, ajustada a su nueva regulación legal. Estas reformas han despertado, además, el interés de varios juristas argentinos, que se dedicaron a su estudio.[1]

En las páginas siguientes no pretendo, sin embargo, dedicarme a mostrar todos los cambios operados por medio de esa reforma legislativa, ni cómo debe interpretarse *ahora*, según la nueva regulación, al delito de lavado de dinero en Argentina, ni mucho menos en qué debería consistir, de *lege ferenda*, el delito de lavado de dinero. Por razones de espacio, sólo voy a analizar *una* de las

* Doctoranda por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), ex-becaria doctoral CONICET y ex-becaria del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Contacto: alececiverde@gmail.com.

[1] Véase, entre otros, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015; BLANCO, "Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos", en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* La Ley, Buenos Aires, septiembre 2011, pp. 229-245; D'ÁLBORA, *Lavado de dinero*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011; TROVATO, "El delito de lavado de dinero y el GAFI", en *DPI Cuántico. Derecho integral*, 2014. Disponible en internet en https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/05/doctrina23.5.14.pdf [enlace verificado el día 5 de junio de 2016]; TROVATO, "Comentario al art. 303 del Código Penal", en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias*, t. XII, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pp. 565 ss.

novedades introducidas por esta reforma, a saber: la tipicidad y punibilidad del denominado "autolavado".

Lo que me interesa es analizar si el autolavado, tal como hoy es concebido en la legislación y en la literatura argentina, puede ser interpretado como un delito posterior co-penado. Si ello fuese factible, habrá que concluir, obviamente, que es incorrecta su punición. Pero si se llegase a la conclusión contraria, de ella no se seguiría, sin más, que es correcto o incorrecto punir el autolavado. Porque si lo que se pretendiese fuese justificar su punición, decir que el autolavado no es un delito posterior co-penado no sería una razón suficiente para ello. Y asimismo porque, no obstante concluirse que el autolavado no es un delito posterior co-penado, bien podría insistirse con la tesis de la corrección de la impunidad, sólo que por una razón diferente a la que brinda el argumento del delito posterior co-penado.

Para llevar a cabo ese análisis, en primer lugar, voy a explicar brevemente en qué consiste la conducta de lavado de dinero conforme a la legislación argentina actual y a la literatura allí dominante, y cuáles fueron los principales cambios que trajo aparejada dicha reforma. En segundo lugar, explicaré en qué consiste el instituto del delito posterior co-penado y cuáles son los presupuestos que deberían darse para poder aplicarlo al comportamiento del autolavado de dinero. En este contexto voy a analizar y criticar los argumentos de los que se vale la doctrina —no sólo argentina sino también alemana (por su indiscutible influencia en el derecho penal argentino)— para concluir que el autolavado es un delito posterior co-penado y que, por ello, no debe castigarse al autor del delito anterior que, luego, realiza el tipo penal de lavado de dinero.

II. Una aproximación al nuevo tipo penal de lavado de dinero en Argentina

1. Antecedentes

El delito de lavado de dinero fue introducido en el CP argentino por medio de la ley 25.246, sancionada el 13 de abril de 2000 y promulgada el 5 de mayo del mismo año. En esa oportunidad se tipificó al lavado de dinero inmediatamente después del delito de encubrimiento,[2] es decir, en el art. 278. Desde entonces hasta la reforma de 2011, el lavado de dinero estuvo regulado en Argentina entre los delitos contra la administración pública, más específicamente (según la

[2] En Argentina los delitos de favorecimiento personal, favorecimiento real y receptación se encuentran tipificados en un único artículo, el art. 277, CP, entre los delitos contra la administración pública.

opinión dominante) como un delito contra la administración de justicia, al igual que las conductas de encubrimiento y receptación. Durante la vigencia de dicha ley, los actualmente denominados "autolavado" y "lavado menor" no eran comportamientos punibles,[3] por lo menos como tales.

Por "autolavado" debe entenderse a las conductas de lavado de dinero que son llevadas a cabo por la misma persona que cometió o que participó en el delito anterior. Por su parte, la denominación "lavado menor" se aplica ahora (en Argentina) a los comportamientos típicos de lavado que implican sumas de dinero menores a las establecidas por el legislador en el tipo penal que describe esa conducta.

El 1° de junio de 2011, como ya dije, se sancionó la ley 26.683, por medio de la cual se derogó dicho artículo 278, CP y se introdujeron los artículos 303, 304 y 305, bajo el nuevo título XIII, denominado "Delitos contra el orden económico y financiero", y allí se reguló al lavado de dinero. El legislador consideró que los comportamientos constitutivos de esta ilicitud no conforman un delito contra la administración de justicia (por lo menos, no principalmente), sino uno de índole patrimonial. Según dicha tesis, además, ese patrimonio no debe ser entendido como un bien jurídico individual sino como uno colectivo. El delito de lavado de dinero pasa así a formar parte, legislativamente incluso, del derecho penal económico. Ahora bien, que el bien jurídico protegido por medio de la prohibición del lavado de dinero sea el orden económico y financiero, no es algo evidente. Al contrario: pienso que esa decisión legislativa es bastante cuestionable. Ello, no obstante, no será objeto de discusión en este trabajo.

Actualmente, el delito de lavado de dinero se encuentra (principalmente) regulado en el artículo 303, CP. En este trabajo sólo es de interés su inciso 1°, que reza como sigue:

"Artículo 303: 1) Será reprimido con prisión de tres a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de

[3] Respecto del autolavado, en el citado artículo 278, CP (ley 25.246) se excluía expresamente del círculo posible de autores de lavado de dinero al que hubiera participado en el delito anterior del cual proviene el dinero o los bienes que se "lavan".

pesos trescientos mil ($ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí".

2. Características centrales

En lo que interesa para el presente trabajo, puede decirse que las principales particularidades del tipo penal que se acaba de transcribir son las siguientes:

a) Las conductas típicas de lavado de dinero son: convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular o poner en circulación de cualquier otro modo, en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal. Ello tiene que haber sido realizado con ánimo de que el origen de esos bienes o de sus subrogantes adquieran apariencia de legitimidad.

b) Al no excluirse del círculo de los autores del lavado de dinero a los autores o partícipes del delito anterior (como lo hacía expresamente la ley derogada), lo que resulta es que el delito de lavado de dinero puede ser cometido por cualquier persona que efectúe alguna de las acciones típicas prescriptas en la norma, incluso cuando ellas sean realizadas por el autor o por algún partícipe del delito anterior. Esta novedad es central a los efectos de lo que pretendo analizar aquí.

c) El ilícito anterior, del cual surge el dinero que posteriormente va a ser introducido en el mercado, puede ser de cualquier clase, porque, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, como por ejemplo en Alemania, Chile y Colombia, el legislador argentino no introdujo un catálogo cerrado de delitos precedentes a partir de los cuales pueda configurarse el lavado de dinero.

d) Otra novedad que introdujo dicha reforma legislativa consiste en que el inciso primero del artículo transcripto (que es nada menos que el que describe la conducta en la que consiste el lavado de dinero penalmente típico) no constituye la figura simple de este delito, sino una forma agravada de él. El tipo penal básico de lavado de dinero está regulado ahora en el cuarto inciso del artículo 303, CP, es decir, luego de dos formas agravadas de dicho comportamiento.

3. El problema: ¿punibilidad independiente del autolavado?

Con base en lo anterior, lo que me interesa trabajar a continuación es únicamente la cuestión de la punibilidad de un interviniente en un delito anterior que, luego, lleva a cabo alguna de las conductas típicas de lavado de dinero. Esto es precisamente lo que comúnmente se denomina "autolavado".

Como se pudo ver, es claro que ahora, a diferencia de lo que ocurría cuando estaba vigente la legislación anterior en Argentina, el autolavado es una conducta típica. Está en discusión, sin embargo, si a quien la realiza debe serle aplicada una pena por el delito anterior y otra independiente por el lavado de dinero posterior.[4] Porque si se considerara que el autolavado es un delito posterior co-penado por el ilícito anterior, entonces la *punibilidad* de aquél quedará sometida a las reglas del concurso de leyes, pues a ellas remite, en definitiva, la categoría conceptual de "delito posterior co-penado", como enseguida podrá apreciarse con claridad.

En efecto, asumir que el autolavado, ahora típico en Argentina, no merece un castigo autónomo, diferente al previsto para el delito anterior, requiere poder afirmar que ese (auto) lavado de dinero ya se encuentra castigado por la pena prevista para el delito previo, es decir, que está "co-penado" por aquélla. Ello es de hecho lo que sostiene la doctrina alemana (y alguna literatura argentina que la sigue)[5] para justificar la exclusión (legal) del autor del delito anterior del círculo de los autores posibles del delito de lavado de dinero.

A continuación, voy a analizar, en primer lugar, en qué consisten y cuáles son los presupuestos básicos del instituto del delito posterior co-penado. En segundo lugar, y a partir de las conclusiones que arroje ese análisis previo, voy a precisar cuáles son las características concretas que *deberían* darse en el autolavado para que pueda afirmarse que la pena para ese comportamiento posterior ya se encuentra prevista en la del delito anterior y que, por tanto, de castigarse a una persona por ambos delitos de manera independiente, se violaría el principio *ne bis in idem*. Finalmente, voy a indagar si, en virtud de todo lo anterior, es posible afirmar que el autolavado, tal como está regulado en Argentina y lo que se entiende por él, es o no un delito posterior co-penado por medio de la pena prevista para el hecho previo.

III. El delito posterior co-penado: nociones básicas

[4] Véase al respecto CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 69.
[5] Véase, por todos, CÓRDOBA, *supra* nota 4, pp. 67 ss.

Al delito posterior co-penado se lo suele definir como "una conducta independiente, antijurídica y culpable, que realiza el tipo de una norma penal, por medio de la cual el autor del delito anterior asegura, aprovecha o utiliza el resultado de ese delito previo o la posición conseguida por medio de él".[6] Para hacerlo más explícito, la idea de delito posterior co-penado presupone que una misma persona lleve a cabo dos comportamientos en dos momentos diferentes,[7] aunque relacionados entre sí, y que cada uno de ellos realice un tipo penal, pero que al autor sólo se le imponga el castigo previsto para el que realizó primero, porque se considera que éste, por las razones que se expondrán a continuación, contiene al castigo del segundo.

En palabras de PEÑARANDA RAMOS, "lo que caracteriza a tales actos es que, siendo en sí mismos punibles, dejan de castigarse aisladamente, sin embargo, porque su contenido disvalioso aparece ya abarcado por el otro hecho realizado con anterioridad, y en esa medida resultan suficientemente sancionados ('copenados') con la punición de ésta".[8]

La opinión dominante sostiene que el delito posterior co-penado es una categoría del concurso de leyes y la mayoría de los autores lo considera, particularmente, un caso de consunción de normas.[9] Estas cuestiones se encuentran, no obstante, muy discutidas. Se afirma que la relación que existe entre el delito posterior y el anterior, a diferencia de otras formas de concurso de leyes, no es lógico-formal sino valorativa. La postura mayoritaria al respecto infiere la

[6] RISSING-VAN SAAN, "vor § 52", en *LK-StGB*, 12.ª ed., Berlin, De Gruyter, 2006, n.º m. 151, p. 1334. En el mismo sentido: BGHSt 38, sentencia dictada por el BGH n.° 5 StR 517/92, dictada el 17 de octubre de 1992, p. 369; FISCHER, "vor § 52", en *FISCHER-StGB*, 61.ª ed., Múnich, Beck, 2014, n.º m. 65, p. 470; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, Múnich, Beck, 2003, § 33 V, n.º m. 219 ss., pp. 861 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 43.ª ed., Heidelberg y otra, Müller, 2013, § 17 IV, n.º m. 795, p. 334; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, § 69 II 3 a, p. 736; GEPPERT, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)", en *Jura*, 1982, pp. 418-429, p. 428.

[7] Sobre la necesaria distancia temporal entre las conductas involucradas véase, por todos, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, el error y la participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Madrid, Civitas, 1991, p. 154.

[8] PEÑARANDA RAMOS, *supra* nota 6, p. 154.

[9] Así STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, "vor §§ 52 ss.", en *S/S-StGB*, 29.ª ed., Múnich, Beck, 2014, n.º m. 104, p. 873, n.º m. 124, p. 877, n.º m. 129 ss., pp. 879 ss.; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, "§§ 52", en *MK-StGB*, Múnich, Beck, 2005, n.º m. 49, p. 29, nm 56 ss., p. 34 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 6, § 69 II 3 a, p. 736 (sólo respecto del delito posterior co-penado); OTTO, *Die Struktur des strafrectlichen Vermögensschützes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, p. 276; VOGLER, "Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit", en *Festschrift für Bockelmann*, Múnich, Beck, 1977, pp. 715-736, p. 735; GEERDS, *Zur Lehre der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburgo, Hansischer Gildenverlag, 1961, p. 205 s.; HONIG, *Straflose Vor und Nachtat*, Leipzig, A. Deichert, 1927, p. 81; BGHSt 6, sentencia del BGH n.° 4 StR 807/53, dictada el 22/04/1954, p. 57; *Bankrott als mitbestrafte Nachtat. §283 I Nr. 1*, sentencia dictada por el BGH n.° 3StR 348/86, con fecha 24/09/1986, Neue Zeitschrift für Strafrecht, Beck, München y otra, 1987, p. 23.

existencia de una relación típica entre diferentes conductas de la idea de que el autor de un hecho va a *tener que* cometer también el posterior, si quiere conservar los beneficios obtenidos por medio de ese delito anterior,[10] o si para él la realización del primero tuvo algún sentido.[11]

A modo de ejemplo: el hurto, el robo o la estafa no tendrían ningún sentido si la cosa ilícitamente obtenida por medio del hecho típico no puede luego ser aprovechada por el autor,[12] es decir, si éste no pudiera usarla o sacar algún provecho a partir de esa posesión antijurídica.[13] Pero resulta que ese aprovechamiento constituye en sí mismo otro delito. Así, verbigracia, quien hurta una botella de vino para beberlo, al beberlo comete un delito de daño, pero ese daño no se castiga con una pena independiente, sino que se considera que está co-penado por el castigo del hurto. Por lo tanto, la idea de delito posterior co-penado exige una valoración de las circunstancias del "hecho" globalmente entendido y en concreto, de manera tal que, a partir de dicha valoración, no resulte que esa conducta posterior punible represente un ilícito propio, es decir, que no quede completamente abarcado en el del hecho anterior.[14]

Se considera, en efecto, que el castigo que le corresponde al autor (de ambos hechos) respecto del delito posterior está compensado o retribuido por medio de la pena prevista para el delito anterior, que de algún modo lo contiene.[15] Por medio de la aplicación de las reglas del delito posterior co-penado se quiere evitar, por tanto, el doble castigo a un mismo ilícito (prohibición de la doble valoración: *Doppelverwertungsverbot*).[16] Y esto es precisamente lo que caracteriza al concurso de leyes.[17]

---

[10] Véase JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 6, § 69 II 3 a, p. 736.
[11] Véase GEPPERT, *supra* nota 6, cit., § 17 IV, n.º m. 795, p. 334.
[12] Véase, entre muchos, LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 27.ª ed., Múnich, Beck, 2011, vor 52, n.º m. 32; pp. 366 s.
[13] Véase WESSELS/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 6, § 17 IV, n.º m. 795, p. 334; ROXIN, *supra* nota 6, § 33 V, n.º m. 225, p. 863; OTTO, "Mitbestrafte Nachtat, straflose Nachtat und nicht strafbares Verhalten", en *Jura*, 1994, p. 277.
[14] Véase FISCHER-StGB, *supra* nota 6, n.º m. 65, p. 470; RISSING-VAN SAAN, "vor § 52" en LK-StGB, *supra* nota 6, n.º m. 151, p. 1334; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 6, § 69 II 3 a, p. 736; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 6, § 17 IV, n.º m. 795, p. 334; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Colonia y otras, Carl Heymanns, 1976, n.º m. 1193, p. 323; OTTO, *supra* nota 13, p. 276; HÖPER, *Die Mitbestrafte Vor- und Nachtat*, Kiel, Univ. Diss, 1997, pp. 31 ss.
[15] Véase BGHSt 38, p. 369; OTTO, *supra* nota 13, p. 276; HÖPER, *supra* nota 14, pp. 31 ss.
[16] Véase GEPPERT, *supra* nota 6, p. 428; HÖPER, *supra* nota 14, p. 1; VOGLER, *supra* nota 9, pp. 721 s.; STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, *supra* nota 9, n.º m. 129, p. 879. Sobre el principio del *ne bis in idem*, véase, por todos, MAÑALICH, Juan Pablo, "El principio del *ne bis in idem* en el derecho penal chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15, Santiago de Chile, 2011, pp. 139-169.
[17] Véase, entre muchos, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín *et al.*, De Gruyter, 1991, §31, n.º m. 12, p. 866.

Cabe aclarar entonces que, cuando se sostiene que el delito posterior co-penado es "impune", salvo que se considere a esta categoría como propia de un concurso *real* de delitos[18] (lo que a mi entender es incorrecto), no se quiere decir con ello que el autor no recibirá castigo alguno por su comportamiento posterior, sino que ese castigo está contenido en el previsto para el delito previo,[19] con el que conforma una unidad de valoración típica.[20]

Por razones de espacio no voy a tratar aquí las cuestiones relativas al concurso de leyes ni a la delimitación entre unidad y pluralidad de hechos.[21] Basta con decir que sólo podrá considerarse que el delito posterior co-penado es una forma de concurso de leyes si se acepta, por un lado, que el concurso de leyes no implica *necesariamente* una relación lógico-formal entre las dos normas en las que recae un hecho.[22] Y, por otro lado, si se acepta que puede existir un concurso de leyes en casos de pluralidad de hechos, los que *prima facie* configuran más de un tipo penal, pero un único delito si se los analiza global y valorativamente.[23] Esto es lo que se conoce como *unidad de acción valorativa* (*Bewertungseinheit*).[24]

Para poder analizar si el autolavado de dinero es un delito posterior co-penado por medio de la pena prevista para el delito anterior, resulta necesario precisar algunas cuestiones relativas a los presupuestos del delito posterior co-penado.

---

[18] Esta postura, excepcional en la doctrina, básicamente considera que, dado que se trata de dos comportamientos típicos configurados por dos conductas diferentes, que ocurrieron en momentos distintos, ya no se puede hablar de concurso de leyes ni de concurso ideal *stricto sensu*. La mayoría de los autores que adhieren a esta postura consideran que el delito posterior co-penado es un "concurso real aparente", porque, aunque se encuentren involucrados dos comportamientos que realizan dos tipos penales diferentes, el posterior va a ser considerado atípico y, por ello, impune. Véase HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., Berlín *et al.*, Walter de Gruyter, 1988, p. 394 s.; WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zur materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen" (§ 28 StGB)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, pp. 254 ss.

[19] Véase, por todos, PALMA HERRERA, *Los actos copenados*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 19. Esta postura es dominante en Alemania. Por todos, véase, ROXIN, *supra* nota 6, § 33 V, n.º m. 173, p. 847.

[20] Sobre la diferencia entre acto co-penado y acto impune, véase, por todos, PEÑARANDA RAMOS, *supra* nota 7, pp. 185 s.; PALMA HERRERA, *supra* nota 19, pp. 15 ss.

[21] Sobre estos temas, véase, entre muchos, ROXIN, *supra* nota 6, § 33 V, pp. 795ss.; GEERDS, *supra* nota 9, pp. 156 s.; JAKOBS, *supra* nota 17, § 31, pp. 861 ss.; CARAMUTI, *Concurso de delitos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010; PEÑARANDA RAMOS, *supra* nota 7; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, *supra* nota 9, pp. 6 ss.

[22] Véase, entre muchos, PALMA HERRERA, *supra* nota 19, pp. 39 ss.; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, *supra* nota 9, n.º m. 25, p. 17.

[23] Véase PALMA HERRERA, *supra* nota 19, p. 122.

[24] Véase ROXIN, *supra* nota 6, § 33 V, n.º m. 19, p. 801; BGHSt 30, sentencia del BGH n.° 2StR 618/80, dictada el 07 de enero de 1981, p. 31; BGHSt 40, sentencia del BGH GSSt 2 y 3/93, dictada el 3 de mayo de 1993, p. 165.

IV. Algunas precisiones sobre los presupuestos del delito posterior co-penado

En Alemania (donde se desarrolló esta categoría dogmática), la postura mayoritaria considera co-penado al delito posterior si se dan los siguientes presupuestos: a) que una misma persona cometa dos delitos en forma sucesiva; b) que el segundo delito haya sido cometido con el fin de utilizar, asegurar o aprovechar el resultado del delito anterior; c) que el delito posterior no afecte un bien jurídico diferente al que lesiona el delito anterior; d) que el damnificado por ambas conductas delictivas sea la misma persona; y e) que el delito posterior no aumente cualitativamente el daño más allá del causado por el hecho previo.[25]

1. Presupuestos consensuados

En relación con los dos primeros requisitos prácticamente no hay opiniones discrepantes. Por mi parte, con alguna matización respecto de la idea de que el aseguramiento del delito anterior sea una conducta incluida ya en el castigo previsto para él, acuerdo con esta postura mayoritaria.

No se discute en la doctrina que, para que exista un delito posterior co-penado, es necesario que una persona haya realizado más de una conducta, en momentos diferentes, que ambas sean típicas y que entre ellas no exista una relación lógico-conceptual. El delito posterior co-penado exige un delito anterior, junto con el cual conforma un único ilícito (una unidad de valoración típica), pero no porque se trate de un delito complejo que requiere de varios actos, los cuales, por separado, también son típicos, sino porque el delito anterior consume al posterior, y ello mismo ocurre respecto del castigo.

En otras palabras, el delito posterior forma parte del ilícito realizado por medio del delito anterior. Esta es la razón por la cual, si se castiga al autor dos veces, es decir, de manera autónoma por el delito anterior y por el posterior, se lo estaría castigando más de una vez por haber

[25] En la jurisprudencia, véase RGSt 38, sentencia n.° Rep. 589/05, dictada por el RG 3 StR con fecha 16/10/1905, p. 193; RGSt 49, sentencia n.° I 795/14, dictada por el RG, 1 StR, con fecha 12/11/1914, p. 18; RGSt 49, sentencia n.° II 814/15, dictada por el RG, 2 StR, con fecha 15/02/1916, p. 407 s.; RGSt 60, sentencia n.° III 646/26, dictada por el RG 3 StR con fecha 07/10/1926, p. 374; BGHSt 5, sentencia n.° 4 StR 445/53, dictada por el BGH con fecha 04/02/1954, p. 297; BGHSt 38, p. 369. En la doctrina, véase STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, *supra* nota 9, n.º m. 131, p. 879; FISCHER, *supra* nota 6, n.º m. 65, p. 470; STRATENWERTH, *supra* nota 14, p. 323; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 6, § 69 II 3 a, p. 736; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 6, § 17 IV, n.º m. 795, p. 334; GEPPERT, *supra* nota 6, p. 428; GEERDS, *supra* nota 9, pp. 210 s.; *Bankrott als mitbestrafte Nachtat. §283 I Nr. 1*, BGH sentencia 3StR 348/86, dictada con fecha 24/09/1986, NStZ, Beck, München y otra, 1987, p. 23.

cometido un único ilícito,[26] y se violaría por tanto el *ne bis in idem*. Por eso la opinión mayoritaria, a la que adhiero en este punto, afirma que, para que exista un concurso de leyes, no es decisivo que el autor haya realizado una única o varias conductas, sino que lo esencial es que haya realizado *un único ilícito*.[27]

Ello significa, en concreto, que el hecho posterior (co-penado) tiene que ser un delito que tenga como finalidad darle un sentido al delito anterior, es decir —como se dijo—, que se trate de una conducta que asegure, utilice o aproveche el resultado o la posición ilícita adquirida por medio de la comisión del hecho temporalmente previo.[28] Los límites de tal aprovechamiento o aseguramiento van a estar dados por los demás requisitos del delito posterior co-penado. A mi modo de ver, y como lo fundamentaré luego, sólo habrá delito posterior co-penado en casos muy puntuales que, bajo determinadas circunstancias, significan principalmente el uso o el aprovechamiento *de los objetos* o *de la posición jurídica* obtenida por medio del delito precedente.

En lo que se refiere al aseguramiento *del delito* anterior, cuando ello es llevado a cabo por el autor de ese hecho, la situación es más compleja. Se trata de los supuestos de auto-favorecimiento personal y auto-favorecimiento real. En el primer caso, es decir, si tal aseguramiento tiene como finalidad protegerse de la investigación policial o judicial, evitar la condena o el castigo, tales conductas estarían permitidas por razones diferentes a las del concurso de leyes y, por tanto, a las del delito posterior co-penado. Concretamente, por imperio del derecho de defensa, o del *nemo tenetur*, y porque el autor o partícipe del delito anterior se encuentra en una especie de estado de necesidad tras la comisión de un delito y la actividad persecutoria estatal.[29]

Ahora bien, si ese aseguramiento se refiere a las *cosas* obtenidas mediante el delito previo (auto-favorecimiento real), sólo va a poder afirmarse la impunidad de tal comportamiento si éste no realiza otro ilícito diferente al del delito anterior. Si bien el autor del delito precedente no está

[26] Véase, por todos, PALMA HERRERA, *supra* nota 19, p. 137.

[27] Así, RISSING-VAN SAAN, "vor § 52" en LK-StGB, *supra* nota 6, n.º m. 152, p. 1335; VOGLER, *supra* nota 9, pp. 721 ss.; KRAUβ, *Zum Begriff der straflosen Nachtat*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), Hamburgo, Decker, 1965, p. 177; STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, *supra* nota 9, n.º m. 129, p. 879; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, PPU, 1990, p. 736. PALMA HERRERA, *supra* nota 19, p. 122.

[28] Véase, entre muchos, RISSING-VAN SAAN, "vor § 52" en *LK-StGB*, *supra* nota 6, n.º m. 151, p. 1334; BGHSt 38, p. 369; FISCHER, *supra* nota 6, n.º m. 65, p. 470; ROXIN, *supra* nota 6, § 33 V, n.º m. 219 ss., pp. 861 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 6, § 17 IV, n.º m. 795, p. 334; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 6, § 69 II 3 a, p. 736; GEPPERT, *supra* nota 6, p. 428; GEERDS, *supra* nota 9, pp. 206 s.

[29] Véase, entre muchos otros, STREE, "§ 258", en *S/S-StGB*, Múnich, Beck, 2006, n.º m. 33, p. 2142; ALTENHAIN, "§ 258", en *NK-StGB*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, n.º m. 15, p. 1535.

obligado a colaborar con la justicia ni para que su hecho sea descubierto, ni para que se le puedan decomisar las cosas que no le pertenecen, etc., que ese aseguramiento sea un delito posterior co-penado con el hecho previo deberá analizarse en el caso concreto y teniéndose en cuenta los presupuestos del instituto en cuestión.

2. Presupuestos discutidos

En lo que respecta a los tres presupuestos restantes del delito posterior co-penado, la situación no es tan pacífica en la doctrina. Por mi parte, considero que es correcta la opinión dominante que exige identidad del bien jurídico que lesionan ambos delitos. Simplemente porque no podría sostenerse que una lesión a un bien jurídico diferente queda abarcada por el ilícito del delito anterior.

JAKOBS, que expresamente afirma esto mismo, considera que sólo hay dos grupos de casos en los que se puede dar un delito posterior co-penado, a saber: en delitos que afecten el patrimonio y la propiedad, por un lado, y en delitos de duración o en los que se da la particularidad de que, una vez consumado el delito anterior, permanece la obligación de impedir el resultado lesivo o de hacer que cesen sus efectos, por el otro.[30]

Cabe aclarar que, si bien existen diferencias entre los bienes jurídicos "propiedad" y "patrimonio", aquí, a los efectos del particular concurso de leyes que constituye la situación a la que se alude con la idea de delito posterior co-penado, van a ser tratados como equivalentes. Es decir: se va a tener en cuenta sólo al bien jurídico "patrimonio", entendido en sentido amplio, el que incluye a la propiedad como un derecho patrimonial específico.[31]

Esta solución me parece correcta, dado que tanto el patrimonio en tanto bien jurídico, como muchos tipos penales con los que se lo protege, se fueron especificando y particularizando a los fines de cumplir con el principio de legalidad a la hora de imponer un castigo, pero no por ello tales diferencias dejan de ser meras formas fenotípicas de exteriorización de un ilícito cuya doble valoración, al momento de castigar a alguien, es lo que se quiere evitar. En otras palabras, así

[30] Así JAKOBS, *supra* nota 17, §31, n.º m. 34, pp. 878 s.
[31] Véase TIEDEMANN, Klaus, *Die zwischenprüfung im Strafrecht*, Múnich, Beck, 1987, p.92; GEPPERT, *supra* nota 6, p. 428; GEERDS, *supra* nota 9, p. 207.

como hay diferentes modos de afectar o lesionar un mismo bien jurídico, también se lo puede lesionar en las diferentes formas a través de las cuales se manifiesta.

Ahora bien, el requisito de identidad del bien jurídico lesionado por el delito anterior y el posterior supuestamente co-penado es rechazado por un sector minoritario de la doctrina, que considera que del propio concepto y naturaleza del instituto del delito posterior co-penado, entendido como una unidad de valoración típica, no surge la necesidad de que exista tal identidad.[32]

Tal afirmación, sin embargo, a mi juicio no es correcta, y su incorrección se deriva justamente del concepto y de la naturaleza del delito posterior co-penado. Si lo que realmente interesa es que entre el delito anterior y el posterior exista una relación típica valorativa de la que se pueda concluir que ambos configuran un *único* ilícito, y que éste se encuentra completamente abarcado mediante la aplicación del precepto que tipifica el delito anterior, pero que a su vez no lo excede, ni configura además otro ilícito, entonces no será posible sostener que la identidad del bien jurídico que se protege no es un requisito del delito posterior co-penado.[33]

Respecto a la exigencia de identidad del damnificado por el delito anterior y el posterior, entiendo que, si bien ello es algo que de hecho sucede en la mayoría de los casos de delitos posteriores co-penados, no constituye un requisito necesario de este instituto. Porque pueden darse supuestos de hecho muy particulares en los que esa diferencia no altere la unidad de valoración necesaria para que el delito posterior pueda ser considerado co-penado con el castigo del anterior. ROXIN, quien sostiene esta posición, afirma con razón que puede ocurrir, por ejemplo, que el propietario de la cosa, ilegalmente obtenida por el autor del hecho, entre la realización del primer hecho y la del posterior, cambie en función de que ocurra una cesión del derecho de restitución, que continúa vigente a pesar del delito previo.[34]

[32] Véase, entre otros, VON HEINTSCHEL-HEINEGG, *supra* nota 9, n.º m. 56, p. 34; PALMA HERRERA, *supra* nota 19, pp. 147 ss.; MIR PUIG, Santiago, "Matrimonios ilegales en el Código penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 27, n.° 3, La Rioja (España), 1974, pp. 433-480, p. 470. En contra: JAKOBS, *supra* nota 17, §31, n.º m. 36, p. 880.

[33] En el mismo sentido, véase GEERDS *supra* nota 9, p. 207; RGSt 60, sentencia dictada por el RG n.° III 646/26, el 7 de octubre, p. 373; RGSt 49, sentencia dictada por el RG n.° II 814/15, el 15 de febrero de 1916, p. 407; RGSt 55, sentencia dictada por el RG n.° II 795/20, el 1° de octubre de 1920, pp. 104 s.

[34] Así, ROXIN, *supra* nota 6, § 33 V, n.º m. 220, p. 861. En el mismo sentido, véase JAKOBS, *supra* nota 17, §31, n.º m. 36, p. 880.

En lo relativo al último presupuesto del delito posterior co-penado, entiendo que no es correcto afirmar que el delito posterior no debe causar un daño, tal como se entendía unas décadas atrás en Alemania. Porque sin ese daño no habría delito (legítimo) alguno. Ahora bien, lo que sí es correcto sostener es que tal daño no puede significar la configuración de un ilícito *diferente* o *exceder* el daño ya realizado mediante el delito anterior, a un punto tal que ya no pueda afirmarse que el ilícito del segundo hecho está contenido en el anterior. El límite respecto de ese segundo daño va a estar dado por el delito anterior y según las características del caso concreto. Las posturas mayoritarias más actuales sostienen —como quedó claro ya en la enunciación de estos requisitos— que el delito posterior no será castigado de manera independiente en tanto y en cuanto no lesione un bien jurídico diferente al vulnerado por el anterior, ni amplíe *cualitativamente* el daño provocado por medio del delito previo.[35] Y ello a mi juicio es correcto en lo esencial.

Sentado lo anterior, ahora sí voy a abordar directamente el punto central de este trabajo, a saber: determinar si el tipo penal de autolavado de dinero, conforme a como está actualmente regulado en Argentina y a como lo interpretan los autores, puede ser entendido, o no, como un delito posterior co-penado con el castigo del hecho previo.

V. El bien jurídico afectado por el delito precedente y por el lavado de dinero

1. Aclaración preliminar

Como ya adelanté, el delito de lavado de dinero está regulado en Argentina, desde la última reforma legislativa al respecto, como un delito que afecta el orden económico y financiero. Ahora bien, en qué consiste concretamente un bien jurídico tan amplio como ese, es una cuestión muy discutida, así como es muy criticada precisamente esa extrema amplitud. Pues debido a ella no resulta sencillo lograr criterios claros para la interpretación del tipo penal de lavado de dinero, que se supone es una de las funciones importantes que debería cumplir lo que se identifique como el bien que se protege con su prohibición.

El legislador quiso desvincular al delito de lavado de dinero de los de encubrimiento, e incluso del de receptación, que en Argentina están regulados entre los delitos contra la

[35] Así, STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, *supra* nota 9, n.º m. 131, p. 879; GEERDS, *supra* nota 9, p. 207; BGHSt 6, p. 68; *Comentario al fallo dictado por el BGH n.° 2StR 69/07*, NStZ, Beck, München y otra, 2008, p. 396; *Comentario al fallo dictado por el BGH n.° 2StR 329/08*, NStZ, Beck, München y otra, 2009, p. 38.

administración pública. Esto no significa, sin embargo, que en nuestro país el delito de lavado de dinero deba pasar a ser considerado como "uni-ofensivo", en el sentido de que afecte únicamente a ese "orden económico y financiero", y que, por ende, deba aceptarse que, con él, no se afecta de ningún modo a la administración de justicia.[36] Lo que no puede negarse es que, conforme a la nueva regulación argentina del delito de lavado de dinero, las conductas típicas en cuestión deben lesionar o poner en peligro (al menos abstracto) al orden económico y financiero, sea lo que fuera que se entienda por ello.

No es mi intención en este trabajo precisar el concepto de orden económico y financiero o de administración de justicia, sino analizar si la afectación de alguno de estos bienes jurídicos (o de ambos, según cuál sea la postura que se sostenga acerca del bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero) podría considerarse incluida entre las vulneraciones que puede provocar el delito precedente, y si, por lo tanto, con el castigo previsto para ese hecho previo se encuentra retribuido y compensado el castigo por el lavado de dinero posterior cometido por la misma persona que fue autor o partícipe del delito anterior. Porque, conforme se ha visto, sólo si esto último es así podrá decirse que el denominado "autolavado" es un delito posterior co-penado por el precedente. Tal análisis obliga a efectuar algunas aclaraciones acerca del bien jurídico afectado por el delito anterior y el que afecta el lavado de dinero.

2. El bien jurídico afectado por el delito precedente

Ya se dijo que la legislación penal argentina no establece un catálogo cerrado de delitos que puedan ser anteriores o precedentes respecto del de lavado de dinero. Ello no significa, sin embargo, que *cualquier* delito pueda ser delito precedente. Sólo podrán serlo aquellos que generen la posesión ilegítima de bienes o de dinero. La exigencia de un valor monetario mínimo de los bienes (o de un monto mínimo del dinero) que pueden ser objeto de lavado de dinero tendrá hoy en Argentina sólo importancia para determinar si el autor del lavado de dinero realizó el tipo penal simple o uno agravado.

Esto muestra que el bien jurídico lesionado por el delito precedente puede ser de lo más variado. Por ejemplo, el dinero que "se lava" puede provenir de la trata de personas, del tráfico de drogas, del cohecho, de la evasión tributaria,[37] del hurto, del robo, de la estafa o de la extorsión,

[36] Véase, en el mismo sentido, CÓRDOBA, *supra* nota 4, p. 65.
[37] Esto es discutido en la doctrina nacional. Véase, por todos, CÓRDOBA, *supra* nota 4, pp. 180 ss.

entre muchos otros. Entonces, con el lavado de dinero, tal como está regulado en Argentina, no ocurre lo mismo que con el delito de receptación en países como Alemania y España, donde se exige que las cosas que se receptan deben provenir de un delito que afecte *el patrimonio*.[38] El caso del lavado de dinero, por el contrario, es similar al del favorecimiento real, en el cual las cosas que se aseguran pueden provenir de cualquier delito que genere la posesión ilegítima de bienes o dinero.

3. El bien jurídico afectado por el lavado de dinero

Respecto del bien jurídico protegido por medio de la prohibición del lavado de dinero se han desarrollado varias teorías, las que no voy a explicar aquí con profundidad,[39] pues ello no es objeto de este trabajo. Me limitaré a mencionarlas y a diferenciarlas, con la finalidad exclusiva de analizar luego si el comportamiento típico de autolavado de dinero cumple con los presupuestos del delito posterior co-penado.

Hay autores, principalmente alemanes, que consideran que el lavado de dinero es un delito que afecta "el mismo bien jurídico" que vulnera el delito precedente. Con ello lo que dicen, en rigor, es que el lavado de dinero genera o incrementa el mismo *daño* que el provocado por el delito precedente.[40] Detrás de esta idea se encuentra la famosa "teoría de la perpetuación" (conocida en España también como la "teoría del mantenimiento"), aceptada por la postura ampliamente dominante en Alemania, y desde hace muchas décadas, como la que describe correctamente el ilícito material de la receptación.[41] Personalmente he criticado a dicha teoría en

[38] Ello es una exigencia del § 259 StGB en Alemania y del artículo 298, CP en España, que prohíben la receptación.

[39] Un resumen de ellas puede verse en ALTENHAIN, "§ 261", en *NK-StGB*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, n.º m. 10 ss., p. 1614 ss.; GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, 2.ª ed., Montevideo y otra, B de F, 2016, pp. 49 ss.; PALMA HERRERA, "Artículo 301", en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. IX: *Delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico*, Madrid, EDERSA, 1999, pp. 659 ss.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, 2.ª edic., Colonia, Carl Heymanns Verlag, 2008, n.º m. 278, pp. 114 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 85 ss.

[40] En rigor lo que sostienen es que el lavado vulnera el bien jurídico ya afectado por el delito precedente conjuntamente con la administración de justicia o el orden económico financiero o socio-económico. Véase, entre muchos otros, CÓRDOBA, *supra* nota 4, p. 69; TIEDEMANN, *supra* nota 39, n.º m. 278, p. 114; STREE, "§ 261", en S/S-StGB, Múnich, Beck, 2006, n.º m. 1, p. 2168.

[41] Así RAGUÉS I VALLÉS, "Lavado de activos y negocios standard", en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro homenaje al Prof. Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), Lerner, 2001, pp. 621-653, p. 642. Respecto de la teoría de la perpetuación, también conocida como teoría del mantenimiento, y el delito de receptación, véase GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei*, Múnich, Theodor Ackermann, 1879, pp. 170 ss.; OTTO, *supra* nota 9, pp. 242 ss.; 320 ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7ª ed., Berlin, De Gruyter, 2005, §8, n.º m. 1, p. 301; BOCKELMANN, "Über das Verhaltnis

mi tesis doctoral, porque considero que parte de premisas falsas, asume lo que debe probar y que es, por tanto, inadecuada para describir el ilícito material de la receptación. Mucho menos es capaz de hacerlo respecto del lavado de dinero, cuyo delito precedente no debe ser necesariamente un delito que afecte el patrimonio (como sí se exige en Alemania respecto de la receptación), sino que puede ser cualquier otro.[42]

No podría afirmarse, por ejemplo, que un homicida a sueldo, al blanquear el dinero obtenido por medio de la comisión de ese delito contra la vida, afecta nuevamente la vida de esa persona que, por cierto, ya está muerta. Y lo mismo ocurre con los delitos contra el patrimonio, en los cuales el daño al patrimonio del damnificado por el delito anterior, en tanto no se trate de un delito de duración, es el resultado de la actividad del autor de ese hecho anterior y consecuencia de ese comportamiento que ya lo ha *agotado o realizado por completo*. Lo que ocurre luego no puede afectar nuevamente el patrimonio ya lesionado por el delito precedente.

Tampoco es posible, mediante una conducta posterior, perpetuar la situación antijurídica provocada por un delito anterior que no es de duración, porque esa lesión al Derecho es consecuencia y responsabilidad exclusiva de los autores del delito precedente. Entonces, un delito posterior que involucre bienes o dinero que fueron ilícitamente obtenidos con anterioridad, no mantiene la situación antijurídica generada por el delito precedente, sino que crea una nueva, también antijurídica.[43]

Otra postura sostiene que el bien jurídico vulnerado por el delito de lavado de dinero es la administración de justicia.[44] Dentro de esta línea de pensamiento, aunque ello no suele

der Begünstigung zur Vortat", en *NJW*, 1951, p. 621, nota al pie 11; STREE, "*Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem*", en *JuS*, 1961, pp. 83 ss.; STREE, *"Mitwirken zum Absatz strafbar erworbener Güter",* en *GA*, 1961, pp. 36 y 38; RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil I: Vermogensdelikte*, 13.ª ed., Múnich, Beck, 2011, § 22, n.º m. 1, pp. 359 s., etc.

[42] En el mismo sentido, véase, por todos, PALMA HERRERA, *supra* nota 39, p. 662.

[43] Al respecto señala ALTENHAIN que "el receptador que compra la cosa al ladrón, no mantiene esa situación posesoria antijurídica, sino que cuando el receptador obtiene la posesión, finaliza la posesión ilegítima del ladrón y ésta es sustituida por la posesión ilegítima del receptador" (ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2002, p. 197). Eso mismo es aplicable al lavado de dinero. En el mismo sentido, véase BUBERT, *Die Hehlerei*, Kiel, Univ. Diss, 1964, pp. 53 ss. En contra: JANSON, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückgabe von Diebesbeute*, Hamburgo, Dr. Kovač, 1992, p. 112.

[44] Así, DE LA MATA, *Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis del Código Penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 49 s.; OTTO, *supra* nota 13, p. 331. La gran mayoría de los autores alemanes y españoles consideran que por lo menos uno de los bienes jurídicos vulnerados por el lavado de dinero es la administración de justicia. En este sentido, véase, entre muchos otros, WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 34.ª ed., Heidelberg y otras, Müller, 2011, § 24, n.º m. 891, p. 435; KINDHÄUSER, *Strafrecht.*

explicitarse de esta manera, hay, a su vez, enfoques diferentes según cuál sea la función de la administración de justicia que se considere afectada por medio de dicho comportamiento. Así, hay autores que consideran que mediante el lavado de dinero se dificulta la actividad de los órganos estatales para investigar el delito precedente, perseguir a sus autores y condenarlos. De este modo, asemejan el daño del lavado de dinero al del favorecimiento *personal*. Otros en cambio consideran, a mi juicio de manera correcta (aunque mantengo algunas diferencias con ellos), que el lavado de dinero impide, dificulta o pone en peligro la actividad estatal dirigida a eliminar los efectos del delito, dado que impide el decomiso de esos bienes. De acuerdo con esta postura, el daño del lavado de dinero se asemeja al del favorecimiento *real*. Muchos de los representantes de estas ideas confunden e igualan ambas tareas.

La crítica que suele hacerse a esta posición es que no permite diferenciar al lavado de dinero de los delitos de favorecimiento real y/o personal. No creo, sin embargo, que esta objeción sea correcta. Puede ocurrir que el autor de lavado de dinero, por medio de esa conducta típica, realice también el tipo penal de favorecimiento real y/o el de favorecimiento personal. En algunos casos ello puede ser una consecuencia deseada por el autor del hecho, en otros puede ser una consecuencia necesaria (querida o no) de su accionar. Y, en otras oportunidades, ello puede serle indiferente y hasta no deseado. Estas cuestiones deberán ser resueltas por medio de las reglas de la imputación subjetiva y del concurso de leyes y de delitos, según cual fuera el caso, como ocurre en cualquier ocasión en la que, por medio de la realización de una conducta, se realiza más de un tipo penal.

Si bien el favorecimiento real, al igual que el favorecimiento personal y el lavado de dinero, vulneran la administración de justicia, cada uno de ellos o bien afecta diferentes tareas o funciones que esa administración tiene a cargo, o bien lo hace respecto de distintos objetos. En efecto, el favorecimiento personal vulnera la actividad de la administración de justicia destinada a investigar delitos y castigar a sus intervinientes, mientras que el favorecimiento real y el lavado de dinero lesionan la actividad de la administración de justicia que busca evitar el decomiso de los bienes provenientes de delitos. Los dos últimos se diferencian, a su vez, porque el favorecimiento real alcanza a los bienes que provienen directa e inmediatamente de la comisión del delito precedente, mientras que el lavado de dinero también alcanza a los bienes sustitutos.

Besonderer Teil. Straftaten gegen Vermögensrechte, 8.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2011, n.º m. 1, p. 372; ALTENHAIN, *supra* nota 39, nm 7, pp. 1612 s.

A mi juicio, el lavado de dinero vulnera la actividad de la administración de justicia consistente en recuperar, secuestrar o decomisar los bienes o el dinero provenientes de los delitos, porque al introducírselos en el circuito comercial o económico-financiero legal, o de alguna manera mezclárselos y confundírselos con los que tienen origen legal, se les otorga apariencia de licitud, dificultándose o impidiéndose, así, dar con ellos, secuestrarlos y decomisarlos, con lo que se dificulta la eliminación de los efectos económicos de un delito. Podría decirse, por tanto, que el lavado de dinero es una suerte de forma agravada de favorecimiento real.[45]

Hay también autores que consideran que mediante la prohibición del lavado de dinero se protege la función preventiva del derecho penal, dado que entienden que, al igual que ocurre con la receptación, el lavado de dinero motiva a que otras personas en el futuro se decidan a cometer delitos con los que obtener bienes o sumas de dinero, y que ello, por lo tanto, favorece al crimen organizado. A partir de esta idea, estos autores consideran que el lavado de dinero es un delito contra la administración de justicia, pero en el sentido específico de que afecta la seguridad interna.[46] Este enfoque toma como base la "teoría de la vigencia del derecho" ("*Rechtsgeltungstheorie*") desarrollada por MIEHE en la década de 1970,[47] y que, con variaciones y matices, tiene todavía representantes con relación al lavado de dinero y a la receptación.[48]

En mi tesis doctoral analizo, critico y rechazo estas ideas. Por razones de espacio, no voy a desarrollar aquí todas las objeciones que, a mi juicio, merece esta postura, sino que me voy a limitar a mencionar las más importantes. Estas críticas refutan la idea de que la receptación debe castigarse porque impide que se realicen los efectos preventivos generales del derecho penal.

---

[45] Por razones de espacio no puedo desarrollar con mayor extensión mi postura respecto del bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero, pero no quería dejar de esbozar los puntos centrales de mi punto de vista y de rechazar las críticas que suelen hacerse a este modo de entender al delito en cuestión.

[46] La mayoría de los autores que sostienen estas ideas respecto del lavado de dinero consideran que esta conducta vulnera también a otros bienes jurídicos. Véase, entre muchos, JAHN, "§ 261", en *SSW-StGB*, 2.ª ed., Colonia, Carl Heymann, 2014, n.º m. 6, P. 1621; STREE, *supra* nota 40, n.º m. 1, p. 2168; RAGUÉS I VALLÉS, *supra* nota 41, pp. 642 ss., 646.

[47] Véase MIEHE, "Die Schutzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei", en *Festschrift für Richard M. Honig*, Gotinga, Otto Schwartz & Co., 1970, pp. 91, 104 s.; SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlín *et al.*, De Gruyter, 1985, p. 15; SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteinehmer*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 22; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besondere Teil*, t. II: *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7.ª ed., Heidelberg, Müller, 1991, n.º m. 5, p. 396; WALTER, Tonio, "§ 257", en *LK-STGB*, 12.ª ed., Berlín *et al.*, De Gruyter, 2010, n.º m. 7, p. 486; BGHSt 7, sentencia GSSt 1/54 del BGH reunido en pleno, dictada con fecha 20/12/1954, p. 142.

[48] Véase nota al pie 46.

Así, en primer lugar, debe señalarse lo más obvio: no puede ser correcta una teoría que afirme que la finalidad de un tipo penal es la protección del derecho penal, porque eso corresponde a *todos* los tipos penales y, por tanto, con esa afirmación no se gana nada en poder explicativo. En segundo lugar, esta postura puede generar cierta flexibilidad inaceptable respecto del principio de legalidad penal, porque —por lo dicho recién respecto de que todo tipo penal tiene por fin asegurar los fines del derecho penal— podría dar lugar a interpretaciones que acaben ampliando en exceso el alcance del tipo penal de que se trate. Y, en tercer lugar, cabe advertir que esta teoría, en la medida en que pretende legitimar la prohibición del delito de lavado de dinero motivada exclusivamente en la idea de que con aquélla se previenen daños, no logra mostrar cuál es su ilícito material específico, o su incorrección moral, y en consecuencia es incompleta como fundamentación político-criminalmente liberal.

Otro sector de la doctrina sostiene que el bien jurídico vulnerado por el delito de lavado de dinero es el orden económico, o el orden económico y financiero, o el orden socio-económico.[49] Esta teoría se hace acreedora de dos críticas. Por un lado, estos conceptos han sido siempre definidos de manera excesivamente amplia, sin entenderse exactamente qué es lo que se protege mediante el tipo penal en cuestión. En otras palabras, partiendo de esta idea no es posible determinar el ámbito de protección de la norma penal en cuestión, ni delimitar las conductas típicas.

Por otro lado, habría que revisar muy bien la tesis de que el lavado de dinero vulnera el orden económico-financiero. Porque, a diferencia de lo que ocurre con el delito de receptación —que opera siempre en el mercado *ilegal* y por tanto al margen de las normas que lo configuran y regulan—, los comportamientos de lavado de dinero tienen lugar en el mercado *legal*. Es decir, por supuesto que el delito precedente es ilegal, pero las maniobras *de lavado* ocurren ya en el sistema comercial e impositivo legal. ¿Cuál sería, entonces, el daño que lavar dinero le produciría al orden económico-financiero, sea lo que fuere que se entienda por él?

Por ejemplo, si una persona compra, con dinero proveniente de un delito, un hotel a muy bajo costo porque no funciona y da pérdidas constantes, y simula luego que el hotel está lleno de huéspedes para poder introducir ganancias obtenidas ilegalmente al flujo de su patrimonio legítimo, tendrá que contratar personal de limpieza, empleados, cocineros, etc., a los cuales deberá tener en blanco. Entonces, no sólo dará trabajo, sino que efectuará asimismo aportes

[49] Véase, entre muchos, GARCÍA CAVERO, *supra* nota 39, p. 69.

jubilatorios y previsionales. Además, si lo que desea es "blanquear" esas ganancias, deberá tributar por ellas. Pues bien, nada de eso perjudica al orden económico-financiero, ni al fiscal, sino que, al contrario, *lo favorece*. Podría pensarse, no obstante, que en algunos casos muy excepcionales esta clase de operaciones podrían afectar la libre competencia. Pero lo cierto es que, en la gran mayoría de ellos, tanto para el Estado como para el orden económico será siempre más beneficioso que ese dinero circule legalmente a que no lo haga o que lo haga en el mercado negro. Esto debería inclinar a la doctrina a pensar que, en rigor, el lavado de dinero no afecta al "orden económico-financiero".

Las concepciones mencionadas hasta aquí sobre el bien jurídico afectado por el delito de lavado de dinero lo consideran un delito uni-ofensivo. Sin embargo, las posturas mayoritarias entienden que el delito de lavado de dinero es *pluri-ofensivo*. Porque —se afirma— este comportamiento lesiona no sólo la administración de justicia, sino también el orden económico o el bien jurídico lesionado por el delito anterior.[50] Estas teorías no logran, sin embargo, contrarrestar las críticas particulares realizadas por separado a cada una de esas posiciones. Con todo, no voy a examinar estas cuestiones ahora, dado que no es necesario para el objetivo que aquí me propuse, a saber: determinar si es correcto afirmar que el autolavado de dinero es un delito posterior co-penado.

VI. ¿Es el autolavado un delito posterior co-penado por el delito precedente?

En este trabajo me propuse únicamente mostrar si es posible afirmar que la conducta de autolavado de dinero cumple con los presupuestos del delito posterior co-penado, no sólo teniendo en cuenta la legislación argentina sobre lavado de dinero sino, también, en función de cualquiera de las teorías más conocidas respecto al bien jurídico protegido por dicha prohibición.

Una respuesta negativa a este interrogante no debería ya sorprender al lector, dado que, en primer lugar, analicé brevemente las principales modificaciones legislativas en materia de lavado de dinero en Argentina y algunas de las consecuencias dogmáticas y prácticas que surgen de ello. En segundo lugar, explicité los requisitos o presupuestos del delito posterior co-penado, dentro de los cuales quedó claro que sólo habrá delito posterior co-penado cuando el bien jurídico

[50] Así, entre muchos, WESSELS/HILLENKAMP, *supra* nota 44, § 24, n.º m. 891, p. 435; KINDHÄUSER, *supra* nota 44, n.º m. 1, p. 372; ALTENHAIN, *supra* nota 39, n.º m. 7, pp. 1612 s.; TIEDEMANN, *supra* nota 39, n.º m. 278, pp. 114; CÓRDOBA, *supra* nota 4, pp. 60, 69; VIDALES RODRÍGUEZ, *supra* nota 39, p. 91; JAHN, *supra* nota 46, n.º m. 6, p. 1621.

afectado por el delito posterior sea el mismo que el del anterior y en tanto el hecho posterior no implique un nuevo ilícito, ni un nuevo daño, ni afecte a otras personas (salvo casos muy puntuales que no se aplican al lavado de dinero). Y, por último, analicé las teorías más aceptadas sobre el bien jurídico protegido por el tipo penal del lavado de activos.

Pues bien, de todo ese análisis surge con claridad que el daño que produce el lavado de dinero no es el mismo que el ocasionado por el delito precedente. Surge también que lo que daña el lavado no es la seguridad interna o los fines preventivos del derecho penal, ni tampoco (principalmente) la administración de justicia en su tarea de investigar delitos y castigar a sus autores y partícipes, ni el orden económico y financiero o socio-económico. Las posturas pluri-ofensivas no brindan tampoco una correcta descripción del daño propio del delito de lavado de dinero.

Cabe concluir, por tanto, que el comportamiento de autolavado de dinero *no* cumple con los requisitos del delito posterior co-penado. En función de lo expuesto, no me convencen quienes aceptan que el autolavado es un delito posterior co-penado por el delito precedente argumentando que se trata de una "excepción", sin demostrar que ello no afecta la naturaleza misma del instituto en cuestión;[51] o apoyando esa tesitura en meras razones de autoridad, como por ejemplo que el Tribunal Supremo Federal alemán lo dice o que el legislador argentino así lo dispuso en los antecedentes parlamentarios;[52] o vaciando el significado y la naturaleza de la categoría de delito posterior co-penado, a tal punto que queda sin analizar si ello permite continuar afirmando que se trata de una forma de concurso de leyes.[53]

Los requisitos del delito posterior co-penado no son caprichosos o arbitrarios. Al contrario, ellos son los que posibilitan afirmar de manera correcta que la conducta posterior está castigada ya por medio de la pena prevista para el delito precedente y que, de castigarse al autor de ambos hechos por medio de dos penas autónomas, se violaría el *ne bis in idem*. Pero para que eso ocurra es necesario, justamente, que el ilícito del hecho posterior no supere al del anterior ni sea diferente a él, ni afecte otros intereses o bienes jurídicos. Porque todo ese excedente o esa diferencia respecto del hecho previo no va a poder ser tenida como una parte de ese ilícito realizado anteriormente.

[51] Así por ejemplo CÓRDOBA, *supra* nota 4, pp. 57 ss.
[52] Así CÓRDOBA, *supra* nota 4, p. 57, nota al pie n.° 7.
[53] Así CÓRDOBA, *supra* nota 4, pp. 57 ss.

Ahora bien, como ya adelanté, nada de lo dicho hasta aquí implica afirmar que el autolavado de dinero deba ser una conducta punible. Ello requiere otra clase de argumentación. Lo único que quiero explicitar es que no es cierto que el castigo del autolavado de dinero esté contenido en el castigo del delito anterior, y que por tanto no es correcto tampoco sostener que castigarlo en forma autónoma importe una afectación al *ne bis in idem*. En efecto, el comportamiento del autolavado no cumple con los presupuestos del delito posterior co-penado porque siempre va a generar (por lo menos parcialmente) un daño diferente al que ocasione el delito anterior, o, en el caso de que coincida ese daño, lo incrementará, o el titular de ese mismo bien jurídico será otro. Pero eso no impide, *per se*, que pudiera haber *otras razones* por las cuales se concluya que el autolavado debe ser impune.

La única teoría respecto del bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero que *prima facie* podría evitar esta crítica es la de la perpetuación, esto es, la que considera que el lavado provoca el mismo daño que el que ocasiona el delito anterior. Pero dije también ya que esta teoría debe ser rechazada, entre otras cosas porque, respecto del delito que aquí se analiza, conduce al absurdo de tener que afirmar que el lavado de dinero afecta la vida del asesinado por un sicario, o la salud pública cuando el dinero proviene del tráfico de drogas, etc.

Si se entiende que el lavado de dinero afecta a la administración de justicia, sea de manera exclusiva, sea conjuntamente con otros bienes jurídicos, no puede afirmarse, por lo menos como algo evidente, que el delito anterior, de donde provienen los bienes o el dinero a los que se les quiere dar apariencia de licitud, contiene la afectación de la actividad judicial destinada a secuestrar, decomisar y recuperar los bienes y el dinero proveniente de un delito precedente.

Una cosa es dar o intentar dar apariencia de legalidad al dinero obtenido ilícitamente (y eso es lavado de dinero) y otra muy diferente es *utilizar* el dinero ilícitamente obtenido pero sin darle apariencia de legalidad, como por ejemplo realizando viajes, comprando cosas valiosas o más costosas para el consumo personal, pagando la universidad de los hijos, pagando a empleados fuera de la ley (sea que se trate de empleados para tareas domésticas o de profesionales como abogados o contadores), etc.

El pago de estas actividades —propias de quien comete un delito del cual se obtiene una ganancia económica— sí estaría, a mi juicio, incluido dentro del castigo previsto por el delito

precedente. El autor del hecho previo, al utilizar ese dinero, no blanquea su patrimonio, no le da apariencia de licitud al dinero que obtuvo ilícitamente ni obstruye la investigación judicial iniciada respecto de ese delito. Al contrario, al incurrir en esos gastos simplemente "perfecciona" el delito en cuestión, disfrutando de su botín o consumiéndolo, por así decirlo, lo cual ciertamente está ya co-penado por el delito mediante el cual obtuvo esos fondos. Y, por otra parte, lejos de obstruir con ello a la justicia, le facilita su tarea, porque gracias a esos gastos le será más fácil detectar los rastros del delito que proporcionó ese dinero.

El delito de lavado de dinero consiste, en rigor, en el comportamiento de aquel que introduce dinero o bienes de origen ilícito en su patrimonio o en el patrimonio de un tercero simulando que su origen es lícito, y *eso* sí le genera a la administración de justicia una gran dificultad para dar con esos bienes y decomisarlos, precisamente porque tienen apariencia de legalidad. Y ello permite, además, que el titular de esos bienes se enriquezca no sólo como consecuencia directa de la comisión del delito anterior, sino porque puede volver a lucrar con esos bienes de manera legal.

Dejando de lado estas precisiones y todas las que deben hacerse respecto del comportamiento típico de lavado de dinero, lo cierto es que él, tanto si lo lleva a cabo alguien distinto al autor del delito precedente cuanto si se trata de un supuesto de autolavado, afecta la administración de justicia más allá del posible ámbito de lesión del delito anterior. Por lo tanto, no puede afirmarse que el ilícito del delito de lavado de dinero, entendido por lo menos parcialmente como un comportamiento contra la administración de justicia, forme parte del hecho previo y que su castigo está retribuido mediante el castigo del anterior, tampoco en los casos de autolavado.

La cuestión es clara también si se considera que el lavado de dinero, por lo menos parcialmente, lesiona el normal funcionamiento del orden económico y financiero. Vulnerar ese interés de carácter colectivo implica siempre una lesión a un bien jurídico diferente al protegido mediante el delito precedente o incrementa ese ilícito previo.[54] Por lo tanto, conforme a como hoy está regulado el delito de lavado de dinero en Argentina, tampoco desde este punto de vista es posible concluir que el autolavado es un delito posterior co-penado con el castigo previsto para el hecho previo.

VII. Conclusión

[54] En este sentido, véase GARCÍA CAVERO, *supra* nota 39, pp. 66 s.

En razón de todo lo analizado no puedo sino concluir que el autolavado de dinero no es un delito posterior co-penado con el hecho precedente y que a esta conclusión debe arribarse cualquiera sea la postura de la que se parta respecto del bien jurídico vulnerado por el delito de lavado de dinero. Insisto, con todo, en que con ello no estoy diciendo que el autolavado de dinero debe ser un comportamiento punible. Una conclusión sobre ello requiere una investigación aparte. Mi pretensión aquí fue mucho más modesta: sólo me propuse demostrar que, si lo que se quiere es sostener que debe ser impune el autolavado, deberá renunciarse al argumento del delito posterior co-penado y, de haberlas, articularse otras razones. Porque el castigo autónomo del delito precedente y del posterior de lavado, cometidos ambos por el mismo autor, no viola el principio del *ne bis in idem*.

Sin embargo, creo que, como también se ha visto aquí, el mayor problema que existe hoy respecto del delito de lavado de dinero no es tanto el relativo a la punibilidad del autolavado, sino el que se relaciona con la cuestión de la delimitación del comportamiento típico. Que ello no esté del todo claro todavía es lo que muchas veces provoca que se criminalicen muchos comportamientos como lavado de dinero, incluso como autolavado de dinero, que de ninguna manera deberían quedar abarcados por este delito. Algunas ideas al respecto esbocé en este trabajo, pero es necesario, como dije, abordar esta problemática específica en otra investigación.

VIII. Bibliografía

1) Libros y artículos

ALTENHAIN, Karsten, "§ 258", en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/Paeffgen, Ullrich (comps.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (NK-StGB),, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

— "§ 261", KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/Paeffgen, Ullrich (comps.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch (NK-StGB),*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

— *Das Anschluβdelikt*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2002.

BERMEJO, Mateo, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

BLANCO, Hernán, "Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos", en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* La Ley, Buenos Aires, septiembre 2011, pp. 229-245.

BOCKELMANN, Paul, "Über das Verhaltnis der Begünstigung zur Vortat", en *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW)*, 1951, pp. 620 ss.

BUBERT, Kurt, *Die Hehlerei*, Kiel, Univ. Diss, 1964.

CARAMUTI, Carlos, *Concurso de delitos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

CÓRDOBA, Fernando, *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

D'ÁLBORA, Francisco (h), *Lavado de dinero*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011.

DE LA MATA, Norberto, *Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis del Código Penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.

FISCHER, Thomas, *StGB*, 61.ª ed., Múnich, Beck, 2014.

GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, 2.ª ed., Montevideo y otra, B de F, 2016.

GEERDS, Friedrich, *Zur Lehre der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburgo, Hansischer Gildenverlag, 1961.

GEPPERT, Klaus, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)", en *Juristische Ausbildung (Jura)*, Berlín *et al.*, De Gruyter, 1982, pp. 418-429.

GRETENER, Xaver, *Begünstigung und Hehlerei*, Múnich, Theodor Ackermann, 1879.

HONIG, Richard, *Straflose Vor und Nachtat*, Leipzig, A. Deichert, 1927.

HÖPER, Inken, *Die Mitbestrafte Vor- und Nachtat*, Kiel, Univ. Diss, 1997.

HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., Berlín *et al.*, Walter de Gruyter, 1988.

JAHN, Matthias, "§ 261", en SATZGER, Helmut/SCHMITT, Bertram/WIDMAIER, Gunter (coord.), *Strafgesetzbuch. Kommentar* (SSW-StGB), Colonia, Heymanns, 2009.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín *et al.*, De Gruyter, 1991.

JANSON, Gerald Nosnai, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückgabe von Diebesbeute*, Hamburgo, Dr. Kovač, 1992.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil. Straftaten gegen Vermögensrechte*, 8.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2011.

KRAUβ, Detlef, *Zum Begriff der straflosen Nachtat*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), Hamburgo, Decker, 1965.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch*, 27.ª ed., Múnich, Beck, 2011.

MAÑALICH, Juan Pablo, "El principio del *ne bis in idem* en el derecho penal chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15, Santiago de Chile, 2011, pp. 139-169.

MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Cristian/MAIWALD, Manfred, *Strafrecht. Besondere Teil*, t. II: *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7.ª ed., Heidelberg, Müller, 1991.

MIEHE, Olaf, "Die Schutzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei", en *Festschrift für Richard M. Honig*, Gotinga, Otto Schwartz & Co., 1970.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, PPU, 1990.

— "Matrimonios ilegales en el Código penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 27, n.° 3, La Rioja (España), 1974, pp. 433-480.

OTTO, Harro, *Die Struktur des strafrectlichen Vermögensschützes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1970.

— "Mitbestrafte Nachtat, straflose Nachtat und nicht strafbares Verhalten", en *Juristische Ausbildung* (Jura), 1994, pp. 276 ss.

— *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.ª ed., Berlin, De Gruyter, 2005.

PALMA HERRERA, José Manuel, *Los actos copenados*, Madrid, Dykinson, 2004.

— "Artículo 301", en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. IX: *Delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico*, Madrid, EDERSA, 1999.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, el error y la participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Madrid, Civitas, 1991.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, "Lavado de activos y negocios standard", en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro homenaje al Prof. Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), Lerner, 2001, pp. 621-653.

RENGIER, Rudolf, *Strafrecht. Besonderer Teil I: Vermogensdelikte*, 13ª ed., Múnich, Beck, 2011.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, Múnich, Beck, 2003.

RISSING-VAN SAAN, Ruth, "vor § 52", en LAUFHÜTTE, Heinrich/ RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (comps.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (LK-StGB), 12.ª ed., Berlín *et al.*, De Gruyter, 2010.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlín *et al.*, De Gruyter, 1985.

SEEL, Stefan, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteinehmer*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, "vor §§ 52 ss.", en *S/S-StGB*, 29.ª ed., Múnich, Beck, 2014.

STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Colonia y otras, Carl Heymanns, 1976.

STREE, Walter, "§ 258", en *S/S-StGB*, Múnich, Beck, 2006.

— "§ 261", en S/S-StGB, Múnich, Beck, 2006.

— "*Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem*", en *JuS*, 1961, pp. 83 ss.

— *"Mitwirken zum Absatz strafbar erworbener Güter",* en *GA*, 1961, pp. 33 ss.

TIEDEMANN, Klaus, *Die zwischenprüfung im Strafrecht*, Múnich, Beck, 1987.

—, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, 2.ª ed., Colonia, Carl Heymanns Verlag, 2008.

TROVATO, Gustavo, "El delito de lavado de dinero y el GAFI", en *DPI Cuántico. Derecho integral*, 2014. Disponible en internet en https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/05/doctrina23.5.14.pdf [enlace verificado el dìa 5 de junio de 2016]

— "Comentario al art. 303 del Código Penal", en BAIGÚN, David/ZAFFARONI, Eugenio Raul (dirs.), *Código Penal y normas complementarias*, t. XII, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pp. 565 ss.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

VOGLER, Theo, "Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit", en *Festschrift für Bockelmann*, Múnich, Beck, 1977, pp. 715-736.

VON HEINTSCHEL-HEINEGG, "§§ 52", en Joecks/Wolfgang/Miebach, Klaus (comps.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (MK-StGB), 2.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011.

WALTER, Tonio, "§ 257", RISSING-VAN SAAN, Ruth, " vor § 52", en LAUFHÜTTE, Heinrich/ RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (comps.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (LK-StGB), 12.ª ed., Berlín *et al.*, De Gruyter, 2010.

WEGSCHEIDER, Herbert, *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zur materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen" (§ 28 StGB)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 43.ª ed., Heidelberg y otra, Müller, 2013.

WESSELS, Johannes/HILLENKAMP, Thomas, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 34.ª ed., Heidelberg y otras, Müller, 2011.

2) Jurisprudencia

BGHSt 5, sentencia del BGH n.° 4 StR 445/53, dictada por el BGH con fecha 04/02/1954, pp. 295-297.

BGHSt 6, sentencia del BGH n.° 4 StR 807/53, dictada el 22/04/1954, pp. 67-68.

BGHSt 7, sentencia del BGH n.° GSSt 1/54, reunido en pleno, dictada con fecha 20/12/1954, pp. 134-145.

BGHSt 30, sentencia del BGH n.° 2StR 618/80, dictada el 07 de enero de 1981, pp. 28-31.

BGHSt 38, sentencia del BGH n.° 5 StR 517/92, dictada el 17 de octubre de 1992, pp. 366-369

BGHSt 40, sentencia del BGH n.° GSSt 2 y 3/93, dictada el 3 de mayo de 1993, pp. 138-168.

NStZ 1987, p. 23. *Bankrott als mitbestrafte Nachtat. §283 I Nr. 1*, BGH sentencia 3StR 348/86, dictada con fecha 24/09/1986, NStZ, Beck, München y otra, 1987, p. 23.

NStZ 2008, p. 396. *Comentario al fallo dictado por el BGH n.° 2StR 69/07*, NStZ, Beck, München y otra, 2008, pp. 396-397.

NStZ 2009, p. 38. *Comentario al fallo dictado por el BGH n.° 2StR 329/08*, NStZ, Beck, München y otra, 2009, pp. 38-39.

RGSt 38, sentencia n.° Rep. 589/05, dictada por el RG 3 StR con fecha 16/10/1905, pp. 192-194.

RGSt 49, sentencia dictada por el RG n.° II 814/15, el 15 de febrero de 1916, pp. 406-408.

RGSt 49, sentencia n.° I 795/14, dictada por el RG, 1 StR, con fecha 12/11/1914, pp. 16-20.

RGSt 55, sentencia dictada por el RG n.° II 795/20, el 1° de octubre de 1920, pp. 103-105.

RGSt 60, sentencia n.° III 646/26, dictada por el RG 3 StR con fecha 07/10/1926, pp. 373-3.

¿POR QUÉ ESTÁ MAL ACEPTAR Y OFRECER SOBORNOS? UNA DISCUSIÓN DE LA TESIS DE LA MERCANTILIZACIÓN DEL GOBIERNO

Bruno RUSCA*

Fecha de recepción: 27 de marzo de 2016
Fecha de aprobación: 29 de abril de 2016

Resumen

De acuerdo con cierto punto de vista, el cohecho es moralmente incorrecto porque supone la mercantilización del gobierno, esto es, la conversión en "mercancía" de algo que debería estar fuera de las leyes del mercado. Esta perspectiva ha sido desarrollada principalmente por Peter ALLDRIDGE. No obstante, la idea de la mercantilización como un ilícito moral es bastante más amplia y se recurre a ella para intentar justificar la incorrección de toda una serie de conductas, como por ejemplo: la esclavitud, la venta de órganos o la prostitución. El objetivo principal de este trabajo es presentar los fundamentos de esta perspectiva y discutir en qué medida puede explicar por qué está mal aceptar y ofrecer un soborno.

Palabras clave: Cohecho – Incorrección moral – Mercantilización – Política criminal

Title: Why is it wrong to accept and offer bribes? A discussion of the thesis of government commodification

Abstract

According to certain point of view, bribery is morally wrong because it supposes the commodification of the government, that is to say, the conversion into a "commodity" of something that should be outside the scope of the market rules. This perspective has been mainly developed by Peter ALLDRIDGE. However, the idea of commodification as a moral wrongdoing is quite broader and it is resorted to in order to try to justify the wrongness of several behaviors,

* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en derecho penal económico, Universidad Blas Pascal. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario de doctorado de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Agradezco las valiosas observaciones y críticas del Prof. Dr. José M. Peralta a una versión preliminar de este trabajo. Contacto: brunorusca@gmail.com.

such as: slavery, sale of organs or prostitution. The main objective of this article is to present the foundations of this perspective and to discuss to what extent it can explain the reasons why it is wrong to accept and offer bribes.

Key words: Bribery – Wrongness – Commodification – Criminal Policy

Sumario

I. Introducción; II. Definición de cohecho; III. Concepto de mercado; IV. La mercantilización como ilícito moral; V. El cohecho como mercantilización del gobierno; VI. Evaluación crítica; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Una de las razones más importantes para criminalizar una conducta es su inmoralidad, es decir, su contrariedad a normas morales no jurídicas.[1] Esta afirmación puede resultar extraña a muchos penalistas. A menudo, especialmente en la tradición continental europea, la perspectiva del derecho penal enfatiza demasiado la discusión sobre la afectación al "bien jurídico" de un delito, entendido normalmente como la producción de un daño o perjuicio. Sin embargo, como ha demostrado John GARDNER, ni siquiera un delito como la violación puede ser entendido si sólo se presta atención al daño ocasionado por la conducta.[2] Esto es bastante más claro en los delitos contra la propiedad. Por ejemplo, alguien puede ocasionar el mismo perjuicio a la propiedad de otro cuando lo engaña para que voluntariamente le entregue su dinero, que cuando incumple un contrato. No obstante, sólo en el primer supuesto podría cometerse una estafa. La razón de esto

[1] El término "moral" tiene diferentes significados, lo que en ocasiones puede dar lugar a ciertos malentendidos. En un sentido, la moral hace referencia al conjunto de normas y pautas de comportamiento aceptadas en un grupo social determinado ("moral positiva"). En otro sentido, el término designa a un conjunto de normas y pautas de comportamiento que se consideran válidas y merecedoras de respeto, en base a principios justificados racionalmente y sin importar si son socialmente aceptadas o no ("moral crítica"). Asimismo, pueden distinguirse dos dimensiones de la moralidad: la que prescribe un comportamiento hacia otros ("moral pública") y la que establece deberes hacia uno mismo ("moral privada"). En este trabajo, la palabra "moral" se empleará en el sentido de "moral crítica" y en su dimensión pública, esto es, en referencia a los deberes que las personas tienen hacia otros. Sobre la distinción entre moral positiva y moral crítica, véase HART, *Law, liberty and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 17. Sobre la distinción entre moral pública y moral privada, véase NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 427.

[2] GARDNER & SHUTE, "La ilicitud de la violación", en GARDNER, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (traducción a cargo de María Laura MANRIQUE y José Milton PERALTA), Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 23-53.

es simple, hay algo moralmente más grave en el acto de engañar a otro. Ello hace a la particular ilicitud del delito de estafa.

El concepto de incorrección o ilicitud moral se define, de acuerdo con la perspectiva sostenida por Stuart GREEN, como "la violación intrínseca de un deber o una regla moral autónoma, más allá de las consecuencias de la conducta en sí".[3] Este es un enfoque deontológico, lo cual supone que "ilicitud moral" y "daño" son concebidos como conceptos analíticamente distintos. En otros términos, la ilicitud de una conducta es definida por la violación de deberes morales, no por la causación de daños. Así, como explica GARDNER, el incumplimiento de un contrato es incorrecto porque significa el incumplimiento de una obligación voluntaria, no por los daños que eventualmente puedan acompañar a ese incumplimiento.[4] Precisamente lo mismo ocurre con el cohecho. Si la aceptación de sobornos afecta la imparcialidad de los funcionarios públicos, como muchos piensan,[5] su incorrección moral es algo distinto de esa afectación. De hecho, también los jueces que omiten excusarse ante un conflicto de intereses ponen en riesgo su imparcialidad. Sin embargo, el juez que acepta un soborno parece hacer algo sustancialmente más grave que el juez que indebidamente omite apartarse de un caso.

Ciertamente, esto no implica que el daño sea irrelevante para la justificación del castigo penal. Por el contrario, para una concepción liberal del derecho penal la inmoralidad de una conducta es insuficiente para su castigo. Además, es necesario que ocasione un daño o riesgo de daño a intereses de terceros, o al menos que la ausencia de criminalización de esa conducta pueda ocasionar un daño, según como se interprete el alcance del denominado "principio del daño".[6] Pero este principio no afirma que el derecho penal sólo deba prestarle atención al daño, o que las consideraciones morales sean irrelevantes.[7] En todo caso, sólo establece que el daño es una condición necesaria para el castigo legítimo de una acción.

---

[3] GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (traducción a cargo de José Ramón AGUSTINA SANLLEHÍ, Miriam AMORÓS BAS e Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO), Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, p. 74.

[4] GARDNER & SHUTE, *supra* nota 2, p. 27.

[5] KINDHÄUSER, "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán" (traducción a cargo de Percy GARCÍA CAVERO), en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales,* n.º 3, 2007, p. 10. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf [enlace verificado el día 11 de diciembre de 2015].

[6] Sobre el principio del daño, véase MILL, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 68. Una defensa en el segundo sentido, en GARDNER & SHUTE, *supra* nota 2, p. 51.

[7] GARDNER, "Justificaciones y razones", en GARDNER, *supra* nota 2, p. 140.

En general, el cohecho tiende a ser considerado uno de los delitos más graves que puede cometer un funcionario público. Más allá de ciertas diferencias en la regulación, aceptar y ofrecer sobornos merece reproche penal en cualquier Estado moderno. Y, sin dudas, esto es correcto. Es necesario contar con un delito especial, que imponga un estigma especial, para reprochar una conducta que es moralmente incorrecta de un modo particular.[8] Sin embargo, es difícil determinar por qué el cohecho es incorrecto de ese modo particular. De hecho, se han formulado diferentes teorías al respecto. Todas ellas intentan responder a la pregunta de por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos, y qué es lo que hace a estos comportamientos más graves que otros.[9]

El objetivo del trabajo es presentar y discutir una de esas teorías. Particularmente, la perspectiva que identifica la incorrección moral del cohecho con la mercantilización del gobierno. En adelante, se expondrán sus fundamentos y las consecuencias que traería aparejada su adopción. El análisis es de naturaleza normativa. En definitiva, se pretende discutir las razones que hacen del cohecho un comportamiento merecedor de castigo penal, más que describir o interpretar cierta legislación.

II. Definición de cohecho

Intentar definir de modo preciso qué debe entenderse por cohecho, sin explicar previamente en qué consiste lo reprochable del cohecho puede ser problemático. Esto debido al hecho de que existe una evidente circularidad en la definición; delimitar lo que debe y lo que no debe ser incluido en el concepto de cohecho depende de las razones por las cuales se considere disvalioso el cohecho.[10] De modo tal que, en principio, sólo puede presentarse una descripción esquemática de cómo las distintas regulaciones legales definen la conducta que configura el delito de cohecho.

El denominado delito de cohecho pasivo castiga la conducta del agente estatal que recibe o acepta una promesa de recibir algo de valor a cambio de realizar u omitir un acto relativo a su función. El cohecho activo, en cambio, castiga la conducta del que ofrece o promete algo de valor al agente estatal para que haga u omita un acto relativo a su función. Así, el delito de cohecho supone necesariamente la intervención de dos partes: alguien que soborne o al menos intente

[8] LOWENSTEIN, "Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics", en *UCLA Law Review*, 32, 1985, p. 806.
[9] Acerca de las distintas teorías sobre la inmoralidad del cohecho, puede verse RUSCA, "Delito de cohecho. Una discusión acerca de su ilicitud", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año V, número 05, 2015, p. 129 ss.
[10] GREEN, *supra* nota 3, p. 258.

sobornar, y alguien que sea sobornado o al menos intente serlo. En general, ambas conductas son castigadas con igual intensidad, aunque existen legislaciones que prevén penas diferentes.[11] Por otra parte, la definición de lo que debe entenderse por "algo de valor" varía en los distintos ordenamientos jurídicos. Mientras en algunos casos se exige que el soborno tenga valor económico, en otros se incluye todo aquello que pueda importar un beneficio de cualquier índole.[12]

Como se explicó más arriba, para que la entrega o promesa de algo de valor sea considerada un "soborno" debe ser realizada a cambio de una decisión por parte del funcionario. Esto es lo que diferencia el delito de cohecho de la mera aceptación de regalos. El funcionario que acepta un regalo no se compromete a realizar una conducta determinada como contraprestación[13]. De este modo, el cohecho puede ser representado como una especie de contrato consensual por medio del cual ambas partes se comprometen a realizar prestaciones recíprocas: el funcionario a realizar un acto relativo a sus funciones y el particular a entregar algo de valor a cambio de dicho acto. Sin embargo, algunas legislaciones también incluyen dentro del concepto de cohecho la aceptación por parte del funcionario de una retribución por un acto ya realizado, aun sin mediar acuerdo previo a su realización. Por ejemplo, el código penal alemán (§ 334 StGb) y el código penal español (art. 421, CP es).

En general, el delito de cohecho comprende aquellos casos en los cuales en virtud del soborno el funcionario se compromete a realizar un acto contrario a sus deberes (denominado por la doctrina "cohecho propio"), como aquellos casos en los cuales se compromete a realizar un acto de acuerdo con estos (denominado por la doctrina "cohecho impropio"). No obstante, algunos

[11] Véase ROSE ACKERMAN, "The Law and Economics of Bribery and Extortion", en *Annu. Rev. Law. Soc. Sci,* Vol. 6, 2010, p. 223. Disponible en http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152942 [enlace verificado el día 20 de noviembre de 2015].

[12] La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, en su art. 15, define al soborno como el ofrecimiento o la concesión de un "beneficio indebido" que redunde en provecho del agente estatal. Convención ratificada por ley 26.097 (B.O. 9/06/2006). Por el contrario, el código penal argentino utiliza los términos "dinero" o "dádiva" (art. 256, CP ar). La doctrina argentina se encuentra dividida sobre la interpretación que debería darse al término "dádiva". Para un sector, sólo comprendería objetos dotados de valor económico, mientras que para otros, también incluiría beneficios sin contenido patrimonial. Véase DONNA, *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 243. También, BUOMPADRE, "Cohecho y tráfico de influencias", en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial,* t. X, artículos 237/274, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 479.

[13] Distinguir un soborno de un regalo puede ser una tarea complicada en la práctica, ya que en la mayoría de los casos el acuerdo se celebra de modo encubierto. Además, como señala ROSE ACKERMAN, es frecuente que los involucrados tiendan a presentar el soborno como un regalo a los fines de atenuar su responsabilidad penal. Al respecto, véase ROSE ACKERMAN, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001, p. 135.

ordenamientos jurídicos castigan de un modo diferente ambas modalidades, ya que prevén una atenuación del castigo para los casos de cohecho impropio.[14]

Si bien hasta aquí el cohecho ha sido caracterizado como la aceptación de sobornos por parte de funcionarios públicos, esta descripción debe ser matizada. En los últimos años, varios países han incorporado a su legislación penal el delito de corrupción privada o corrupción entre particulares.[15] Este delito comprende la conducta de directivos, administradores o empleados de entidades del sector privado, que reciben sobornos para favorecer a otros en la adquisición o venta de bienes o en la contratación de servicios profesionales, como también el ofrecimiento de sobornos a las personas que desempeñan esas funciones, para ser favorecido en la adquisición o venta de bienes, o en la contratación de servicios profesionales. En algunos casos, la reforma ha sido más radical. Por ejemplo, la nueva legislación británica no sólo introdujo el castigo de la corrupción privada, sino que creó un tipo penal de corrupción de carácter general, el cual eliminó toda distinción entre el cohecho público y el privado.[16]

Estas reformas han dado lugar a serias controversias, especialmente en relación a si los fundamentos del castigo del cohecho privado son los mismos que los del cohecho público. Sobre este aspecto, la legislación británica ha sido objeto de severas críticas.[17] Ahora bien, en tanto la teoría del cohecho como mercantilización del gobierno sólo pretende explicar la inmoralidad de los sobornos en el ámbito del Estado, en adelante se entenderá por cohecho exclusivamente la aceptación de sobornos por parte de funcionarios públicos.

III. El concepto de mercado

[14] Así lo dispone el art. 420, CP español. Del mismo modo, el código penal uruguayo prevé un castigo agravado cuando el acto a realizar por el funcionario sea contrario a sus deberes (art. 158, CP ur).

[15] Entre otros, Alemania (§299 StGb) y España (art. 286 bis, CP es). También se prevé el delito de cohecho privado en el Código Penal Modelo de los Estados Unidos (Section 224.8).

[16] UK bribery Act 2010, Chapter 23, section 3. Disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf

[17] Para un análisis crítico de esta legislación, véase GREEN, "Official and commercial bribery: should they be distinguished?", en HORDER/ALLDRIDGE (eds.), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*. New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 39-65. También, ALLDRIDGE, "Reforming criminal law of corruption", en *Criminal Law Forum,* Vol. 11, 2000, pp. 287-322.

En principio, los mercados pueden ser definidos como instituciones en las cuales tienen lugar intercambios voluntarios entre personas.[18] Ciertamente, un intercambio voluntario presupone que tanto el comprador como el vendedor tengan la libertad de aceptar o rechazar la transacción y de negociar un acuerdo con otro que ofrezca condiciones más ventajosas. Esta libertad de negociación es fundamental para el funcionamiento de un mercado. Pero un mercado es algo más que el lugar donde se encuentran la oferta y la demanda de algún bien,[19] es también un mecanismo que coordina la conducta de los individuos.[20] En general, se argumenta que los mercados producen ese efecto de coordinación a través de variaciones en los precios. Por medio del alza y de la baja de los precios, las personas reciben mensajes que orientan sus decisiones de comprar o vender ciertas mercancías. De esta manera, el mecanismo del mercado determina los precios de los productos y, con ello, el modo en que se distribuyen esos bienes.[21] En definitiva, el mercado es tanto un lugar donde ocurren transacciones comerciales, como también un mecanismo de coordinación de esas transacciones.

Los defensores de la institución del mercado suelen invocar dos virtudes en su favor: la eficiencia y la libertad. En primer lugar, se sostiene que en situaciones ideales de información completa, inexistencia de monopolios y racionalidad de las partes, el mecanismo del mercado es más eficiente que otras formas de distribución de bienes. Es eficiente porque limita el desperdicio de los recursos y mejora el nivel de satisfacción de las preferencias individuales. Existen varias teorías económicas que pretenden demostrar esta relación entre mercado y eficiencia. No obstante, la idea central es que el mejor modo para que las personas obtengan lo que desean, es darles libertad para contratar con las condiciones y sujetos que ellas mismas elijan.[22] Piénsese, por ejemplo, en la reventa de entradas para un espectáculo deportivo. Que las partes estén dispuestas a celebrar esa transacción se debe a que el acuerdo promueve beneficios para ambas. El comprador que paga un monto superior al precio original de la entrada se ahorra el tiempo de espera y los trámites que realizan los demás para adquirirla. El vendedor que invierte parte de su tiempo en la adquisición de la entrada obtiene una ganancia como contraprestación. Como consecuencia del intercambio ambos se encuentran en una mejor situación con respecto a la

[18] SATZ, *Why some things should not be for sale. The moral limits of markets*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 15.
[19] ZIMMERLING, "Mercado libre y justicia social", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* n.° 2, 1995, p. 57. Disponible en http://www.cervantesvirtual.com/obra/mercado-libre-y-justicia-social-0/ [enlace verificado el 8 de diciembre de 2015].
[20] SATZ, *supra* nota 18, p. 15.
[21] ZIMMERLING, *supra* nota 19, p. 57.
[22] SATZ, *supra* nota 18, p. 21.

satisfacción de sus preferencias. Así, un mercado libre de reventa de entradas constituiría un sistema de distribución de recursos más eficiente que, por ejemplo, uno que prohibiera la reventa u otro que estableciera un precio obligatorio para esas transacciones.

En segundo lugar, se argumenta que la institución del mercado promueve el desarrollo de la libertad y la capacidad de elección de los individuos.[23] A diferencia de lo que sucedía en el sistema feudal donde los siervos estaban obligados a trabajar para un determinado señor, la economía de mercado en teoría permite a las personas trabajar para quienes quieran, decidir qué cosas producir, cuáles bienes consumir o las transacciones económicas que desean realizar. Y al permitir que los individuos sean capaces de expresar sus metas y deseos en las decisiones que toman, se sostiene que el mercado favorece en gran medida el desarrollo de la personalidad individual.[24] Asimismo, como afirma SATZ, el mercado como mecanismo de distribución de bienes y servicios es indiferente a los valores y modos de pensar de los individuos.[25] En principio, cualquier cosa puede ser comercializada por cualquier persona, sea un par de zapatos, una biblia o un riñón. Lo único necesario para realizar la transacción es que las partes acuerden sobre el precio, sin importar lo que represente la mercancía para cada una de ellas o la importancia que pueda tener en su plan de vida. En otros términos, la lógica del mercado no discrimina según la diversidad de valores morales de las personas.[26] Por ello, al reconocer tanto la capacidad de elección de las personas como el respeto por la diversidad de sus valores, el mercado es considerado una institución que promueve la libertad individual. Esto es especialmente destacado por sus defensores en comparación con distintas formas de organización económica. Mientras otros sistemas suponen un alto grado de injerencia estatal, el mercado permitiría coordinar las acciones de los individuos sin interferir en su ámbito de autonomía.

IV. La mercantilización como ilícito moral

[23] SATZ, *supra* nota 18, p. 21.
[24] DUXBURY, "Do Markets Degrade?, en *The Modern Law Review,* vol. 59, n.° 3, 1996, p. 333.
[25] SATZ, *supra* nota 18, p. 22.
[26] "*In its own way, market reasoning also empties public life of moral argument. Part of the appeal of markets is that they don't pass judgment on the preferences they satisfy. They don't ask whether some ways of valuing goods are higher, or worthier, than others. If someone is willing to pay for sex or a kidney, and a consenting adult is willing to sell, the only question the economists asks is, 'How much?' Markets don't wag fingers. They don't discriminate between admirable preferences and base ones. Each party to a deal decides for himself or herself what value to place on the things being exchanged*". SANDEL, *What money can't buy. The moral limits of markets*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012, p. 14.

Ahora bien, aun cuando se reconozcan las virtudes del mercado, la pregunta a formular es si existen límites a aquello que puede ser objeto de mercantilización. En este sentido, como señala Michael SANDEL, se plantean dos problemas diferentes. Por un lado, un problema de naturaleza conceptual. Existen ciertas cosas que no *pueden* ser mercantilizadas porque someterlas a las leyes del mercado las convierte en algo completamente diferente.[27] Así, por ejemplo, no se pueden comprar amigos. Si alguien afirmara que ha comprado en el mercado un nuevo "amigo", con seguridad se le respondería que lo que ha comprado no es un verdadero amigo. Probablemente la persona contratada pueda hacer algunas de las cosas que hacen los amigos, pero la amistad misma no puede ser mercantilizada. La intervención del dinero convierte a esa relación en algo diferente.[28] Lo mismo sucedería si alguien pretendiera comprar un "novio" o una "novia". Estas relaciones no pueden ser adquiridas, porque conceptualmente dejarían de ser lo que son.

Por otro lado, se presenta un problema de naturaleza normativa. Es decir, aun cuando ciertas cosas sí pueden mercantilizarse, se sostiene que no *deben* ser objeto de compra y venta por razones morales. Esas razones son fundamentalmente de tres clases.

Primero, se argumenta que la comercialización produce efectos degradantes en algunos bienes. Esto es, la aplicación de las reglas del mercado a la distribución de esos bienes los corrompe.[29] El argumento de la corrupción es independiente de los resultados que podría traer consigo la mercantilización. De hecho, un mercado podría ser un medio adecuado para incrementar las preferencias de todas las partes interesadas en la comercialización de esos bienes. Puede pensarse, por ejemplo, en la mercantilización de niños en adopción. Así, un padre pobre podría vender su hijo a una pareja adinerada imposibilitada de procrear, en la cual el niño gozaría de una calidad de vida y oportunidades sustancialmente mejores. El padre pobre obtendría de la transacción ingresos necesarios para sostener al resto de su familia y los compradores podrían satisfacer su deseo de ser padres. Si bien la transacción sería beneficiosa para todos, aun puede sostenerse que sería moralmente reprochable. Comprar y vender niños es inmoral porque degrada su valor como seres humanos, en tanto supone tratarlos como si fueran cosas. En efecto, la comercialización de bebés en adopción supondría establecer un precio para los niños, el cual sería determinado por la oferta y la demanda según las cualidades que se consideren más o menos apreciables en el mercado (raza, color de ojos, sexo, coeficiente intelectual, etc.). Pero este modo

[27] SANDEL, *supra* nota 26, p. 93.
[28] SANDEL, *supra* nota 26, p. 93.
[29] SANDEL, *supra* nota 26, p. 110.

de valorar a los niños es inaceptable si se considera que todos ellos tienen exactamente el mismo valor moral y la misma dignidad como seres humanos.

En segundo lugar, se ofrecen reparos a la mercantilización de ciertos bienes apelando al valor de la igualdad. De acuerdo con este argumento, la razón por cual determinados mercados son inadmisibles es que debilitan las condiciones necesarias para que las personas puedan interactuar como iguales.[30] En cierto sentido, el argumento se relaciona con la defensa de los valores democráticos, particularmente con la idea de que los individuos tienen derecho a participar en un pie de igualdad en el gobierno de la sociedad.[31] Supóngase, como ejemplifica SATZ, que los votos de los ciudadanos pudieran intercambiarse como cualquier mercancía. Este mecanismo de distribución de la voluntad política sería probablemente un sistema eficiente. Los votos terminarían en manos de aquellos que tuvieran más interés en ellos y disposición a pagar el mejor precio. Asimismo, un mercado electoral reconocería amplia libertad a los ciudadanos para disponer de su voluntad política como más quisieran. Pero la razón por cual la compraventa de votos debería ser prohibida es la necesidad de preservar ciertos valores democráticos. Si se autorizara a los ciudadanos a comprar y a vender votos, la voluntad de algunos valdría más que la de otros. Por lo tanto, este sistema sería incompatible con el procedimiento democrático, particularmente con el derecho de participación igualitaria en el gobierno de la sociedad.

En tercer lugar, se argumenta que crear un mercado para distribuir determinados bienes permitiría a algunas personas explotar la desesperación de los pobres.[32] Piénsese, por ejemplo, en si debería autorizarse un mercado de trasplantes de órganos humanos. Los que defienden la comercialización argumentan que la prohibición de vender órganos es ilegítima, porque infringe la libertad de las personas de disponer de su cuerpo. Además, un mercado de trasplantes probablemente sería más eficiente que un sistema que dependiera de la donación, dado que los incentivos económicos ayudarían a incrementar la oferta de dadores y, por consiguiente, se reduciría la escasez de órganos.[33] Por el contrario, los que apoyan la prohibición sostienen que la comercialización de órganos produciría situaciones de explotación inaceptables.[34] Si se permitiera el funcionamiento de un mercado de esas características, los pobres podrían aceptar vender sus

[30] SATZ, *supra* nota 18, p. 95.
[31] SATZ, *supra* nota 18, p. 100.
[32] SATZ, *supra* nota 18, p. 195.
[33] BECKER/POSNER, *Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism*, Chicago, University of Chicago Press, 2009, p. 80.
[34] SATZ, *supra* nota 18, p. 195.

órganos coaccionados por circunstancias de necesidad extrema, mientras que otros podrían aprovecharse fácilmente de esa situación. En última instancia, el argumento supone que por las condiciones de desigualdad de las partes, las transacciones de este tipo no serían realmente voluntarias. Es decir, la razón en contra de la mercantilización no se fundamenta en este caso ni en la degradación de los bienes comercializados ni en su incompatibilidad con el principio democrático de igualdad ante la ley, sino en la necesidad de evitar la explotación de personas vulnerables.

En conclusión, la defensa de la institución del mercado como forma de coordinación social se fundamenta en razones de eficiencia y en razones de protección de la libertad individual. Sin embargo, existen determinados ámbitos en los cuales aun quienes abogan por una economía de mercado están dispuestos a rechazar la creación de un mercado. En esos casos, la oposición a la mercantilización se basa comúnmente en tres argumentos diferentes: el efecto de degradación que puede producir sobre lo que se comercializa, su incompatibilidad con reglas necesarias para que las personas puedan interactuar como iguales y el interés por prevenir situaciones radicales de explotación de los pobres. Por supuesto, no todos comporten estos argumentos. Para algunos la economía de mercado carece por completo de esas virtudes y, por el contrario, otros piensan que ningún mercado es inmoral. Asimismo, del hecho de reconocer que un mercado sea inmoral, no se sigue necesariamente que deba prohibírselo. En ciertos casos podría ser preferible, en lugar de establecer una prohibición absoluta, imponer sólo algunas regulaciones obligatorias para los contratantes. Todo ello forma parte de una discusión más amplia sobre qué hacer y qué medidas adoptar para prevenir de manera eficaz determinadas transacciones económicas. En principio, aquí sólo se ha pretendido describir las razones por las cuales ciertos mercados son *especialmente* cuestionables.

V. El cohecho como mercantilización del gobierno

Ahora bien, en tanto se acepte la premisa de que algunos mercados son inmorales, el siguiente paso es determinar si esta idea permite explicar por qué es incorrecto que los funcionarios públicos acepten sobornos. Como se mencionó más arriba, ha sido Peter ALLDRIDGE quien ha desarrollado una teoría que se orienta en esa dirección. Según este autor, algunos delitos que los penalistas tienden a considerar marginales y poco conectados con los problemas teóricos de la parte general del derecho penal (vgr.: el contrabando, la falsificación de moneda o el cohecho), pueden comprenderse mejor cuando se clarifica la relación existente entre el mercado y el

derecho penal. En este sentido, ALLDRIDGE sostiene que estos delitos deberían ser agrupados en la categoría de "delitos relativos al mercado", dado que presentan características comunes y problemas similares.[35]

Dentro esta categoría, ALLDRIDGE incluye dos grupos de delitos. En primer lugar, aquellos que prohíben conductas que impiden al mercado funcionar de acuerdo con sus objetivos manifiestos. En estos casos, el Estado castiga ciertos comportamientos para proteger el funcionamiento adecuado del mercado. Entre estas infracciones, puede mencionarse el delito de falsificación de moneda, cuya finalidad sería la protección de la unidad de intercambio del mercado, o el delito de contrabando, que tendría como función garantizar el mantenimiento de sus límites geográficos.[36] Por otro lado, un segundo grupo de delitos relativos al mercado estaría conformado por la prohibición de cierto tipo de intercambios económicos. Según ALLDRIDGE, es necesario establecer límites para definir cuáles áreas de la sociedad deben ser gobernadas por las reglas del mercado y cuáles no. Para ello, se recurre al derecho penal con el fin de prevenir la formación de mercados que son considerados inaceptables en una sociedad determinada. Así, por ejemplo, la prohibición sobre la compraventa de sexo, de órganos humanos o de decisiones estatales, tendría la finalidad de evitar la mercantilización de ciertas cosas que no deben ser compradas ni vendidas.[37]

No resulta del todo claro cuál es la utilidad de esta categoría de delitos relativos al mercado. Tampoco si lo que pretende ALLDRIDGE es describir ciertas características que asume el derecho penal moderno o si en cambio procura justificar las normas penales relativas al mercado. El autor sólo se limita a señalar que es imposible justificar estos delitos sobre la base de la existencia de un daño específico a intereses de terceros, como lo requeriría el principio del daño, dado que el perjuicio ocasionado por estas conductas es en general remoto y muy difícil de apreciar.[38] Luego afirma que no puede desarrollarse una explicación coherente del daño que previenen los delitos contra el mercado, sin establecer previamente qué clases de mercados se quiere promover y cómo deberían operar.[39] Sin embargo, no especifica qué clases de mercados serían deseables ni qué reglas deberían respetar. De todos modos, aquí el análisis se limitará a su teoría del cohecho como mercantilización del gobierno.

[35] ALLDRIDGE. *Relocating Criminal Law. Applied legal philosophy*, Aldershot, Dartmouth, 2000, p. 167.
[36] ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 168.
[37] ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 186.
[38] ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 169.
[39] ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 178.

Según el punto de vista de ALLDRIDGE, la ilicitud del cohecho radicaría en la conversión de los actos de gobierno en una mercancía sujeta a las leyes del mercado. Esto sería algo incorrecto porque afectaría la legitimidad del gobierno:

"En general, la razón para criminalizar la creación de mercados en el gobierno es proteger la legitimidad del gobierno. Los casos de soborno o chantaje que afectan el funcionamiento del sistema de gobierno, la aplicación de la ley y las elecciones, tienen como vicio fundamental contra el que se dirigen la mercantilización de algo que es esencial que se encuentre fuera del mercado para el funcionamiento de una sociedad democrática que expresa el Estado de derecho. Como los delitos contra la moneda, históricamente se desarrollaron muy temprano y son delitos graves. El argumento es que el Estado de derecho no puede funcionar en un sistema en donde el gobierno está a la venta".[40]

Pues bien, ¿por qué sería ilegítimo un Estado en el cual las decisiones de sus funcionarios pudieran ser comercializadas? ¿Por qué sería esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática prevenir la formación de un mercado de actos de gobierno? El autor no ofrece una respuesta precisa a estas preguntas. Luego de señalar que la mercantilización del gobierno podría ocasionar ciertos daños, ALLDRIDGE se limita a afirmar que debe evitarse la coalescencia entre riqueza y poder.[41] De cualquier modo, si se considera el segundo argumento contra la mercantilización desarrollado más arriba, es posible ofrecer una razón bastante simple. Supóngase, por ejemplo, un sistema de justicia penal regido por las leyes del mercado, en el cual el contenido de las sentencias se determinara por el precio que las partes estuvieran dispuestas a pagar. En ese sistema, ser culpable o inocente de un delito dependería del dinero que cada uno tuviera y, por consiguiente, el principio democrático de igualdad ante la ley carecería de toda relevancia. Lo mismo podría decirse de un sistema político en el que las leyes y medidas de gobierno se decidieran por dinero.[42] Si los únicos capaces de incidir en el gobierno fueran las personas con poder económico, todo el procedimiento democrático de sanción de las leyes y elección de las autoridades sería una quimera. En definitiva, la pretensión de que los ciudadanos sean capaces de interactuar y participar como iguales en el gobierno de la sociedad, se torna imposible si el contenido del derecho o su aplicación varía en función de la riqueza de los ciudadanos. Por

[40] ALLDRIDGE, *supra* nota 35, p. 186.
[41] ALLDRIDGE, *supra* nota 17, p. 300.
[42] DUXBURY, *supra* nota 24, p. 331.

consiguiente, para que un régimen político pueda ser considerado democrático, el dominio del mercado no puede alcanzar el ámbito de las decisiones del Estado.

En conclusión, de acuerdo con esta perspectiva el cohecho es moralmente incorrecto porque supone la compraventa de decisiones estatales. Es decir, lo que hace reprochable la conducta de los funcionarios públicos que aceptan sobornos y de los particulares que se los ofrecen, es la creación de un mercado en el cual se pueden comprar y vender las decisiones del Estado. Esta clase de mercantilización debe ser evitada porque contradice principios esenciales de un sistema democrático de gobierno.

VI. Evaluación crítica

La teoría del cohecho como la creación de un mercado ilícito ha sido objeto de varias críticas. En primer lugar, Stuart P. GREEN ha sostenido que la perspectiva de ALLDRIDGE no puede explicar adecuadamente la distinción entre sobornos y regalos.[43] Ciertamente, la mayoría de las legislaciones distinguen entre la comisión del delito de cohecho y el ofrecimiento y aceptación de regalos. En principio, la distinción radica en que el funcionario que acepta un soborno se compromete a realizar un acto determinado como contraprestación, mientras que el funcionario que recibe un regalo no ofrece nada a cambio.[44] La crítica pretende demostrar que la teoría de la mercantilización conduce a consecuencias inadmisibles, dado que aceptar un soborno es algo mucho más grave que aceptar un regalo y, por consiguiente, ambas conductas deberían tener consecuencias penales diferentes. Sin embargo, la objeción de GREEN es infundada. Si se entiende por mercantilización del gobierno la compraventa de decisiones del Estado, entonces aceptar un regalo no es mercantilizar. El funcionario que acepta un regalo no se ha "vendido" y el que le regala algo no lo ha "comprado".[45] Por lo tanto, no es una consecuencia de esta perspectiva que los sobornos y los regalos sean lo mismo.

Por otro lado, GREEN cuestiona a ALLDRIDGE por equiparar el cohecho a la prostitución y a la venta de órganos, al incluir todas estas conductas dentro de la misma categoría de mercantilización ilícita.[46] En efecto, el cohecho parece ser algo mucho más grave que la

[43] GREEN, *supra* nota 3, p. 260.
[44] GREEN, *supra* nota 3, p. 263. PHILIPS, "Bribery", en *Ethics*, vol. 94, n.° 4, 1984, p. 633.
[45] PHILIPS, *supra* nota 44, p. 633.
[46] GREEN, "Review Essay/Broadening the Scope of Criminal Law Scholarship", en *Criminal Justice Ethics*, vol. 20, 2001, p. 59.

prostitución y la venta de órganos; considerarlos igualmente a todos como casos de mercantilización ilícita no permitiría reflejar su distinto grado de incorrección. Sin lugar a dudas, la crítica de GREEN es interesante y señala un problema importante del enfoque de la mercantilización. De todos modos, podría intentarse una respuesta a tal objeción. Si bien todas esas conductas suponen la mercantilización de algo que debe estar fuera del mercado, lo que hace particularmente más grave al cohecho son las razones por las cuales esa mercantilización es incorrecta. A diferencia de la prostitución y la venta de órganos, la compraventa de actos del Estado vulnera principios esenciales para el funcionamiento de la democracia. Además, son aquellos que están especialmente obligados a resguardar los principios que rigen el sistema democrático, esto es, los funcionarios públicos, quienes transgreden esos principios al autorizar la venta de los actos de gobierno. Por consiguiente, tanto por el objeto que se comercializa como por el rol de los sujetos que intervienen en la transacción, el cohecho puede ser considerado una especie diferente y más grave del género "mercantilización ilícita".

Por último, Jeremy HORDER ha señalado otro problema de la perspectiva de ALLDRIDGE. El argumento del autor es que determinadas decisiones estatales pueden ser legítimamente "vendidas". Es decir, entendida la mercantilización del gobierno como el intercambio de decisiones estatales por dinero, no es posible diferenciar el cohecho de conductas completamente legítimas de los funcionarios públicos. Así, sostiene HORDER:

"A la inversa, es perfectamente concebible que los que trabajan en el sector público puedan legítimamente 'vender' sus servicios. Por ejemplo, dependiendo de las circunstancias, no sería necesariamente incorrecto permitir a los jueces ofrecer sus servicios como árbitros independientes a partes dispuestas a pagar sus honorarios. La adjudicación de justicia, entendida como un modo de tomar decisiones sistemáticamente de acuerdo con reglas y principios, puede legítimamente ser comprada y vendida (como cualquier árbitro autónomo afirmará). Es, por supuesto, la toma de ciertas decisiones, y el dar razones por ellas, donde radica la justicia que no se debe vender […]. ¿Qué decir, entonces, de las decisiones de asignación de otros recursos escasos, muchas de las cuales son tomadas en el sector público, como las decisiones acerca del derecho a la vivienda u otros beneficios de la seguridad social? Claramente, estas no deberían ser influenciadas por la expectativa de beneficios personales prometidos o recibidos, pero ese punto plantea una complejidad aquí. Algunas decisiones distributivas, como la concesión por parte de un Departamento del Gobierno de un contrato para perforar en busca de petróleo, de hecho puede ser 'vendida', en donde el precio de compra no es un beneficio puramente personal. Por ejemplo,

tal decisión puede ser influenciada legítimamente en función de si el licitador está preparado para ofrecer mayores beneficios para el interés público —como opuesto al personal— que sus competidores o competidoras, en la forma, por ejemplo, de fondos para construir hospitales y escuelas en la zona".[47]

La crítica de HORDER pone de manifiesto una dificultad seria del enfoque de la mercantilización. En tanto que para esta perspectiva lo que está mal respecto de ofrecer y aceptar sobornos es intercambiar decisiones por dinero, no importa si el "precio" de la decisión es un beneficio personal para el funcionario o un beneficio de interés público. En ambos casos existe conceptualmente mercantilización de los actos de gobierno. De ello resulta que la definición de lo que debería considerarse cohecho según la teoría de la mercantilización es verdaderamente problemática. Esto puede advertirse con otro ejemplo sencillo:

El reglamento de una escuela pública dispone que los estudiantes que alcancen el número máximo de inasistencias permitidas deberán repetir el curso. Excepcionalmente, con autorización de sus padres y mediante el pago de una suma de dinero, los estudiantes pueden obtener un permiso para diez inasistencias adicionales hasta la finalización del ciclo lectivo. Algunos estudiantes que han alcanzado el máximo de inasistencias autorizadas, y que no desean informarles a sus padres de la situación, deciden pagar dinero a un empleado de la escuela a cambio de que omita registrar sus inasistencias.

En un sentido, tanto el colegio como el empleado que acepta sobornos hacen de las asistencias de los estudiantes una mercancía que puede comprarse y venderse. Probablemente, mercantilizar la asistencia sea una decisión equivocada de la escuela, dado que produce una situación de desigualdad. Aquellos alumnos que pueden pagar el dinero requerido para obtener asistencias adicionales, obtienen un beneficio por sobre aquellos que no pueden pagarlo. Sin embargo, es difícil de aceptar que la ilicitud moral de lo que hace el empleado que acepta sobornos sea exactamente igual a lo que hacen los empleados que cumplen con el reglamento del colegio. Asimismo, tampoco es plausible sostener que los padres que pagan al colegio de conformidad con el reglamento, realicen una conducta del mismo valor moral que los estudiantes que ofrecen sobornos. En definitiva, si se acepta la perspectiva de ALLDRIDGE, debería concederse que ambos comportamientos tienen el mismo grado de incorrección moral. Pero esta consecuencia es difícilmente admisible.

[47] HORDER, "Bribery as a form of criminal wrongdoing", en *Law Quarterly Review*, vol. 127, 2010, p. 48.

VII. Conclusiones

La perspectiva de la mercantilización, como teoría explicativa de la incorrección moral del cohecho, representa un punto de vista novedoso y poco explorado. Más allá de la obra de ALLDRIDGE, los penalistas y filósofos del derecho penal se han inclinado mayormente por otras perspectivas. De todos modos, este trabajo ha intentado demostrar que la idea de la mercantilización no puede aclarar por qué está mal que un funcionario acepte un soborno, ni por qué está mal que una persona se lo ofrezca. Si bien las críticas a la teoría de ALLDRIDGE son varias, la de Jeremy HORDER parece ser la más seria y difícil de rebatir. Su objeción demuestra que adoptar el enfoque de la mercantilización, conduciría al castigo de conductas que son moralmente aceptables, o en el mejor de los casos, a conductas que son incorrectas en un grado sustancialmente menor al ofrecimiento y aceptación de sobornos. En definitiva, ello sugiere que la ilicitud del cohecho debería buscarse en otro lugar.

VIII. Bibliografía

ALLDRIDGE, Peter, *Relocating Criminal Law. Applied legal philosophy*, Dartmouth, Aldershot, 2000.

— "Reforming criminal law of corruption", en *Criminal Law Forum*, vol. 11, 2000, pp. 287-322.

BECKER, Gary S./POSNER, Richard A., *Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Cohecho y tráfico de influencias", en BAIGÚN, David/ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial,* t. X, artículos 237/274, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 465-507.

DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

DUXBURY, Neil, "Do Markets Degrade?", en *The Modern Law Review,* vol. 59, n° 3, 1996, pp. 331-348.

GARDNER, John, *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (traducción a cargo de María Laura MANRIQUE y José Milton PERALTA), Madrid, Marcial Pons, 2013.

GREEN, Stuart P., "Official and commercial bribery: should they be distinguished?", en HORDER, Jeremy/ALLDRIDGE, Peter (eds.), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2013.

— *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (traducción a cargo de José Ramón AGUSTINA SANLLEHÍ, Miriam AMORÓS BAS e Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO), Madrid, Marcial Pons, 2013.

— "Review essay/broadening the scope of criminal law scholarship", en *Criminal Justice Ethics*, Volume 20, 2001, pp. 55-62.

HART, Herbert L. A., *Law, liberty and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.

HORDER, Jeremy, "Bribery as a form of criminal wrongdoing", en *Law Quarterly Review*, vol. 127, 2010, pp. 37-54.

KINDHÄUSER, Urs, "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán" (traducción a cargo de Percy GARCÍA CAVERO), en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales,* n.º 3, 2007, pp. 1-18. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf [enlace verificado el día 11 de diciembre de 2015].

LOWENSTEIN, Daniel H., "Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics", en *UCLA Law Review*, 32, 1985, pp. 784-851.

MILL, John S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.

NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

PHILIPS, Michael, "Bribery", en *Ethics*, vol. 94, n° 4, 1984, pp. 621-636.

ROSE ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001.

— "The law and economics of bribery of extortion", en *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.*, vol. 6, 2010, pp. 217-28. Disponible en http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152942 [enlace verificado el día 20 de noviembre de 2015].

RUSCA, Bruno, "Delito de cohecho. Una discusión acerca de su ilicitud", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año V, número 05, 2015, pp. 129-138.

SANDEL, Michael, *What money can't buy. The moral limits of markets*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012.

SATZ, Debora, *Why some things should not be for sale. The moral limits of markets*, New York, Oxford University Press, 2012.

ZIMMERLING, Ruth, "Mercado libre y justicia social", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* n° 2, 1995, pp. 55-68.

ESCLAVAS EN LA GUERRA: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MATRIMONIO FORZADO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

Paula SCIANCA LUXEN*

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2015
Fecha de aprobación: 7 de marzo de 2016

"You accept to be a wife because you have to survive in the jungle.
Sometimes you see your family, friends and relatives being
killed in front of your eyes (…). It is a matter of trying to survive
at all cost and in the most difficult circumstances.
As a wife you have no alternative but follow your husband
wherever he goes and do whatever he says. I tried
to go back to my relatives but there was no way I could escape (…)"

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara &Kanu*, "Prosecution filing of expert report pursuant to rule 94 *(bis)* and decision on prosecution request for leave to call an additional expert witness", Annex A "Expert report on the Phenomenon of 'forced marriage' in the context of the trials against the RUF and AFRC Accused only", SCSL- 2004-16-T, 8 de agosto de 2005, p. 15.

Resumen

En el presente trabajo se analizará el fenómeno de los matrimonios forzados (o *bush wives*) en el marco de conflictos armados y su encuadre legal en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. En la decisión sobre confirmación de cargos del caso *Fiscal c. Katanga*, este tribunal consideró que la presencia de *bush wives* formaba parte de la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, al formular su análisis de la esclavitud sexual como crimen de guerra, la Corte no examinó expresamente la cuestión del matrimonio forzoso. Precisamente, este artículo se concentra en el crimen de guerra de esclavitud sexual y aporta nuevos argumentos que no han

* Abogada (UBA). Ayudante de "Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal", Cátedra del Dr. Alejandro Alagia (UBA). Contacto: pausciancalux@gmail.com. Este trabajo es fruto de investigaciones realizadas con el apoyo y la guía fundamental de la Dra. Natalia Luterstein. Es necesario el agradecimiento a Leandro Días y Cecilia Gebruers por sus comentarios y discusiones sobre la temática que han sido de gran ayuda. Y a Marcos Kotlik y Ezequiel Heffes por sus observaciones desde el comienzo de mi investigación.

sido considerados por la Corte Penal Internacional, que permitirían la inclusión del matrimonio forzoso en ese tipo penal. A tal fin, se realizará un análisis crítico de distintas posturas y se tomará en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona.

Palabras clave: Esclavitud sexual — Matrimonio forzado — Mujeres — Niñas — Estatuto de Roma — Conflictos armados — Crímenes de guerra — Crímenes de lesa humanidad

Title: Wartime Slaves: Reflections on Forced Marriage in Armed Conflicts

Abstract

This paper will analyze the phenomenon of forced marriages (or *bush wives*) in the context of armed conflicts and its legal framework in the Rome Statute of the International Criminal Court. In the decision on the confirmation of charges in the *Fiscal vs. Katanga* case, the Court considered that the presence of *bush wives* was an integral part of sexual slavery as a crime against humanity. However, in its analysis of sexual slavery as a war crime, the Court did not expressly examine the issue of forced marriages. Precisely, this paper focuses on the war crime of sexual slavery, giving new arguments which have not been considered by the International Criminal Court and that would allow the inclusion of forced marriages within that crime. To that end, different positions will be assessed and the case law of the Special Court for Sierra Leone will be taken into account.

Keywords: Sexual slave — Forced marriage — Bush wives — Women — Girls — Rome Statute — Armed conflicts —War crimes — Crimes against humanity

Sumario

I. Introducción; II. Concepto de matrimonio forzoso; III. Esclavas en la guerra; 1. El tratamiento dado al matrimonio forzoso por el Tribunal Especial para Sierra Leona y la CPI; 2. El matrimonio forzoso como crimen de guerra de esclavitud sexual; a) Elementos 1 y 2; b) Elementos 3 y 4; IV. Reflexiones finales; V. Bibliografía.

I. Introducción

A pesar de la protección especial consagrada en el Derecho internacional humanitario consuetudinario y convencional, así como de las conquistas plasmadas en diferentes instrumentos de derechos humanos, mujeres y niñas siguen ocupando el primer lugar entre las víctimas de

crímenes internacionales.[1] Basta hacer un repaso de los últimos veinte años para notar que la violencia basada en el género se manifiesta de distintas formas durante los conflictos armados.[2]

A su vez, desde la creación de los tribunales internacionales *ad hoc*[3] hasta nuestros días se puede vislumbrar el esfuerzo de la comunidad internacional en la investigación, persecución y sanción de los responsables de los crímenes más aberrantes.[4] En este contexto, el Estatuto de Roma (en adelante, ER) de 1998,[5] que crea y regula la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), consagra de modo exhaustivo los crímenes contra la integridad sexual.[6] Allí se tipifican como crímenes internacionales (en el marco de la enumeración de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) los actos que constituyan violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que sea de gravedad comparable a los crímenes enumerados.[7]

---

[1] ONU, Consejo de Seguridad, S/2015/203 *Conflict-related sexual violence,* 23 de marzo de 2015. Disponible en http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2015_203.pdf [enlace verificado el día 15 de mayo de 2016]; U.N. Doc. *Women, Peace and Security: Study submitted by the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1325 (2000).* Disponible en: http://www.un.org/womenwatch/daw/public/eWPS.pdf [enlace verificado el día 15 de mayo de 2016]; U.N. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/1998/13 *Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict*, Informe Final de la Relatora Especial Gay J. McDougall, 22 de junio 1998; O'GORMAN, Eleanor, *Review of UN Action Against Sexual Violence in Conflict 2007-2012 - Final Report,* 2013. Disponible en http://stoprapenow.org/uploads/advocacyresources/1401281502.pdf [enlace verificado el día 15 de mayo de 2016]; CICR, *Las mujeres y la guerra,* Ginebra, CICR, 2008.

[2] Cf. SACKELLARES, "From Bosnia to Sudan: sexual violence in modern armed conflict", en *Wisconsin Women's Law Journal*, vol. 20, 2005, pp. 137-165; GAGGIOLI, "Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law", en *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.° 894, 2014, p. 506. Véase también HUMAN RIGHTS WATCH, "'We'll kill you if you cry': Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict", vol. 15, n.° 1 (A), 2003.

[3] Me refiero a la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda durante la década de los noventa.

[4] Para un análisis jurisprudencial de los tribunales *ad hoc* véase SCHOMBURG/PETERSON, "Genuine consent to sexual violence under international criminal law", en *American Journal of International Law,* vol. 101, n.° 1, 2007, pp. 121 ss.; CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, "La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados. Un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la ex –Yugoslavia y Ruanda", en *Revista para el análisis del derecho*, n.° 4, 2011, pp. 1-29. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona véase PALMER, "An evolutionary analysis of gender-based war crimes and the continued tolerance of "forced marriage", en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 7, n.° 1, 2009, pp. 133-159; y OOSTERVELD, "Atrocity crimes litigation year-in-review (2010): a gender perspective", en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 9, 2011, pp. 325-354.

[5] El texto fue adoptado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002.

[6] Cf. CHINKIN, "Gender-Related Violence and International Criminal Law and Justice", en CASSESE (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 2009, 75-81.

[7] Artículos 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del ER. Sobre la labor del movimiento feminista en el marco de los trabajos preparatorios del ER, en particular respecto de la inclusión del catálogo de crímenes sexuales, ver: HALLEY, "Rape at Rome: feminist interventions in the criminalization of sex-related violence in positive International Criminal Law", en *Michigan Journal of International Law,* n.° 30, 2008, pp. 1-123.

A pesar de lo expuesto, en ninguna de las tres sentencias[8] dictadas por la CPI hasta el momento se produjo una condena por delitos de índole sexual.[9] En la confirmación de cargos del caso *Katanga y Ngudjolo Chui*[10] —en el marco de la Situación de la República Democrática del Congo— la Corte se expidió, no obstante, sobre los crímenes de violación y esclavitud sexual. Allí, la Sala de Cuestiones Preliminares I optó por considerar que la presencia de *bush wives*[11] formaba parte de la esclavitud sexual. De esta manera, al incluir "las situaciones en las cuales mujeres y niñas son forzadas al 'matrimonio', servidumbre doméstica u otra forma de trabajo forzado",[12] abrió la puerta al análisis del matrimonio forzado[13] como crimen de esclavitud sexual, tanto en carácter de crimen de lesa humanidad como de crimen de guerra. En el presente trabajo, se analizará el matrimonio forzado en el marco de los conflictos armados, con el propósito de construir una argumentación que fortalezca la postura adoptada por la CPI. Ello se debe a que el desarrollo del problema en el marco de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la

[8] Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, SPI I, *Fiscal c. Lubanga Dylo,* "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", ICC-01/04-01/06, 10 de julio de 2012; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SPI II, *Fiscal c. Ngudjolo Chui* , "Judgment pursuant to article 74 of the Statute", ICC-01/04-02/12, 18 de diciembre de 2012; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SPI II, *Fiscal c. Katanga,* "Décision relative à la peine (article 76 du Statut)", ICC-01/04-01/07, 23 de mayo de 2014.

[9] En el caso *Lubanga Dylo* no se consideró la violencia sexual sufrida por niñas soldados porque no se encontraba incluida en la base fáctica. En relación con el caso *Ntaganda* (un ex comandante de *Lubanga*) en su confirmación de cargos se escindieron los hechos que se le imputaban: por un lado, se sostuvo el reclutamiento y la utilización para participar de las hostilidades y, por el otro, los vejámenes sexuales (CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP II, *Fiscal c. Bosco Ntaganda*, "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda", ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014). No obstante, aunque en ambos casos existía la posibilidad de que la Corte abordara el análisis del matrimonio forzoso (ya que incluso de las decisiones mencionadas se desprendía este tipo de sometimiento como una práctica por parte de los imputados), no lo hizo. El juicio a *Ntaganda* comenzó el 2 de septiembre de 2015. Con respecto a *Germain Katanga*, fue absuelto de los crímenes sexuales y el uso de niños soldados. Por último, a *Mathieu Ngudjolo* lo absolvieron de todos los cargos. No obstante, a partir de junio de 2014, la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha hecho público un documento titulado *"Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes"* que da a conocer la forma de trabajo, abordaje, investigación y presentación del caso, en aquellas situaciones en las que se esté en presencia de crímenes basados en el género.

[10] CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui*, "Decisión de confirmación de cargos", ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008.

[11] Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, "Prosecution filing of expert report pursuant to rule 94 *(bis)* and decision on prosecution request for leave to call an additional expert witness", Annex A "Expert report on the Phenomenon of 'forced marriage' in the context of the trials against the RUF and AFRC Accused only", SCSL- 2004-16-T, 8 de agosto de 2005; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Lubanga Dylo,* "Transcript", ICC-01/04-01/06-T-223-ENG, 7 de enero de 2010.

[12] Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui*, "Decisión de confirmación de cargos", *supra* nota 10, párr. 431.

[13] Sólo a los fines prácticos utilizaré los términos "forzado" y "forzoso" como sinónimos.

población civil ha sido abordado en detalle,[14] lo que hace necesaria una profundización en el estudio de su calificación como crimen de guerra. Para ello, se analizarán, principalmente, los precedentes del Tribunal Especial para Sierra Leona, en los que se ha interpretado el concepto de matrimonio forzoso, tanto en carácter de crimen de lesa humanidad como de crimen de guerra. A fin de enriquecer el análisis, se utilizará doctrina crítica sobre la cuestión.

En el primer apartado se reseñará el concepto de matrimonio forzado y luego se explicará la relación existente entre este fenómeno y los conflictos armados. Más adelante, se analizará el crimen de guerra de esclavitud sexual a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona[15] y, a partir de ello, se examinará el tratamiento que debería darle la CPI a la cuestión. Finalmente, se presentarán algunas reflexiones acerca de la complejidad de este fenómeno y su abordaje por parte del Derecho internacional penal.

II. Concepto de matrimonio forzoso

Antes de comenzar con el análisis del matrimonio forzoso, debe aclararse qué se entiende por "matrimonio" a los fines del presente ensayo. La cuestión del matrimonio forzoso se encuentra íntimamente ligada a la concepción tradicional del matrimonio: una unión heterosexual entre un varón y una mujer.[16] En este marco, cobra relevancia la distinción de los roles que deben asumir el varón y la mujer, que están atravesados por los estereotipos de género.[17] Un ejemplo de esta separación es la diferenciación entre el ámbito público y privado. El primero se refiere a todas aquellas actividades que se vinculan con el mundo laboral, las relaciones sociales, la política, entre otros, donde el varón se va a desenvolver. Y el segundo, que se vincula con el hogar, con las

[14] Véase infra apartados II y III.

[15] Si bien el análisis se centra en la jurisprudencia de este tribunal, ello no implica desconocer el desarrollo que los Tribunales *ad hoc* para Ruanda y para la ex Yugoslavia han realizado sobre la esclavitud sexual como crimen internacional, en particular, y los crímenes sexuales, en general. Cabe aclarar que el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia en el caso *Krocka* hace referencia al matrimonio forzoso y lo entiende como una forma de violencia sexual (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, SJ, *Fiscal c. Krocka et al.*, "Sentencia", IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, nota al pie 343). Las decisiones de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya, donde se ha calificado al matrimonio forzado como crimen internacional, merecen un análisis minucioso y extenso que excede el objetivo de este ensayo. Sin embargo, considero que deben ser abordadas en el futuro para complementar esta investigación.

[16] Cf. IGAREDA, "Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?", en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2015, p.3. Ello no obsta a que puedan existir casos en los que la relación sea homosexual. Lo relevante es la asignación de roles y el despliegue de tareas que se asignan según el género, que puede coincidir o no con el sexo biológico.

[17] Entendidos como construcciones sociales, culturales e históricas que establecen qué es ser mujer y qué es ser varón. Véase COOK/CUSACK, *supra* nota 13, pp. 13-15.

tareas domésticas y la asunción de los roles de cuidado (de niños/as, adultos/as mayores), es el espacio que debe ser ocupado por la mujer.[18]

Por último, cabe destacar que estos estereotipos son construcciones sociales basadas en los comportamientos que se esperan de una persona en razón del género asignado.[19] En este sentido, debe entenderse por "género" a aquellas expectativas culturales sobre la conducta de varones y mujeres, apoyadas en roles, actitudes y valores (que varían según la cultura y que dependen de un contexto social, económico y político particular) que se atribuyen en razón del sexo (características físicas y biológicas) asignado al nacer.[20] De esta forma, se puede hablar de violencia en razón del género cuando el acto violento se lleva a cabo teniendo en cuenta el género de la víctima.[21] Y un ejemplo de ese tipo de violencia es justamente el matrimonio forzoso.[22]

Una de las dificultades más frecuentes a la hora de tipificar una conducta en el Derecho penal (tanto en el nivel interno como internacional) es definirla de modo tal que se refleje claramente y sin ambigüedades el núcleo de la incorrección de esta clase de comportamientos. En este sentido, lo que sucede con el matrimonio forzoso es que comprende múltiples supuestos en los que una persona obliga a otra, por medio de la fuerza o la amenaza de la fuerza u otro tipo de coerción —a través de palabras, conductas e incluso a través de la conducta de otro por el cual el agente es responsable—, a establecerse con ella en una *asociación conyugal forzada* que causa en la víctima un sufrimiento severo o un serio daño físico, mental o psicológico.[23] Esto da lugar a que una eventual tipificación como crimen autónomo resulte, cuando menos, compleja.[24] Entonces, cuando se evalúa el matrimonio forzoso como un crimen internacional, y ante la ausencia de una regla penal expresa (esto es, de un tipo penal autónomo), se presentan distintas posibilidades de subsunción, porque su perpetración puede implicar violaciones, reducción a una situación de esclavitud sexual,

[18] Cf. PATEMAN, "Feminism and Democracy", en DUNCAN, Graeme (ed.), *Democratic Theory and Practice,* Cambridge, University Press, 1983, pp. 212-214.
[19] Cf. GAGGIOLI, *supra* nota 2, p. 510.
[20] Cf. LINDSAY-CURTET/TERCIER HOLST-RONESS/ANDERSON, *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict, An ICRC Guidance Document*, Geneva, ICCR, 2004, p. 7.
[21] Cf. GAGGIOLI, *supra* nota 2, p. 510.
[22] Cf. GAGGIOLI, *supra* nota 2, p. 510.
[23] Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SA, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu,* "Sentencia", SCSL-2004-16-A, 22 de febrero de 2008, párrs. 195-196.
[24] Sobre los análisis respecto de la autonomía del crimen ver: GONG-GERSHOWITZ, "Forced Marriage: a 'new' crime against humanity?", en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 8, 2009; PARK, "'Other Inhumane Acts': Forced Marriage, Girl Soldiers and the Special Court for Sierra Leone, en *Social & Legal Studies,* vol. 15, n.° 3, 2006, pp. 315-337; SCHARF/MATTLER, "Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity", Case Research Paper Series in legal Studies, Working Paper 5-35, 2005.

embarazos forzosos, tortura, violencia sexual[25] y el trabajo forzado al que son sometidas las víctimas, más allá de que esta enumeración de conductas no es taxativa.[26] Sin embargo, parece desprenderse de ello que la *asociación conyugal forzada* es el elemento distintivo —para aquellos que entienden que es necesaria la tipificación como crimen aparte—[27] o bien la característica que permite la subsunción en el crimen de lesa humanidad de "otros tratos inhumanos" —en tanto crimen que hace las veces de categoría residual abierta—.[28] Así, se afirma que la esencia del matrimonio forzado es la existencia de una relación de exclusividad entre el "esposo" y "su mujer",[29] en la que la violación a esta *exclusividad* implica consecuencias disciplinarias que pueden llevar a la víctima incluso a su muerte.[30] Esta "relación" conlleva el desarrollo de las tareas que se consideran "propias" de la institución del matrimonio[31] y de un sometimiento al varón de modo tal que las mujeres en estas condiciones no sólo pierden su libertad, sino muchas veces su vida.[32]

En este punto resulta pertinente aclarar que el matrimonio arreglado, como práctica cultural, es distinto al matrimonio forzado.[33] En el caso de matrimonios arreglados,[34] el consentimiento de

[25] Cf. SCHARF/MATTLER, *supra* nota 24; GONG-GERSHOWITZ, *supra* nota 24, pp. 53 y ss.

[26] Cf. FRULLI, "Advancing International Criminal Law: the Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a 'new' crime against humanity", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n.° 5, 2008, p. 1036.

[27] Cf. SCHARF/MATTLER, *supra* nota 24, p. 21.

[28] Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SA, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu,* "Sentencia", *supra* nota 23.

[29] En este punto, si bien se podría dar que el forzado en la relación conyugal sea el varón (ver IGAREDA, "El problema de los matrimonios forzados como violencia de género", en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 5, n.° 2, 2015, p. 619) en los casos en que esta práctica se da en el marco de un conflicto armado, sus principales víctimas son mujeres. Esto no significa desconocer la violencia sexual que es sufrida por hombres y niños en los conflictos armados actuales (ver, por ejemplo, SIVAKUMARAN, "Del dicho al hecho: la ONU y la violencia sexual contra hombres y niños durante conflictos armados", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.° 877, 2010, pp. 1-20). De lo que aquí se trata es de la utilización de la mujer como "esposa" (PARK, *supra* nota 24, pp. 315-337). Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SJ II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, *supra* nota 11, p. 15.

[30] Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SA, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu,* "Sentencia", *supra* nota 23, párrs. 195-196. Véase también: HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* nota 2.

[31] Más aun, existen estudios que destacan la utilización estratégica del término "esposa" por parte del miembro del grupo armado, para denominar a esa mujer raptada y abusada en reiteradas ocasiones, sometida a toda clase de vejaciones. Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SJ II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, *supra* nota 11; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Lubanga Dylo, supra* nota 11.

[32] Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SA, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu,* "Sentencia", *supra* nota 23, párrs. 195-196. Véase también: HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* nota 2.

[33] Esta distinción no obsta al repudio, por parte del Tribunal Especial para Sierra Leona, de este tipo de uniones, como tampoco a la necesidad de erradicar prácticas ancestrales que las reproducen. Véase TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, *supra* nota 11; TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SA, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu,* "Sentencia", *supra* nota 23, párrs. 190-191; TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, "Sentencia", SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, "Separate Concurring Opinion of the Hon. Justice Julia Sebutinde Appended to Judgement pursuant to Rule 88 (c)" y "Partly Dissenting Opinion of Justice Doherty on Count 7 (Sexual Slavery) and Count 8 ('Forced Marriages')", en especial, párrs. 48-53.

los padres o de los miembros de la familia es tan fundamental como la existencia de una ceremonia en la cual se lleve a cabo la unión.[35] En los matrimonios forzados durante el conflicto armado, las niñas y mujeres son raptadas de sus hogares, escuelas o lugares de refugio[36] para ser obligadas por los miembros de los grupos armados a comportarse como sus "esposas".[37] Empero, puede suceder que la propia familia entregue a la mujer o niña al grupo armado a cambio de protección.[38] En algunos casos, aunque la relación de matrimonio haya comenzado de manera forzada, se convierte en una relación sin resistencia manifiesta por parte de la mujer porque no tiene otra opción.[39] Y, en muchas ocasiones, ser la "esposa" de un comandante del grupo armado puede morigerar el sufrimiento, por ejemplo, ser protegida de violaciones por parte de otros miembros del grupo, obtener mejores alimentos, botines, entre otros.[40] Al estar a disposición del "esposo", puede ser enviada al frente de batalla si es necesario.[41]

Incluso en estos casos, el matrimonio no deja de ser forzado; cualquiera que sea la circunstancia, las mujeres no poseen la protección y apoyo de su grupo familiar y son abusadas constantemente tanto física como psicológicamente.[42] A partir de estos lineamientos, se pasará a detallar las distintas interpretaciones que se han realizado para poder encuadrar al matrimonio forzado, tal como lo he definido, como un crimen de guerra.

III. Esclavas en la guerra

Al ser el matrimonio forzado una práctica ilícita llevada a cabo, principalmente, por organizaciones armadas involucradas en situaciones de conflicto armado,[43] surge la necesidad de encuadrar los actos referidos en la sección anterior bajo una figura que comprenda tanto las

[34] Para un análisis de las diferencias entre el matrimonio pactado/arreglado, el matrimonio forzado y el matrimonio fraudulento, y su impacto en las regulaciones internas de Estados europeos, ver IGAREDA, *supra* nota 16, pp. 2-5.
[35] Cf. SCHARF/MATTLER *supra* nota 24, p. 1.
[36] Tal como ha sucedido en los hechos analizados por el Tribunal Especial para Sierra Leona en los casos *Brima* y *Sesay*, así como también en el caso *Katanga* ante la CPI.
[37] Cf. DOHERTY, "Developments in the Prosecution of Gender-Based Crimes - The Special Court for Sierra Leone Experience", en *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 17, n.° 2, 2009, p. 4.
[38] TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, *supra* nota 11, p. 9.
[39] Cf. DOHERTY, *supra* nota 37, pp. 5-6.
[40] Cf. MCKAY/MAZURANA, *Where are the girls? Girls in Fighting Forces in Northern Uganda, Sierra Leone and Mozambique: Their Lives During and After War*, Montréal, Rights & Democracy, 2004, p. 93.
[41] Cf. DOHERTY, *supra* nota 37, p. 5.
[42] Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, *supra* nota 11, pp. 13-14.
[43] Cf. WOOD, "Conflict-related sexual violence and the policy implications of recent research", en *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.° 894, 2014, p. 458.

conductas como el contexto en el cual se enmarcan. Resulta imperioso, entonces, que el tipo penal abarque la totalidad de las acciones de forzar matrimonios perpetradas por los miembros de los grupos armados en un conflicto. Es por ello que en esta sección se analizará la subsunción del matrimonio forzado bajo el tipo penal de "esclavitud sexual" como crimen de guerra del ER.

1. El tratamiento dado al matrimonio forzoso por el Tribunal Especial para Sierra Leona y la CPI[44]

Antes de analizar la jurisprudencia que abordó la cuestión de los matrimonios forzosos, es necesario hacer una breve reseña de la tipificación de los crímenes sexuales en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona[45] y en el ER. En el primero, su artículo 2 especifica los crímenes de lesa humanidad sobre los que tiene competencia y establece: "g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual".[46] Respecto de los crímenes de guerra, el Estatuto menciona en su artículo 3 las "violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II", en especial: "e. Ultrajes a la dignidad personal, en particular trato humillante y degradante, violación, prostitución forzada y cualquier forma de abuso sexual".[47]

[44] Cabe mencionar que el ER para la CPI establece, en su artículo 21, el derecho aplicable por parte de la Corte. En este sentido, el inciso 1, acápite b), establece que aplicará "cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados". La CPI ha entendido que, luego de analizar el ER, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, si no encuentra una solución para el problema que se le presenta, tiene que hacer uso de lo mencionado en el acápite b) del inciso 1 del artículo 21. Este criterio lo adoptó, por ejemplo, al momento de sentar una definición de conflicto armado internacional (SCP I, *Fiscal c. Lubanga Dylo,* "Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007, párr. 205). De esta manera, entiendo que al momento de analizar una situación de matrimonio forzoso es necesario que la CPI recurra a la interpretación que otros tribunales penales internacionales han hecho sobre el fenómeno. Más aun cuando el sistema propio de normas de la CPI (ER, Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Prueba) no provee una definición ni una solución respecto del criterio que se debe adoptar. Esto no significa, sin embargo, que los criterios desarrollados en otras jurisdicciones deban ser aplicados, sin más, por la CPI (incluso, en la misma decisión citada anteriormente, la SCP I rechaza la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia respecto de la "empresa criminal conjunta" por entender que el ER no la recepta. Ver párrs. 322 y ss.).

[45] Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona. Resolución del Consejo de Seguridad 1315/2000, del 14 de agosto de 2000.

[46] *"Article 2. Crimes against humanity. The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following crimes as part of a widespread or systematic attack against any civilian population: a. Murder; b. Extermination; c. Enslavement; d. Deportation; e. Imprisonment; f. Torture; g. Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy and any other form of sexual violence; h. Persecution on political, racial, ethnic or religious grounds; i. Other inhumane acts."*

[47] *"Article 3. Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II. The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed or ordered the commission of serious violations of article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations shall*

Respecto del ER, en el artículo 7 (1) se especifican los actos que serán considerados como crímenes de lesa humanidad, a saber, "c) Esclavitud; (…) g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; (…) k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física." Sobre los crímenes de guerra, el artículo 8 posee una clasificación exhaustiva de los actos prohibidos, tanto en el marco de un conflicto armado internacional como no internacional. De esta manera, el artículo 8 (2) (b) (xxii) establece que será punible: "Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, (…) esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra"; y el artículo 8 (2) (e) (vi) prohíbe: "Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (…) esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra".

Establecida la tipificación de los crímenes de naturaleza sexual en los mencionados Estatutos, se analizarán precedentes jurisprudenciales en los que el matrimonio forzado fue entendido como parte de un crimen de guerra.

En el caso *Brima*, la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Especial para Sierra Leona consideró que los actos que configuraban esclavitud sexual debían comprenderse bajo el crimen de guerra de "ultrajes a la dignidad de la persona"[48] y descartó la configuración de crímenes de lesa humanidad.[49] En virtud de que la decisión fue recurrida, la Sala de Apelaciones tuvo que expedirse

include: a. Violence to life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment; b. Collective punishments; c. Taking of hostages; d. Acts of terrorism; e. Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault; f. Pillage; g. The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples; h. Threats to commit any of the foregoing acts".

[48] TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, "Sentencia", *supra* nota 33, párr. 719.

[49] Id. Respecto del cargo 7, "esclavitud sexual y cualquier otra forma de violencia sexual", como crimen de lesa humanidad, la Sala de Primera Instancia II lo descartó por considerar que el fiscal estaba imputando dos crímenes sobre una misma conducta (párrs. 92-95). Al momento de expedirse sobre el cargo 8, "otros tratos inhumanos: matrimonio forzado", como crimen de lesa humanidad, analizó los elementos del crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual y afirmó que el crimen de matrimonio forzado se subsumía completamente en esa categoría penal (párr. 713), pero como había descartado el cargo por ese crimen, desvirtuó las dos imputaciones posibles en las cuales se podría haber incluido al matrimonio forzado.

al respecto en 2008. En su decisión consideró que el matrimonio forzado se subsume en el crimen de lesa humanidad de "otros tratos inhumanos" y en el crimen de guerra de "ultrajes a la dignidad de la persona", y que no existen obstáculos para considerar la configuración de ambos crímenes sobre la base de los mismos hechos.[50]

Por otra parte, en el caso *Sesay,* la Sala de Primera Instancia I se expresó a favor de la existencia de "ultrajes contra la dignidad de la persona" como crimen de guerra en relación con los cargos 6 (violación), 7 (esclavitud sexual y cualquier otra forma de violencia sexual) y 8 (otros tratos inhumanos: matrimonio forzado).[51]

Con relación a la jurisprudencia de la CPI,[52] es necesario mencionar la decisión de confirmación de cargos en el mencionado caso *Katanga*. Allí, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI entendió que se configuraba la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. En este caso, resulta pertinente delinear los argumentos respecto del crimen de lesa humanidad, para una mejor comprensión de las críticas a la configuración como crimen de guerra.

Así, en el marco del análisis de la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad, la Sala de Cuestiones Preliminares I estableció que la "esclavitud sexual también incluye situaciones donde mujeres y niñas son forzadas a 'casarse'".[53] Para llegar a esa conclusión, dicha Sala utilizó la nota al pie 18 de los "Elementos de los Crímenes"[54] y la "Convención Suplementaria sobre la abolición de

[50] Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SA, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu,* "Sentencia", *supra* nota 23, párr. 202.

[51] Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI I, *Fiscal c. Sesay, Kallon & Gbao,* "Sentencia", SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, párr. 173. También afirmó la existencia de violaciones y esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y entendió que el crimen de lesa humanidad de "otros tratos inhumanos" se configuraba respecto de las golpizas, violencia física y de los actos que conforman al matrimonio forzado. Si bien la defensa del Sr. *Sesay* apeló la sentencia, la SA desestimó la apelación referida al cargo de "violencia sexual y matrimonio forzado" (párr. 726 ss) entendiendo que existían pruebas suficientes para establecer que se configuraban los crímenes imputados (párr. 737-740).

[52] Ante la CPI se han abierto veintitrés casos en el marco de nueve situaciones, hasta octubre de 2015. De los siete casos que incluyen cargos sobre crímenes sexuales, sólo en dos de ellos se ha imputado el crimen de esclavitud sexual: *Katanga y Ngudjolo Chui* y *Ntaganda*. Únicamente en el caso *Katanga* se analizó la cuestión de los matrimonios forzados y en virtud de ello es que se toma como caso de estudio. En *Ntaganda* se aborda el crimen de esclavitud sexual (y el de violación) en relación con el reclutamiento y utilización de niños/as para participar en las hostilidades. El análisis es similar al que se realizó en la sentencia en el caso *Lubanga Dylo*.

[53] CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui*, "Decisión de confirmación de cargos", *supra* nota 10 párr. 431.

[54] Los "Elementos de los Crímenes" es un documento donde se detallan los componentes que hacen a cada crimen tipificado en el ER. En este sentido, ayudan a la interpretación y aplicación de los artículos 6, 7 y 8 del ER (cf. Introducción general de los Elementos de los Crímenes).

la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud" de 1956 (en adelante, "Convención contra la esclavitud de 1956")[55] y entendió al matrimonio forzado como una "forma particular de esclavitud".[56] No obstante, también remarcó que en el caso puntual existía un *propósito* por parte de los miembros de los grupos armados de tomar a las mujeres y niñas como sus "esposas" y, sin ahondar en detalles, culminó el análisis considerando que "cuando los combatientes (i) secuestraron mujeres del pueblo de Bogoro, (ii) las capturaron y encarcelaron, y las tomaron como 'esposas', y (iii) las forzaron y amenazaron para mantener relaciones sexuales, ellos tenían la intención de esclavizar a la mujer o tenían conocimiento de que, al cometer dichos actos, la esclavitud sexual ocurriría".[57]

Ahora bien, al expedirse sobre los cargos de violación y esclavitud sexual como crimen de guerra, la Sala sólo mencionó a la Convención contra la esclavitud de 1956[58] y concluyó, sin mayor análisis, que existían motivos suficientes para creer que los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual fueron cometidos por los miembros del grupo armado. De esta manera, la Sala de Cuestiones Preliminares I se apoyó esencialmente en el análisis del crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual, en desmedro de un examen minucioso del cargo de crimen de guerra de esclavitud sexual.

Tanto en los casos del Tribunal Especial para Sierra Leona como en este último, existiendo una situación de violencia armada, se optó por un mayor análisis del matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad. Es por ello que resulta necesario reforzar la argumentación para su encuadre como crimen de guerra de esclavitud sexual. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la importancia actual que tiene la CPI en el sistema de justicia internacional, analizaré a continuación los elementos del tipo penal de esclavitud sexual como crimen de guerra, a la luz del ER.

2. El matrimonio forzoso como crimen de guerra de esclavitud sexual

[55] Fue adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), el 30 de abril de 1956, en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, y entró en vigor el 30 de abril de 1957.
[56] Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui*, "Decisión de confirmación de cargos", *supra* nota 10, párr. 430.
[57] Íd., párr. 435.
[58] Íd., párr. 344.

Para replantear un análisis del matrimonio forzado como crimen de guerra de esclavitud sexual en el marco del ER, es necesario señalar los elementos de este crimen, aplicables a todo tipo de conflicto armado, sea de carácter internacional o no internacional:[59]

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad.

2. Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado [internacional o de índole no internacional] y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado. (Citas omitidas).[60]

a) Elementos 1 y 2

Lo primero que debe señalarse es que el crimen de esclavitud sexual es entendido como una forma particular de esclavitud,[61] siendo los actos sexuales su elemento característico.[62] La esclavitud es definida como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los

[59] Hay una pequeña diferencia en la traducción al idioma español donde para el crimen de guerra de esclavitud sexual en el marco de un conflicto armado internacional se agrega al final del primer elemento "o cualquiera de dichos atributos." Este aditamento no dificulta el análisis que será realizado a continuación, pero cabe destacar que en los textos en idioma inglés y francés no aparece.

[60] Véase el artículo 8 2) b) xxii)-2 de los "Elementos de los Crímenes" para los elementos del crimen de guerra de esclavitud sexual en el marco de un conflicto armado internacional, y el artículo 8 2) e) vi)-2 de los "Elementos de los Crímenes" para ese crimen en el contexto de un conflicto armado no internacional.

[61] Cf. COTTIER, "War crimes: Rape and other forms of sexual violence", TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* München, Oxford, Baden-Baden, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 442; AMBOS, Kai, "Sexual Offences in International Criminal Law, With a Special Focus on the Rome Statute of the International Criminal Court", en BERGSMO/SKRE/WOOD (eds.), *Understanding and Proving International Sex Crimes*, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, p.159; SCHABAS, William, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, University Press, 2010, p. 172; U.N. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998: "Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict", párr. 30; TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara &Kanu*, "Sentencia", *supra* nota 33, párr. 705.

[62] Cf. BOOT, "Crimes Against Humanity, Article 7(1)(g): Rape . . . or Any Other Form of Sexual Violence of Comparable Gravity", en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* München, Oxford, Baden-Baden, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 206-211.

atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos".[63] La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso *Kunarac*[64] estableció que esa definición involucra diversos indicadores que permiten aseverar la existencia de control sobre una persona como, por ejemplo, la restricción de la autonomía individual, la libertad de elección o la libertad de movimiento.[65] En particular, determinó que los factores a tener en cuenta en estos casos son el ejercicio de control psicológico y de la sexualidad de la víctima, el dominio del espacio físico, las medidas tomadas por el autor para prevenir o detener el escape de la persona, la fuerza o amenaza de la fuerza o coerción, la sujeción a tratos crueles, el trabajo forzado y la duración del sometimiento.[66] Sin embargo, la Sala aclaró que la duración no es un factor determinante.[67] A su vez, es importante mencionar que se entiende que el consentimiento de la víctima está ausente o resulta imposible en estos casos debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra.[68] En esta línea, se redactó la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba para la CPI, que establece los principios que la Corte debe aplicar en los casos de violencia sexual.[69]

De este modo, los indicios señalados sirven para interpretar y llenar de contenido la frase "algún tipo similar de privación de la libertad" del Elemento 1. Esto no significa que todos los indicadores deban estar presentes para que se configure el tipo, sino que pueden ser considerados y ponderados por los tribunales a la hora de determinar si se ha cometido el crimen.[70] En este

[63] Cf. Artículo 1 de la Convención sobre la esclavitud de 1926, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1925. Entrada en vigor el 9 de marzo de 1927.
[64] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, SPI, *Fiscal c. Kunarac, Kovac & Vukovic*, *supra* nota 44.
[65] Id., párr. 542.
[66] Id., párr. 543.
[67] Id., párr. 542.
[68] Ibid.; U.N. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/1998/13, *Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict*, Informe Final de la Relatora Especial Gay J. McDougall, 22 de junio de 1998, párr. 25. Incluso no se exige prueba de la ausencia de resistencia por parte de la víctima, sólo es relevante el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad. Véase también COTTIER, *supra* nota 61, pp. 431-453.
[69] *"Regla 70: Principios de la prueba en casos de violencia sexual. En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará: a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo".*
[70] Cf. OOSTERVELD, "Sexual slavery and the International Criminal Court: advancing international law", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, n.° 3, 2004, p. 647.

orden de ideas, se ha interpretado que lo establecido en el primer elemento del crimen de esclavitud sexual son meros ejemplos y no un listado taxativo.[71]

Otra de las cuestiones que es necesario aclarar es que si bien la frase "*comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque*" lleva ínsita la noción de intercambio comercial, ello no significa que esta noción sea un elemento constitutivo del tipo penal de esclavitud sexual, sino que también debe interpretarse como un indicador de la situación de sometimiento.[72]

Por último, las notas al pie 53 y 66 de los "Elementos de los Crímenes",[73] en lo que se refiere al primer elemento del crimen en cuestión, agregan que la privación de la libertad puede incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención contra la Esclavitud de 1956. De esta manera, se incorporan las disposiciones de esta Convención, a la luz de la cual debe ser interpretado este primer elemento.[74] En este sentido, puede entenderse como exacción de trabajo forzado el servicio doméstico (como cocinar y limpiar) y el cuidado de los niños que las mujeres realizan en virtud del matrimonio forzoso.[75]

En cuanto al segundo elemento del crimen de esclavitud sexual (que el autor haya hecho que la persona realizara uno o más actos de naturaleza sexual), debe mencionarse que mujeres y niñas sufren de manera reiterada violaciones y todo tipo de violencia sexual[76] a través de la fuerza,

---

[71] Cf. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI I, *Fiscal c. Sesay, Kallon & Gbao,* "Sentencia", *supra* nota 51, párr. 160. Véase AMBOS, *supra* nota 61, p. 160.

[72] Cf. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, SPI, *Fiscal c. Kunarac, Kovac & Vukovic*, *supra* nota 44, párr. 542; COTTIER, *supra* nota 61, p. 443; OOSTERVELD, "The gender jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: progress in the revolutionary united front judgments", en *Cornell International Law Journal*, 2011, pp. 387-388.

[73] En función de lo expuesto en la nota al pie 54 del presente artículo, soy de la idea de considerar a los Elementos de los Crímenes en su totalidad. De esta manera, las notas al pie y las aclaraciones que pudiera contener también ayudan a la interpretación y aplicación del ER.

[74] Si bien no es objeto del presente trabajo, cabe destacar que las notas al pie referidas también incluyen la siguiente oración: "Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños".

[75] Cf. U.N. Doc. *Women, Peace and Security: Study submitted by the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1325 (2000)*, párrs. 89 y 143. TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, *supra* nota 11, p. 14.

[76] Cf. U.N. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/1998/13, *Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict*, Informe Final de la Relatora Especial Gay J. McDougall, 22 de junio 1998, párrs. 22-24; U.N. Doc. No. E/CN.4/1998/54 Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Ms. Radhika Coomaraswamy, presentado de acuerdo con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, 26 de enero de 1998, pp. 14 y 30-31. Para un análisis detallado sobre violencia sexual durante el

amenaza de la fuerza o coerción, miedo a la violencia, engaño, abuso de poder, falsas promesas, detención o cautiverio, u opresión psicológica. Estos actos sexuales no sólo devienen en embarazos forzados, sino que también provocan trastornos en la salud física y psíquica de las mujeres.[77]

Así como las actividades realizadas por las mujeres bajo coerción son concebidas, según se desprende del análisis anteriormente realizado, como parte del primer elemento del crimen en cuestión, los actos sexuales son los que se encuentran previstos en el elemento 2. No obstante, esta separación de acciones sólo es útil a los fines analíticos. Como se dijo, el elemento 1 del crimen de guerra de esclavitud sexual es común al crimen de esclavitud en términos generales, mientras que el segundo elemento es lo distintivo de este crimen, el centro de su incorrección. Sin embargo, las conductas que se cometen contra las mujeres y niñas en estas circunstancias no son sólo sexuales, pues toda la gama de actos que son obligadas a realizar encuadran en el elemento común al crimen de esclavitud, en tanto manifiestan el ejercicio de algún atributo de la propiedad.[78] En este sentido, el Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso *Charles Ghankay Taylor* estableció que las relaciones sexuales, el trabajo doméstico, el embarazo forzoso y las tareas como cuidar y educar a los niños/as producto de las violaciones, quedaban abarcadas por el crimen de guerra de esclavitud sexual.[79]

Además, la noción de "naturaleza sexual" que se utilice para calificar las acciones perpetradas por las organizaciones armadas, no debe ser restrictiva. A tal fin, es interesante la definición que brinda la Organización Mundial de la Salud de violencia sexual como "cualquier acto sexual, intento de consumar un acto sexual, comentarios sexuales o insinuaciones no deseadas, o actos de tráfico, o de otra forma dirigidos en contra de la sexualidad de una persona haciendo uso de

conflicto armado véase: DYANI-MHANGO, "Sexual violence, armed conflict and international law in Africa", en *African Journal of International and Comparative Law*, 2007, pp. 230-253.

[77] Cf. U.N. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/1998/13, *Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict*, Informe Final de la Relatora Especial Gay J. McDougall, 22 de junio de 1998, párr. 18; U.N. Doc. *Women, Peace and Security: Study submitted by the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1325 (2000)*, pp. 15-16; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SPI I, *Fiscal c. Lubanga Dylo*, "Judgment pursuant to article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, "Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito", párr. 20; CARLSON & MAZURANA, *Forced Marriage within the Lord's Resistance Army, Uganda*, Feinstein International Center, 2008, pp. 8 y 21-22.

[78] Cf. BUNTING, "'Forced marriage' in Conflict Situations: Researching and prosecuting Old Harms and New Crimes", en *Canadian Journal of Human Rights,* vol. 1, n.° 1, 2012, p. 172.

[79] TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SJ II, *Fiscal c. Charles Ghankay Taylor*, Judgment, SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, párr. 427.

coerción, ejercidos por cualquier persona independientemente de su relación con la víctima, en cualquier ámbito, incluyendo pero no limitado al hogar y el trabajo".[80]

Más aun, los tribunales *ad hoc* fueron los impulsores de una determinación amplia de "violencia sexual". En efecto, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso *Delalic,* se pronunció a favor de entender que forman parte de la violencia sexual aquellas conductas sexuales que, siendo un ataque fundamental contra la dignidad humana, buscan intimidar a través de una atmósfera de miedo e impotencia.[81] Incluso, en el caso *Kvocka* expresó que, en muchas ocasiones, la violencia sexual abarca al matrimonio forzoso.[82] Y, como se señaló anteriormente, el mismo Tribunal también estableció como factor a valorar, respecto de la esclavitud sexual, el ejercicio de control psicológico y de la sexualidad de la víctima.[83] Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso *Akayesu*, afirmó que la violencia sexual no se debe reducir a actos de penetración.[84]

La CPI se ha podido expedir al respecto en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura*.[85] Allí estableció que no todo acto contra los órganos que están comúnmente relacionados con la actividad sexual es un acto de naturaleza sexual y determinó que será necesario recabar prueba que acredite el carácter sexual.[86] Sin embargo, esta exigencia no difiere de las que se imponen para acreditar cualquier otro elemento de los crímenes del ER.

[80] Cf. World Health Organization (WHO), World Report on Violence and Health, ed. Etienne G. Krug, 2002, p. 149. Este tipo de conceptualizaciones permitiría, incluso, ampliar el concepto de violencia permitiendo abarcar la violencia verbal o psicológica. Esta definición es recogida por GAGGIOLI en la edición especial de la Revista Internacional de la Cruz Roja, dedicada a la violencia sexual en el conflicto armado (GAGGIOLI, *supra* nota 2, pp. 506-507).

[81] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, SPI, *Fiscal c. Zejnil Delalic*, "Sentencia", IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párrs. 478-479 y 1066; U.N. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998: "Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict", párr. 22.

[82] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, SPI, *Fiscal c. Kvocka et al.*, "Sentencia", IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, nota al pie 343.

[83] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, SPI, *Fiscal c. Kunarac, Kovac & Vukovic*, *supra* nota 44, párr. 543.

[84] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, SPI I, *Fiscal c. Jean-Paul Akayesu*, "Sentencia", ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 686.

[85] CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP II, *Fiscal c. Muthaura, Kenyatta & Ali,* "Decisión de confirmación de cargos en virtud del artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma", ICC-01/09-02/11-382-Red, 23 de enero de 2012.

[86] Id., párr. 265.

En resumen, todas las acciones descriptas que demuestran el ejercicio de atributos del derecho de propiedad sobre una persona[87] por parte de los miembros de grupos armados, forman parte de la esclavitud, cuya prohibición tiene carácter de *jus cogens*.[88] Puede decirse, entonces, que las acciones de que dan lugar a matrimonios forzados, perpetradas por los miembros de organizaciones armadas[89] en los conflictos, se subsumen en el crimen de guerra de esclavitud sexual.[90]

b) Elementos 3 y 4

Estos elementos hacen a la conexión entre los actos que constituyen esclavitud sexual y el conflicto armado de carácter internacional o no internacional. Así, que la conducta realizada por los perpetradores "haya estado relacionada con [el conflicto armado]" (parte final del elemento 3) implica la existencia de algún vínculo entre los actos y el conflicto. Es decir, no cualquier conducta puede ser considerada como crimen de guerra por el solo hecho de haberse cometido en el espacio temporal de duración del conflicto.[91] Por ello, de no probarse el nexo, el acto no constituiría crimen de guerra y no sería de competencia de la CPI,[92] al menos en tanto tal.

Claro está que el requisito primordial para que se cumplan efectivamente los elementos 3 y 4 es la consideración, por parte de la CPI, de la existencia de un conflicto armado internacional o interno. La tipología de estos conflictos no constituye el objeto de este trabajo, pero sí es preciso resaltar que el crimen de esclavitud sexual se encuentra regulado para los dos tipos de conflictos.[93]

---

[87] Cf. SCHABAS, *supra* nota 61, p. 442; AMBOS, *supra* nota 61, p. 161.

[88] Cf. U.N. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/1998/13, *Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict*, Informe Final de la Relatora Especial Gay J. McDougall, 22 de junio de 1998, párr. 8; TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SPI II, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, "Sentencia", *supra* nota 33, párr. 705. Hay autores que consideran que la prohibición de esclavitud sexual, propiamente dicha, también tiene el carácter *ius cogens*. Véase LUPING, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", en *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law,* vol. 17, n.° 2, 2009, pp. 431-496; CHARLESWORTH/CHINKIN, "The Gender of the Jus Cogens", en *Human Rights Quarterly*, vol. 15, n.° 1, 1993, pp. 63-76.

[89] Si bien en este ensayo hago referencia principalmente a grupos armados, ello no obsta a que las fuerzas legales de un país, u otros agentes, puedan cometer el crimen.

[90] Cf. WOOD, *supra* nota 43, p. 506.

[91] Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui*, *supra* nota 10, párr. 383.

[92] Cf. CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, University Press, 2008, p. 83; DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court Sources and Commentary,* Cambridge, University Press, 2003, p. 19.

[93] Para un análisis de los diferentes tipos de conflictos armados ver VITÉ, "Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations", en *Internacional Review of the Red Cross*, vol. 91, n.° 873, 2009, pp.

Ahora bien, para que una conducta esté relacionada con el conflicto armado, el autor debe conocer la existencia de ese conflicto. En otras palabras, el perpetrador debe ser "consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado" (elemento 4). Esto significa, de acuerdo con la Introducción al artículo 8 en los "Elementos de los Crímenes", que "debe conocer las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en la frase *'haya tenido lugar en el contexto de [un conflicto armado] y que haya estado relacionada con él'*".[94]

Otra de las cuestiones a analizar es la posibilidad de que un acto pueda ser considerado como crimen de guerra aunque no se "[cometa] como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala".[95] En esta línea, se ha dicho que el artículo 8 (1) del ER no establece un pre-requisito sino simplemente una guía para la Corte.[96] Así, se abre la posibilidad de considerar como crímenes de guerra actos aislados en cuya comisión haya sido determinante la existencia del conflicto armado.[97] De esta manera, la Corte ha entendido que "un acto singular será considerado un crimen de guerra bajo [su] jurisdicción (…) si es cometido en el contexto de y está relacionado con el conflicto armado".[98]

Esta dificultad ha sido abordada por la CPI en varias ocasiones,[99] pero nunca con profundidad. Incluso, la CPI ha dicho que es innecesario discutir la interpretación de la frase "está relacionado

69-94. Respecto del análisis del crimen de esclavitud sexual y su tipificación en el ER, ver OOSTERVELD, *supra* nota 70, pp. 605-650.

[94] Introducción al artículo 8, "Crímenes de guerra", Elementos de los Crímenes.

[95] Artículo 8 (1) del ER.

[96] Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Mbarushimana,* "Decisión de confirmación de cargos", ICC-01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, párr. 94. Ver SCHABAS, *supra* nota 61, pp. 201-203; CASSESE, *supra* nota 92, p. 82-83.

[97] Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Abu Garda*, "Decisión de confirmación de cargos", ICC-02/05-02/09, 8 de febrero de 2010, párr. 92; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui*, *supra* nota 10, párr. 382;

[98] Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Mbarushimana*, *supra* nota 94, párr. 94.

[99] Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Abu Garda*, "Decisión de confirmación de cargos", *supra* nota 97, pp. 11-47; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Lubanga*, "Decisión de confirmación de cargos", ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007, pp. 57-82; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui*, "Decisión de confirmación de cargos", ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, pp. 122-123; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP I, *Fiscal c. Mbarushimana,* "Decisión de confirmación de cargos", *supra* nota 94, pp. 39-44; CORTE PENAL INTERNACIONAL, SCP II, *Fiscal c. Bemba Gombo,* "Decisión de confirmación de cargos", ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, pp. 75-83.

con" cuando se puede apreciar claramente la conexión entre el crimen y el conflicto armado.[100] En esta línea, no parece haber lugar para la duda con respecto a la relación que existe entre aquellas conductas que constituyen una participación activa en las hostilidades y el conflicto armado en sí mismo, más allá del carácter que éste adquiera.[101] Con respecto a esto último, puede suceder que en algunas ocasiones, a causa del sometimiento del que son objeto, las mujeres en el marco de un matrimonio forzado podrían ser participantes activas indirectas en el conflicto.[102] En este orden de ideas, la jueza Elizabeth Odio Benito ha sostenido que se desconoce el impacto que produce la violencia sexual en las mujeres[103] y agrega que no sólo es participación activa el uso de sus cuerpos en el frente de batalla, sino también su uso a través de los ultrajes sexuales a los que son sometidas.[104]

Así, el análisis realizado permite vislumbrar la clara vinculación que existe entre el matrimonio forzoso y los distintos elementos del crimen de guerra de esclavitud sexual. Y, de esta manera, el nexo del primero con el conflicto armado.

IV. Reflexiones finales

Las circunstancias en las que surgen los conflictos armados fueron cambiando a lo largo del tiempo y, con ellas, las formas en que se desarrollan las hostilidades. El dinamismo propio de este tipo de situaciones requiere que el Derecho internacional penal sea repensado una y otra vez. Fue

[100] Cf. CORTE PENAL INTERNACIONAL, SPI I, *Fiscal c. Lubanga*, "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", *supra* nota 77, párr. 571.

[101] Cf. MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Ginebra, CICR, 2010. Es necesario destacar que la "Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario", estudio elaborado por el CICR, delimita tres requisitos para que se configure la participación activa, a saber: 1. umbral de daño; 2. causalidad directa y 3. nexo beligerante (pp. 46-64). No obstante, la CPI ha desarrollado un criterio propio.

[102] Si bien no es el objeto de este ensayo, cabe mencionar que en la sentencia del caso *Lubanga*, la CPI distinguió entre una participación activa "directa" y una "indirecta" (CORTE PENAL INTERNACIONAL, SPI I, *Fiscal c. Lubanga*, "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, párr. 628). Esta última, al no tener una relación directa con la causación de daño al contrincante, permite que la persona que realice la acción mantenga la protección que otorga el Derecho internacional humanitario a la población civil (consagrada en el IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y receptada, además, en los Protocolos Adicionales I —artículo 51— y II —artículo 13— a los Convenios de Ginebra). Este criterio sostenido por la Sala de Primera Instancia I fue revisado —y confirmado en lo esencial— por la Sala de Apelaciones (CORTE PENAL INTERNACIONAL, SA, *Fiscal c. Lubanga*, "Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction", ICC-01/04-01/06 A 5, 1 de diciembre de 2014, párrs. 314-433).

[103] Id, párr. 21.

[104] Íd., párr. 18.

largo el camino transitado hasta llegar a la constitución de una CPI, pensada como un tribunal que eventualmente tenga un alcance universal. Sin embargo, queda mucho por recorrer. Las realidades como las que viven las niñas y mujeres sometidas en una relación conyugal forzada son muestra de las diversas formas en las que se perpetran los crímenes. Camufladas bajo apariencias de matrimonios arreglados se llevan a cabo crímenes inimaginables y resulta imperioso que el Derecho internacional penal entre en acción y, con ello, sus operadores/as.

En este ensayo se ha informado sobre la complejidad del fenómeno del matrimonio forzado en el marco de conflictos armados. Las diversas interpretaciones de los tribunales analizados muestran que aún es una temática respecto de la cual la discusión no se ha saldado. Algunos aspectos del Derecho internacional penal parecen insuficientes para lograr el reconocimiento, en toda su magnitud, del "reclutamiento forzado de esposas" —por denominarlo de algún modo— como un crimen en el cual las víctimas son sometidas por los miembros de una organización armada a realizar determinados actos que contribuyen al desarrollo de las hostilidades. Es claro, entonces, que la discusión acerca de si esas actividades que realizan las mujeres pueden ser consideradas (o no) como una participación de civiles en las hostilidades[105] deberá ser analizada con mayor profundidad. Algo similar sucede con la posibilidad de que la CPI analice el matrimonio forzado como un crimen autónomo. Existen posturas[106] que sostienen que debería haberse pormenorizado el análisis dentro del crimen de otros tratos inhumanos,[107] tal y como lo ha hecho el Tribunal Especial para Sierra Leona. Y un argumento fuerte, en este sentido, es que si

[105] En los términos que desarrolló la CPI en el caso *Lubanga*, en donde distingue entre participación activa "directa" e "indirecta".

[106] Cf. GEKKER, "Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utlilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence", en *Hastings Women's Law Journal,* vol. 25, 2014, p. 131; O'BRIEN, "'Don't kill them, let's choose them as wives': the development of the crimes of forced marriage, sexual slavery and enforced prostitution in international criminal law", en *International Journal of Human Rights*, vol. 20, n.° 3, 2015, p. 399.

[107] El 15 de octubre de 2015 la SCP II, en el caso *Ongwen* —correspondiente a la Situación en Uganda— dictó la "Order to the Registrar to transmit a request for cooperation under article 101 of the Rome Statute to the Central African Republic" (ICC-02/04-01/15). Es decir, una solicitud de cooperación a la República Central Africana en virtud del artículo 101 del ER. En el marco de esa decisión, se comunica la intención de la Fiscalía de la CPI de proceder en contra de *Ongwen* por la comisión de diversos crímenes de guerra y de lesa humanidad. Uno de los crímenes de lesa humanidad es el de "otros tratos inhumanos" (artículo 7(1)(k) del ER) y lo interesante es que, entre paréntesis, se colocó la frase "incluyendo matrimonio forzoso" ("*crime against humanity of persecution (…) or supporting the Ugandan government, by attacks against the civilian population as such, murder, attempted murder, torture, cruel treatment, enslavement, sexual slavery, rape,* ***other inhumane acts (including forced marriage)****, pillaging, conscription of children under 15 into armed forces and use of children under fifteen to participate actively in hostilities, outrages upon personal dignity and destruction of property (…)*", p. 7). Y en el párrafo siguiente se vuelve a hacer mención de la cuestión ("*crimes against humanity of enslavement, torture, rape, sexual slavery and* ***forced marriage*** *(article 7(1)(c), (f), (g) and (k) of the Statute) and the war crimes of torture, rape and sexual slavery (…)*"). Tal vez es un indicio de un incipiente cambio en la calificación del fenómeno que deberá seguirse de cerca en las próximas decisiones.

la CPI —como tribunal con vocación universal— no comienza a analizar el fenómeno diferenciado del resto de los crímenes, se entorpece su desarrollo como crimen específico.[108]

Otra de las preguntas que queda por resolver es, por ejemplo, cómo afectaría a los derechos del imputado que la CPI realizara una interpretación del matrimonio forzado como crimen aparte.[109] También debería indagarse acerca de la posibilidad de que la víctima del crimen pueda ser un varón (en cuyo caso, es necesario un análisis sobre las particularidades de, al menos, la violencia sexual contra varones).[110]

En este contexto de incertidumbres, la realidad de los conflictos armados muestra que existe una variedad de conductas que escapan al Derecho internacional penal. La multiplicidad de actos graves a los que son forzadas mujeres y niñas en supuestos de matrimonio forzado es tal que resulta necesario reconocer, incluir y abarcar estas conductas en un tipo penal. En el marco de la propuesta presentada, el elemento de sometimiento se subsume en el primer elemento del crimen de guerra de esclavitud sexual. Todas las tareas descriptas a lo largo de este escrito reflejan el grado de control por parte de los perpetradores. Por su parte, la violencia sexual reiterada y el control de la sexualidad de las víctimas encuentran reconocimiento en el segundo elemento del crimen de guerra mencionado. Finalmente, el apoyo a los perpetradores que significan las acciones de las víctimas en el marco del conflicto armado se ve receptado en los elementos tercero y cuarto. Este tipo de interpretación implica reconocer que la opresión en la que viven y la amenaza permanente hacia sus vidas son determinantes a la hora de decidir resistir la violencia o intentar escapar y enfrentar, en la mayoría de los casos, la muerte.

Esta forma de esclavitud está atravesada por cuestiones de género que se relacionan con el conflicto armado desde el preciso momento en el que el miembro de la organización armada ejerce esta esclavitud. No es casual que el sometimiento de las mujeres y niñas se vincule con

---

[108] Cf. GEKKER, *supra* nota 106, p. 131; O'BRIEN, *supra* nota 106, p. 394.

[109] En principio y como mínimo, habría dificultades para cumplir con las exigencias del artículo 22 del ER en tanto establece que "*Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.*"

[110] Para un análisis acerca de la violencia sexual sufrida por varones, ver SIVAKUMARAN, *supra* nota 29, pp. 1-20; CARPENTER, *Innocent Women and Children, Gender, Norms and the Protection of Civilians*, Burlington, Ashgate, 2006.

servidumbre doméstica, vejámenes sexuales o el cuidado de niños/as que son fruto de las violaciones que padecen.

Son muchos los interrogantes que se abren en torno al fenómeno de los matrimonios forzados. Es por esta razón que se debe seguir investigando este fenómeno para contribuir al desarrollo del Derecho internacional penal en pos de reforzar el sistema de justicia internacional.

V. Bibliografía

AMBOS, Kai, "Sexual Offences in International Criminal Law, With a Special Focus on the Rome Statute of the International Criminal Court", en BERGSMO, Morten, SKRE, Alf Butenschøn & WOOD, Elisabeth Jean (eds.) *Understanding and Proving International Sex Crimes*, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.

BOOT, Machteld, "Crimes Against Humanity, Article 7(1)(g): Rape . . . or Any Other Form of Sexual Violence of Comparable Gravity", en TRIFFTERER Otto (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* München, Oxford, Baden-Baden, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008.

BUNTING, Annie, "'Forced marriage' in Conflict Situations: Researching and prosecuting Old Harms and New Crimes", en *Canadian Journal of Human Rights,* vol. 1, n° 1, 2012, pp. 165-185.

CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela, "La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados. Un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la ex –Yugoslavia y Ruanda", en *Revista para el análisis del derecho*, n° 4, 2011, pp. 1-29.

CARLSON, Khristopher/MAZURANA, Dyan, *Forced Marriage within the Lord's Resistance Army,* Uganda, Feinstein International Center, 2008.

CARPENTER, Charli R., *Innocent Women and Children, Gender, Norms and the Protection of Civilians*, Burlington, Ashgate, 2006.

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, University Press, 2008.

CHARLESWORTH, Hilary/CHINKIN, Christine, "The Gender of the Jus Cogens", en *Human Rights Quarterly*, vol. 15, n° 1, 1993, pp. 63-76.

CHINKIN, Christine, "Gender-Related Violence and International Criminal Law and Justice", en CASSESE, Antonio (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 2009.

CICR, *Las mujeres y la guerra,* Ginebra, CICR, 2008.

COOK, Rebecca J./CUSACK Simone, *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales* (traducción a cargo de Andrea PARRA), Pennsylvania, University Press, 2009.

COTTIER, Michael, "War crimes: Rape and other forms of sexual violence", en TRIFFTERER Otto (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* München, Oxford, Baden-Baden, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008.

DOHERTY, Theresa, "Developments in the Prosecution of Gender-Based Crimes - The Special Court for Sierra Leone Experience", en *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 17, n° 2, 2009. Disponible en http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=jgspl. [enlace verificado el día 7 de marzo de 2016].

DÖRMANN, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court Sources and Commentary,* Cambridge, University Press, 2003.

DYANI-MHANGO, Ntombizozuko, "Sexual violence, armed conflict and international law in Africa", en *African Journal of International and Comparative Law*, 2007, pp. 230-253.

FRULLI, Micaela, "Advancing International Criminal Law: the Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a 'new' crime against humanity", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n° 5, 2008, pp. 1033-1042.

GAGGIOLI, Gloria, "Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law", en *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n° 894, 2014, pp. 503-538.

GEKKER, Elena, "Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utlilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence", en *Hastings Women's Law Journal,* vol. 25, 2014, pp. 105-134.

GONG-GERSHOWITZ, Jennifer, "Forced Marriage: a 'new' crime against humanity?", en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 8, 2009.

HALLEY, Janet, "Rape at Rome: feminist interventions in the criminalization of sex-related violence in positive International Criminal Law", en *Michigan Journal of International Law,* n° 30, 2008, pp. 1-123.

HUMAN RIGHTS WATCH, *"'We'll kill you if you cry': Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict"*, vol. 15, n° 1 (A), 2003.

IGAREDA, Noelia, "Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?", en *InDret*, n.° 1, 2015, pp. 1-18.

— "El problema de los matrimonios forzados como violencia de género", en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 5, n° 2, 2015, pp. 613-624.

LINDSEY-CURTET Charlotte/TERCIER HOLST-RONESS, Florence/ANDERSON, Letitia, *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict An ICRC Guidance Document*, Geneva, ICCR, 2014.

LUPING, Dianne, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", en *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law,* vol. 17, n° 2, 2009, pp. 431-496.

MCKAY, Susan/MAZURANA, Dyan, *Where are the girls? Girls in Fighting Forces in Northern Uganda, Sierra Leone and Mozambique: Their Lives During and After War*, Montréal, Rights & Democracy, 2004.

MELZER, Nils, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Ginebra, CICR, 2010.

O'BRIEN, Melanie, "'Don't kill them, let's choose them as wives': the development of the crimes of forced marriage, sexual slavery and enforced prostitution in international criminal law", en *International Journal of Human Rights*, vol. 20, n° 3, 2015, pp. 386-406.

OOSTERVELD, Valerie, "Sexual slavery and the International Criminal Court: advancing international law", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, n° 3, 2004, pp. 605-650.

— "Atrocity crimes litigation year-in-review (2010): a gender perspective", en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 9, 2011, pp. 325-354.

— "The gender jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: progress in the revolutionary united front judgments", en *Cornell International Law Journal*, 2011, pp. 387-388.

PALMER, Amy, "An evolutionary analysis of gender-based war crimes and the continued tolerance of "forced marriage", en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 7, iss. 1, 2009, pp. 133-159.

PARK, Augustine S. J., "'Other Inhumane Acts': Forced Marriage, Girl Soldiers and the Special Court for Sierra Leone", en *Social & Legal Studies,* vol. 15, n° 3, 2006, pp. 315-337.

PATEMAN, Carole, "Feminism and Democracy", en DUNCAN Graeme (ed.) *Democratic Theory and Pratice,* Cambrige, University Press, 1983, pp. 204-217.

SACKELLARES, Stephanie N., "From Bosnia to Sudan: sexual violence in modern armed conflict", en *Wisconsin Women's Law Journal*, vol. 20, 2005, pp. 137-165.

SCHABAS, William, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, University Press, 2010.

SCHARF, Michael P./MATTLER, Suzanne, "Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity", Case Research Paper Series in legal Studies, Working Paper 5-35, 2005. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=824291 [enlace verificado el día 7 de marzo de 2016].

SCHOMBURG, Wolfgang/PETERSON Ines, "Genuine consent to sexual violence under international criminal law", en *American Journal of International Law,* vol. 101, n° 1, 2007, pp. 121-140.

SIVAKUMARAN, Sandesh, "Del dicho al hecho: la ONU y la violencia sexual contra hombres y niños durante conflictos armados", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 877, 2010, pp. 1-20.

VITÉ, Sylvain, "Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations", en *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n° 873, 2009, pp. 69-94.

WOOD, Elisabeth Jean, "Conflict-related sexual violence and the policy implications of recent research", en *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n° 894, 2014, pp. 457-478.

LAS VISITADORAS DE LAS PRESAS. EL PATRONATO DE RECLUIDAS Y LIBERADAS DE LA CAPITAL FEDERAL (1933-1950)

Julieta DI CORLETO*

Fecha de recepción: 7 de abril de 2016
Fecha de aceptación: 26 de abril de 2016

Resumen

En el presente trabajo se analizará la actividad llevada a cabo por el Patronato de Recluidas y Liberadas de la Capital Federal desde su fundación, en 1933, hasta la década del cincuenta. Mediante el estudio de los registros y documentos de la época y las obras de quienes se han dedicado a analizar la temática abordada, se intentará delinear las circunstancias de gestación del Patronato, así como también el perfil de sus integrantes y las condiciones de vida en las cárceles argentinas de mujeres. Para ello, primeramente se describirá el ambiente del Asilo Correccional de Mujeres. Luego, se destacará la actividad académica, cultural e institucional realizada por las jóvenes pertenecientes al Patronato. Seguidamente se examinarán los diferentes paradigmas sobre criminalidad femenina que coexistían en la época y finalmente se intentará descubrir cuál ha sido el legado que nos ha dejado el Patronato.

Palabras clave: Patronato de Recluidas y Liberadas – Cárceles de mujeres – Asilo Correccional de Mujeres – Delincuencia femenina

Title: The visitors of female inmates. The 'Patronato de Recluidas y Liberadas de la Capital Federal' (1933-1950)

Abstract

This essay will analyse the activity carried out by the 'Patronato de Recluidas y Liberadas de la Capital Federal' (*Agency for Detained and Released Women of the Federal Capital*) since its foundation

* Universidad de San Andrés. Candidata del Programa Doctorado en Historia. Contacto: jdicorleto@gmail.com

in 1933 until the 1950s. Through the study of the records and documents of this period and the writings of those who have analyzed the matter addressed, the essay will try to outline the surrounding circumstances of the creation of the *Patronato*, as well as the profile of its members and the living conditions in women's prison in Argentina. For such purposes, the environment of the 'Correctional Asylum of Women' will firstly be described. Then, this essay will highlight the academic, cultural and institutional activity of the young women of the *Patronato*. Subsequently, the different paradigms on female criminality that coexisted in that period will be analyzed to finally discover the legacy left by the *Patronato*.

Keywords: Patronato de Recluidas y Liberadas – Women's prisons – Correctional Asylum of Women – Female crime

Sumario

I. Introducción; II. El Asilo Correccional de Mujeres; III. El Patronato de Recluidas y Liberadas entre la ciencia y la caridad; IV. La condena por el delito femenino: lejos de las ciudades y desde las casas; V. El legado del Patronato de Recluidas y Liberadas; VI. Bibliografía.

I. Introducción

Poco se ha investigado sobre las cárceles de mujeres en Argentina, y menos aun sobre los expertos que estudiaron la delincuencia femenina en el siglo XX. En este ensayo me ocuparé de analizar la actividad de algunas estudiantes y abogadas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que, organizadas en el Patronato de Recluidas y Liberadas de la Capital Federal, se ocuparon de mejorar las condiciones de detención de las mujeres presas entre 1933 y 1950. En un momento en que la inscripción de mujeres en las universidades todavía no era masiva, estas jóvenes fueron las primeras voces femeninas capaces de discutir con abogados, médicos y criminólogos sobre las necesidades de las mujeres presas, y reclamar cambios en la administración del Asilo Correccional de Mujeres.

Lila CAIMARI inició el camino para la reconstrucción de la actividad del Patronato de Recluidas y Liberadas. En *Entre la celda y el hogar,* [1] señala que la asociación nació en 1933, a partir de una

[1] Cf. CAIMARI, "Entre la celda y el hogar. Dilemas estatales del castigo femenino (Buenos Aires, 1890-1940)", en *Nueva Doctrina Penal*, 2007/A, 2007, pp. 427-450.

visita organizada por el profesor Eusebio GÓMEZ a la cárcel de mujeres del barrio de San Telmo de la Capital Federal. El estado de abandono de la cárcel llevó a las jóvenes universitarias a organizarse para bregar por la transformación de la prisión a los cánones científicos de la época. Si bien se ha definido con precisión la fecha de la fundación del Patronato, se desconoce cuál fue su destino y los motivos por los cuales no dejó huellas en las generaciones universitarias que sobrevinieron.[2]

El Patronato de Recluidas y Liberadas se desarrolló en el contexto de revitalización del patronato masculino y del surgimiento de asociaciones femeninas dedicadas a programas de ayuda social.[3] Su objetivo más ambicioso consistió en poner fin a la gestión de la orden religiosa del Buen Pastor a cuyo cargo estaban las cárceles de mujeres, pero su misión primigenia fue supervisar a aquellas que recobraban su libertad. En el momento de su fundación, las hermanas del Buen Pastor, amparadas en un reglamento secreto del siglo XVI, fueron reticentes al ingreso de las universitarias a la cárcel. Las fuentes indican que sus resquemores fueron cediendo con el tiempo, probablemente por la evidencia de la inocuidad de su intervención. Hacia 1940, las visitadoras de las presas pudieron ingresar al Asilo Correccional de Mujeres con menos recaudos, pero poco habían logrado para su desmantelamiento.

En este ensayo presentaré un perfil de las jóvenes integrantes del Patronato de Recluidas y Liberadas y esbozaré sus ideas sobre la delincuencia femenina. ¿Cuál era el paradigma penitenciario que pretendían instaurar en un ámbito en el que poco se había estudiado sobre los crímenes de las mujeres? ¿Cuáles eran sus estrategias? ¿Cómo se vinculaban con sus contemporáneos? ¿Cómo era su relación con las mujeres encarceladas a quienes querían reformar? Antes de ello, intentaré describir el ambiente del Asilo Correccional de Mujeres en el período a analizar.

[2] Los últimos registros de su actividad datan de 1953-1954. Cf. Patronato de Recluidas y Liberadas, "Formación Profesional de las Reclusas", en *Revista Penal y Penitenciaria,* año 8, n.º 70, 1953, p. 127; e informe presentado al Segundo Congreso Penitenciario Justicialista Eva Perón, cf. *Revista Penal y Penitenciaria,* Año XIX, n.º 74.

[3] Cf. CAIMARI, *supra* nota 1. El Patronato de Liberados fue fundado en 1918 y adquirió nuevo impulso, en 1933, a partir de la sanción de la ley 11.833, que le reconoció su condición de asociación privada autorizada a intervenir en la protección del condenado que egresa de la cárcel, ya sea por el cumplimiento de su sanción o en libertad condicional. Durante el período analizado, la actividad del Patronato fue promocionada en las revistas académicas, cf. FRÍAS, "La organización de los Patronatos de Liberados", en *Revista Penal y Penitenciaria*, Año IV, n.º 13, 1939, p. 567; PONFERRADA, "La existencia del patronato de liberados y la libertad condicional", en *J.A.*, t. 69, 1940, p. 8; RAMOS, "La acción del Patronato de Liberados" en *Revista Penal y Penitenciaria,* t. VIII, 1943, p. 469.

II. El Asilo Correccional de Mujeres

Las mujeres condenadas a prisión no pasaban por la experiencia de la cárcel igual que sus compañeros varones. Como ha señalado CAIMARI, en 1890, la cárcel Correccional de Mujeres había sido entregada a la dirección de la orden del Buen Pastor, producto de la férrea decisión de las monjas de regenerar las almas perdidas, pero también como consecuencia de la despreocupación del Estado por la delincuencia femenina.[4] Las crónicas del traspaso dan cuenta de que las monjas se encontraron con un "antro" de desorden moral que se unía al abandono y ausencia absoluta de aseo:

"Algunas presas poseían como un tesoro un plato; a las demás se les echaba ¡en el suelo! Su mísera ración de carne. Hasta las dos de la tarde, podía verse todos los días el espectáculo de aquellas infelices, que iban por turnos al lavadero que les servía de comedor, a tomar en el cucharón común su parte de sopa…".[5]

El escenario de la prisión continuó en el mismo edificio vetusto cercano al templo de San Telmo, donde trabajaban 28 o 30 hermanas, que también ejercían funciones de vigilancia. El establecimiento tenía una capacidad declarada de 100 plazas para mujeres adultas,[6] aunque una discípula del Patronato de Recluidas y Liberadas aseguraba que sólo podía alojar a 60.[7] El tercer censo carcelario de 1932 daba cuenta de que, en los 75 establecimientos penitenciarios del país, 11.308 eran varones y 339 —2,91%— eran mujeres. De ese total de mujeres, 249 estaban en las provincias y 90 —el 26,55%— concentradas en el ámbito urbano.[8] El porcentaje más alto de mujeres delincuentes se localizaba en la ciudad —donde además se producían la mayor cantidad de delitos—, siguiéndole en número la Provincia de Buenos Aires —con el 20,06 %—, la de Santa Fe con el 14,75%, la de Córdoba con el 13,57%, la de Tucumán con el 8,55 %, los Territorios Nacionales con el 5,90%, la Provincia de Entre Ríos con el 3,84%, la de Catamarca

[4] Para una explicación de las razones por las que el Estado entregó las cárceles de mujeres a la orden religiosa del Buen Pastor, cf. CAIMARI, *supra* nota 1

[5] Anónimo (una religiosa de la orden del Buen Pastor), *Vida de la Madre María San Agustín de Jesús Fernández de Santiago Concha*, Montevideo, Casa A. Barreiro y Ramos S.A., 1946, p. 168.

[6] Cf. *Resultados Generales del Primer Censo Carcelario de la República Argentina*, levantado el 31 de diciembre de 1906, por BALLVÉ/DESPLATS, Buenos Aires, Talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1909.

[7] Cf. SATRIANO, "Régimen Penitenciario para la mujer delincuente", en *Tres ensayos,* Buenos Aires, Ediciones ABL, 1935, p. 53. Por su trabajo, escrito con información aportada por Alma GÓMEZ PAZ y Telma RECA, Luisa SATRIANO recibió un premio otorgado por el Liceo Nacional de Señoritas.

[8] Cf. ANCHORENA, "La acción social de la pena" en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 8, p. 16.

con el 2,66%, la de Corrientes con el 2,36%, las de Jujuy y Mendoza con el 2,06% cada una, la de Santiago del Estero con el 1,77%, la de Salta con el 1,18% y la de San Luis con el 0,59 %. En las Provincias de San Juan y la Rioja no había mujeres detenidas.[9]

El número de detenidas en el Asilo Correccional de Mujeres creció de 90 en 1932 a 121 en 1937[10] y se mantuvo relativamente estable hasta 1943, año en que se observó una superpoblación del 45%. En 1937, cuando había 140 detenidas, los grandes dormitorios estaban atestados de camas y las mujeres dormían en bancos en los pasillos.[11]

Es difícil reconstruir el clima de la prisión para la época estudiada. Las visitadoras de las presas describían una atmósfera inmóvil, en la que el rezo y los quehaceres domésticos que demandaba el establecimiento eran los únicos quiebres para un clima de ocio agobiante. Regidas por sus propios reglamentos basados en la voluntariedad del trabajo, no se preveía el trabajo obligatorio exigido por la ley y menos aun la adquisición de un peculio que asegurara la supervivencia de la reclusa en los días posteriores a su liberación.[12] Tal como ha señalado CAIMARI, recién en 1938, en respuesta a los reclamos del Patronato de Recluidas y Liberadas, la Dirección General de Cárceles logró instalar un taller de costura con veinticuatro máquinas y un taller de encuadernación, pero a juzgar por el número de reclusas, sólo una magra proporción podía participar en estas actividades.[13]

Por otra parte, existen pocas memorias que permiten recrear el ambiente de la prisión desde otra perspectiva. Entre las excepciones, en *Cárcel de Mujeres. Impresiones recogidas en el Asilo del Buen Pastor*, Angélica MENDOZA retrató su experiencia en 1930 en el Asilo de San Miguel, un establecimiento para contraventoras, también administrado por la orden del Buen Pastor,[14] cuyas condiciones de detención eran similares a las del Asilo Correccional de Mujeres.[15] Si bien su condición de maestra y presa política la convertía en una detenida poco común, sus registros dan algunas señales sobre la vida en prisión con las religiosas. Además de describir un lugar sucio y

[9] Ibid.
[10] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 10.
[11] Cf. YUSSEM, "Informe de la Directora de Trabajo" en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 2, 1934, pp. 14-15.
[12] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1.
[13] Cf. CAIMARI, *supra* nota 1. Para el detalle de las máquinas incorporadas, cf. GONZÁLEZ LEBRERO, "Asilo de Corrección de Mujeres de Buenos Aires", en *Revista Penal y Penitenciaria,* t. X, 1945, p. 31.
[14] Para un análisis exhaustivo del Asilo de San Miguel y de las particularidades de los presos políticos, cf. CAIMARI, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004, pp. 124-135.
[15] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, Sección Notas y Comentarios.

hacinado, MENDOZA reveló la falta absoluta de trabajo y la inadecuación del sistema para la readaptación de las detenidas: "El Buen Pastor y el Asilo de San Miguel sirven para el reclutamiento de nuevos elementos para la prostitución clandestina o no".[16] En su crónica, describió una intensa vida social no exenta de jerarquías: además de que las presas políticas conformaban un grupo aparte, las presas esporádicas estaban al servicio de las prostitutas, a quienes lavaban la ropa a cambio de ligas o pinturas, un dato que echa luz sobre los escasos criterios de disciplina dentro de la institución.[17]

III. El Patronato de Recluidas y Liberadas entre la ciencia y la caridad

El Patronato de Recluidas y Liberadas reunió a mujeres de distintas disciplinas interesadas en rescatar a las mujeres que habían delinquido. El grupo estaba integrado mayormente por egresadas de la Facultad de Derecho.[18] Algunas desarrollaron reconocidas trayectorias en derecho penal, y otras trabajaron en el derecho de familia y laboral.[19] De afinidad con el socialismo, varias se involucraron en la lucha por los derechos políticos.[20] Activas en su profesión, trabajaron intensamente en el Patronato, escribieron en publicaciones académicas y participaron en Congresos Internacionales.[21]

---

[16] Cf. MENDOZA, *Cárcel de Mujeres. Impresiones recogidas en el Asilo del Buen Pastor*, Buenos Aires, Claridad, 1933, p. 101.

[17] *Supra* nota 16, p. 14.

[18] En su fundación participaron, Stella María BASABE, Luisa ALBORNOZ, Perla BERG, Zulema BRANCA, Velma Celin OBIETA, Julieta GAVIOLA, Alma GOMEZ PAZ, María Isabel KLIMAN, Paula LERNER, Dolores MADANES, Rebecca MADANES, Elida IRIARTE, Amelia RODRÍGUEZ, Amalia SCOLNI, Rosa HIRSH, Aída VIDRET y Hortensia YUSSEN.

[19] Por ejemplo, Dolores MADANES participó en publicaciones periódicas sobre la mujer en el derecho penal, en congresos internacionales sobre criminología y en conferencias en España, invitada por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. Otra de las fundadoras destacadas fue Zulema BRANCA, quien llegó a escribir una veintena de artículos sobre derecho de familia y laboral.

[20] En 1938, el Patronato de Recluidas y Liberadas adhirió al proyecto por el voto femenino, cf. *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 12-15, 1938. Respecto de los pronunciamientos de las integrantes del Patronato con relación a los derechos políticos de las mujeres, CASSAGNE SERRES, *¿Debe votar la mujer? Cultura Cívica Femenina. Constitución Nacional, división de poderes y sufragio femenino. Un programa de acción,* Buenos Aires, Editorial Licurgo, 1945; DE GREGORIO LAVIÉ, *Trayectoria de la condición social de las mujeres argentinas,* Santa Fe, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, 1947; DE GREGORIO LAVIÉ, *La ciudadana. Para las mujeres que votan,* Buenos Aires, Libro de Edición argentina, 1948. Por su parte, Dolores MADANES fue Secretaria de la Junta Argentina Pro Sufragio femenino.

[21] Quienes ocuparon la presidencia y otros puestos institucionales dentro del Patronato de Recluidas y Liberadas fueron Julieta GAVIOLA FORNES, Nélida ALVAREZ, Zulema BRANCA, Alma GOMEZ PAZ, Hortensia YUSSEN, Dolores MADANES, Aída VIDRET, Stella BASABE, Elida D´ESTÉFANO, Paula LERNER, Amalia SCOLNI, Velma CELIN OBIETA, Elena CALDERAZZO, Asunción ALONSO, Amelia RODRÍGUEZ, Lucila DE GREGORIO LAVIÉ, María Angela VALENTE, Juana S. DE RAMÉ, María Estela MARTÍNEZ ABELEA, Perla BERG, Rosa MUÑOZ, Luisa ALBORNOZ, Blanca A. CASSAGNE SERRES, María Estella MARTÍNEZ ABELLA, Aurora DE PALMA, Zaida RADALLI, Susana NIESSENSON, Elena TOMATTI, Ana MARÍA ELGUERA, Haydée MORELLI, Elena TOMATTI, María E. MARTÍNEZ ABELLA, Elsa B. GONZÁLEZ, Margarita PORTE y María BROIDE.

Las integrantes más dedicadas rechazaban cualquier asociación de su actividad con la caridad o beneficencia y proclamaban que su trabajo, inspirado en principios de humanidad y patriotismo, marcaría "un jalón en la historia del país".[22] Aspiraban a que sus publicaciones fueran un exponente del movimiento intelectual estudiantil, para una tribuna amplia e inteligente de derecho penal.[23] Esta presentación basada en lo intelectual marcaba una diferencia con las damas de la elite, conforme se había acentuado a principios del siglo XX. Lo interesante es que, igual que ellas, reclamaban la atención del Estado en lo relativo a las mujeres presas, requerían su apoyo económico, pero no querían ser desplazadas de su nueva tarea. [24]

La actuación del Patronato recibió el beneplácito de los docentes y de la más alta autoridad de la Facultad de Derecho, pero otras figuras masculinas lo miraron con desconfianza y subestimaron la inteligencia de sus integrantes, alertando sobre la "resistencia" que generaban las jóvenes.[25] Para los penalistas de la época, este grupo de "niñas universitarias" era el indicado para ocuparse de las presas, no por sus conocimientos, sino más bien por su "sensibilidad" e "instintos": la atención de las mujeres criminales requería cualidades típicamente femeninas.[26] Las universitarias no regañaban de sus atributos femeninos; en última instancia, éstos les abrían las puertas para ocuparse de un tema que *debía* ser de responsabilidad pública.

El Patronato de Recluidas y Liberadas contaba con un Comité Ejecutivo y una Asamblea, cuyas integrantes eran reelegibles cada seis meses, donde se designaba a las visitadoras entre las estudiantes de abogacía. En 1935, la reforma de los estatutos dispuso la división del trabajo al

[22] Cf. YUSSEM, "El Patronato de Recluidas y Liberadas", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 4, 1935, pp. 23 ss.

[23] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 2, 1994, p. 26.

[24] Sobre las diferencias entre las asociaciones maternalistas progresistas y las maternalistas sentimentales, a cuya clasificación contribuye, TOSSOUNIAN, *Las asociaciones femeninas, la cuestión de la mujer y la emergencia de un Estado social. Buenos Aires, 1920-1940,* Tesis de Maestría en Historia, Universidad de San Andrés, 2006, p. 51.

[25] Cf. ZWANCK, "El Servicio Social en la Obra del Patronato de Recluidas y Liberadas" en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas* n.º 4, 1935, p. 10. Entre los que apoyaron la actividad del Patronato, entre otros, Eusebio GÓMEZ —Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires—, Clodomiro ZAVALÍA —Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales—, Gonzalo BOSCH —Profesor de Psiquiatría de la Facultad de Medicina—, José PECO —Profesor Suplente de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires—, Antonio SAGARNA —Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, Jorge COLL —Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales—, Alfredo MOLINARIO —Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires—, José María PAZ ANCHORENA —Profesor de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires—, cf. *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* N.º 1, dic. 1933.

[26] Cf. Conferencia de RAMOS, *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933, p. 5; cf. también MORENO, "La cárcel y la sociedad", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 5, 1935, p. 6.

interior de la institución y amplió la designación de las visitadoras a socias estudiantes de medicina, filosofía o visitadoras de higiene.[27] Un hito importante fue, en 1937, la adquisición de la personería jurídica, que llevó a una nueva reforma de sus estatutos con la prescripción de llevar registro de lo actuado por cada una de las visitadoras.[28]

Su actividad no recibía financiamiento del Estado, salvo la ayuda brindada por la Dirección de Institutos Penales, donde se imprimía la publicación que promocionaba al Patronato. Los mayores ingresos provenían de los aportes de renovados socios activos o protectores —muchos de ellos jóvenes egresadas del Liceo Nacional de Señoritas, donde habían estudiado las fundadoras— y el resto era producto de ganancias de rifas, colectas o donaciones. El cupón de inscripción, publicado en los boletines de edición anual o bianual, demuestra que necesitaban convocar nuevos socios y que no existían mayores recaudos para otorgar la membrecía. En estos términos, el grupo se diferenciaba de otras asociaciones privadas que, durante la década de 1930 y mediados de la de 1940, recibían subsidios estatales para la asistencia social.[29]

El acercamiento del Patronato a la orden del Buen Pastor fue especialmente difícil en los inicios de la actividad. El objetivo de las monjas y de las visitadoras de las presas era el mismo, pero disentían en los métodos. Las religiosas defendieron su posición restringiendo la entrada de las jóvenes y rechazando el trabajo que pretendían ingresar a la cárcel.[30] En esta relación, las visitadoras actuaban con un carácter claramente transaccional: censuraban el trabajo del convento, pero presentaban sus reprobaciones como una "crítica sana y consciente",[31] al tiempo que evaluaban las estrategias para influir discretamente en la vida de la prisión. Para ello, se les había recomendado introducir a la cárcel folletos, lecturas y libros porque era desde allí que ingresaba su propia opinión.[32]

El reclamo por las deficiencias edilicias fue una constante de este grupo, que denunciaba la falta de infraestructura para la instalación de talleres, escuelas, bibliotecas y de dormitorios o

[27] Cf. *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 5, 1935.
[28] Cf. *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 10, 1937.
[29] Cf. BARRANCOS, *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos,* Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2007, p. 172.
[30] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933, p. 18; ZULEMA BRANCA, "Inauguración de la muestra de trabajos realizados en la Casa de Corrección de Mujeres", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 3, 1934, p. 6.
[31] Cf. BRANCA, Inauguración de la muestra…", nota anterior.
[32] Cf. ZWANCK, "El Servicio Social en la Obra del Patronato de Recluidas y Liberadas" en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas*, n.º4, 1935, p. 9.

celdas individuales.[33] Las visitadoras de las presas trabajaron en la recolección de libros que conformaron la biblioteca de la institución, de medicamentos para la atención de primeros auxilios y anualmente acercaron alimentos para Navidad.[34]

Con el tiempo, el trato de las monjas fue menos ríspido, pero igualmente complejo. Las visitadoras lograron la autorización de la Dirección de los Institutos Penales para conocer los nombres y visitar a quienes estarían próximas a su liberación. Las memorias del Patronato para los años 1939-1940, al igual que algunas historias criminológicas consultadas, dan cuenta de que, aunque con dificultades, tuvieron acceso a la institución. Antes de ese período, las religiosas ya habían facilitado su ingreso para organizar talleres, festivales de cine y ciclos de teatro, que se repitieron hasta 1950.

A pesar de estos avances en su relación con las religiosas, las universitarias mantuvieron intactas sus pretensiones de desmantelar el Asilo Correccional de Mujeres. En 1935, con el visto bueno del Director del Instituto de Criminología, Osvaldo LOUDET, las integrantes del Patronato de Recluidas y Liberadas anunciaron su aspiración de crear un reformatorio para la mujer delincuente y con ello lanzaron una campaña para obtener el aval del Congreso y del Ministro de Justicia e Instrucción Pública. En ese mismo año, la reforma de sus estatutos incluyó la creación de un reformatorio como uno de los principales objetivos de la institución.[35]

IV. La condena por el delito femenino: "lejos de las ciudades y desde las casas"

El trabajo del Patronato de Recluidas y Liberadas contribuyó al debate sobre la criminalidad femenina. Su idoneidad organizativa garantizaba la realización de ciclos de charlas, en las que invitaban a profesores y hombres de ciencia a colaborar en la difusión de su obra. Eusebio GÓMEZ, Jorge FRÍAS, Alfredo MOLINARIO y la prominente médica Telma RECA —también socia del Patronato— participaban de las conferencias. A la prensa recurrían con el objetivo de concientizar

[33] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933; *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 12, 1938, entre otros.
[34] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, Sección Notas y Comentarios; *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 10, p. 46, entre otros.
[35] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 20-22, 1940, p. 47.

a la ciudadanía sobre la problemática, pero también para adquirir visibilidad y construir su propia imagen.[36]

La primera misión de las visitadoras de las presas había sido rescatar a la mujer delincuente, tal como lo hacía el Patronato de Liberados, que se ocupaba de los varones.[37] Su trabajo sólo era publicitado en términos estadísticos, para informar el creciente número de mujeres liberadas que se acercaban a recibir su apoyo moral y material. La desconfianza de las mujeres presas había sido su especial preocupación. Sabían de los rencores de las convictas y por ello estudiaban las técnicas que les permitirían ganar su simpatía, alejar cualquier asociación con las instituciones policiales, mientras indagaban en la personalidad, el alma, la herencia, el ambiente social y la familia de las liberadas. Cultoras de Concepción ARENAL, en los boletines incluyeron transcripciones de su obra *El Visitador del Preso*,[38] así como también largas enseñanzas sobre cómo acercarse a las reclusas y ex reclusas.[39] En los inicios de la actividad, sólo supervisaban a dos liberadas, pero para 1940 más de treinta mujeres habían sido sus vigiladas.[40] Para colaborar en su salida laboral se había instalado un local en la Avenida Callao, donde las ex-convictas podían vender los trabajos que comenzaban a realizar bajo la guía de las visitadoras.[41] Por su experiencia con las mujeres liberadas, en 1941, Blanca CASSAGNE SERRES, en ese entonces Presidenta del Patronato, impulsó la creación de la Escuela de Asistencia Social dentro de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, como una vía para afirmar que el servicio social era un apoyo indispensable para las ciencias penales.[42] En 1948, la Escuela de Asistencia Social estaba encaminada y sus alumnos garantizaban las visitas a los domicilios y los trabajos de las liberadas.[43] Para la organización de la Escuela, requerían, pero no recibían subvención alguna: la atención a las

[36] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 3, 1934, p. 1; *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 23, 1936. Cf. SATRIANO, *supra* nota 7, donde la autora cita publicaciones en la prensa.

[37] Cf. CAIMARI, *supra* nota 1, quien marca las diferencias entre el Patronato de Liberados y el Patronato de Recluidas y Liberadas.

[38] ARENAL, *El visitador del preso,* Buenos Aires, Editorial Tor, cf. *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 26-27, 1941.

[39] Así, por ejemplo, BERG, "La misión de la visitadora", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 2, p. 19, *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas* n.º 4, 1935, ZWANCK, "El Servicio Social en la Obra del Patronato de Recluidas y Liberadas" en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas* n.º 4, 1935, p. 5; DE GREGORIO LAVIÉ, "Concepción Arenal", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 5, 1935, p. 21, entre otros.

[40] Cf. *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 24-25, 1941, p. 6.

[41] Cf. BERG, "La obra del Patronato de Recluidas y Liberadas", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 8, 1936, pp. 31 ss.

[42] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 24-25, 1941.

[43] "Memoria del Patronato de Recluidas y Liberadas correspondiente al período 20 de mayo de 1947 – 20 de mayo de 1948", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* 1948, p. 28.

liberadas se realizaba sobre la base de la buena voluntad de las colaboradoras, pues ni siquiera recibían retribución por los gastos o viáticos.[44]

Su mayor frustración provenía de la falta de colaboración de las monjas en su tarea con las liberadas: el "régimen estricto y sectario" del Asilo Correccional de Mujeres dificultaba el trabajo con las liberadas condicionales.[45] En noviembre de 1940, ello había motivado el pedido de autorización al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública para entrevistar a las reclusas cuya pena estuviera próxima a vencer. La carta había sido escrita con un fuerte tono crítico, con mucho detalle sobre las deficiencias de la cárcel y los perjuicios que aparejaba la falta de profesionalización de las monjas.[46] Según las visitadoras, la cárcel no proporcionaba ningún elemento positivo para que la mujer abandonara la delincuencia y la confirmación de esta hipótesis la hallaron en el caso de una mujer que había sido condenada por ejercicio ilegal de la medicina. Gracias a que las mismas monjas la habían ocupado en labores de enfermería junto al médico de la institución, la ex reclusa reincidió en la práctica de curanderismo.[47]

¿Pero cuál era, para el Patronato de Recluidas y Liberadas, el ideal carcelario para las mujeres delincuentes? Si bien ellas reclamaban igualdad de derechos en el ámbito político y el reconocimiento de su igual capacidad para dirigir los establecimientos penitenciarios, lo cierto es que esta agenda por la igualdad no era aplicada en los mismos términos al tratamiento de las presas. En ese ámbito se proclamaba la necesidad de un tratamiento *científico,* pero *diferenciado*, que tampoco parecía ajustarse a la valorización de la mujer como sujeto de delito. Para entender las paradojas de sus ideas puede ser importante mapear, en las escasas discusiones sobre criminalidad femenina, los diferentes paradigmas que coexistían en la época.

Entrada la década de 1930, la impronta lombrosiana aún se hallaba presente. El delito de la mujer, como el del varón, era visto como el resultado de dos clases de factores. La mujer delincuente era "un verdadero biotipo" no relacionado con el determinismo antropológico, sino influenciado por factores sociales, tales como la diferencia en el rol social o la experiencia de las

[44] Ibid., p. 29.
[45] Cf. *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 26-27, 1941.
[46] *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 23, 940, p. 31.
[47] Cf. GÓMEZ PAZ, "El caso de la liberada N.N.", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas*, n.º 4, marzo 1935, p. 11, y *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 26-27, 1941.

mujeres proletarias.[48] En su versión biológica se estudiaba la delincuencia provocada por los diversos estados fisiológicos, como el período menstrual, gestación, parto, puerperio, lactancia y menopausia, que producían "cataclismos evolutivos", rompían la "cadena intercelular neuro-hormónica", daban lugar a "manifestaciones de desarmonía sexuales y frecuentemente psíquicas", todo lo cual justificaba una atenuación de su responsabilidad.[49]

Coetáneos de esta corriente, otros pensadores se ocuparon de indagar en qué medida las mujeres estaban inmunizadas frente al delito por su vida en el hogar. De acuerdo con esta explicación, el ingreso de las mujeres a las industrias y a las profesiones liberales era determinante de una suba en la criminalidad femenina. Los argumentos de esta clase —consolidados en la teoría que vería la luz recién en la década de los setenta en *Sisters in Crime*—[50] eran refutados por quienes recurrían a los datos empíricos: el mayor número de delincuentes estaba dedicado a los quehaceres domésticos. Desde esta otra mirada, la razón de la delincuencia femenina se explicaba por la eterna explotación a la cual estaba destinada la mujer. Su asociación con el crimen devenía por su exclusión de los ámbitos laborales y los salarios de hambre que la empujaban primero a la prostitución y luego al delito.[51]

Igualmente, las estadísticas no tenían una única lectura ya que otros expertos entendían que las diferencias se daban por la habilidad de las mujeres para cometer delitos sin ser vistas. La mujer tenía cierta sentimentalidad que la retrotraía del crimen, pero al mismo tiempo, la destreza para intervenir en ellos sin ser descubierta, como por ejemplo sucedía con el aborto, o con otros delitos para los cuales recurría al veneno, herramienta típicamente femenina.[52]

Para rastrear en qué medida las jóvenes universitarias se diferenciaban o convergían con los estudiosos del crimen de la época, es posible recurrir a los aportes de dos integrantes del Patronato de Recluidas y Liberadas: Lucila DE GREGORIO LAVIÉ y Dolores MADANES. La lectura de sus trabajos advierten sobre los puntos de consenso, pero también sobre la heterogeneidad del

[48] Cf. ABERASTURY, "Consideraciones psicológicas sobre la delincuencia femenina", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 5, 1935, p. 19.
[49] Cf. COELLO, "La delincuencia femenina en Cuba en relación con diversos estados fisiológicos de la sexualidad", en *Revista Psiquiatría y Criminología,* Año IV, n.º 24, Buenos Aires, 1939, pp. 694 ss.
[50] Entre otras, ADLER, *Sisters in Crime,* cito a través de CAROL SMART, *Women, Crime and Criminology*: *A Feminist Critique*, Henley/Londres, Routledge and Kegan Paul, 1976.
[51] Cf. ALBARRACÍN, "La delincuencia femenina. Sus cifras. Sus causas", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 7, 1936, p. 17.
[52] Cf. PAZ ANCHORENA, "La acción social de la pena", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 8, pp. 16 ss.

grupo. En su tesis para obtener el título de doctora en derecho, Lucila DE GREGORIO LAVIÉ —ella misma condenada tiempo atrás por bigamia—[53] consideraba que la pena tenía que evitar que quien hubiera caído en ella "por circunstancias especiales" tomara contacto con las "delincuentes depravadas, viciosas y corrompidas".[54] El trabajo es interesante para explorar las nociones de femineidad que conformaban al modelo de mujer a partir del cual se construía a la "criminal". Para DE GREGORIO LAVIÉ, la mujer argentina, tal como lo probaba la actividad de la Sociedad de Beneficencia y los premios a la virtud, estaba especialmente dotada para el consuelo, la redención y la paz.[55] Sin abandonar los criterios biologicistas, sostenía que los factores culturales impedían revelar un tipo de mujer criminal. Por naturaleza, las mujeres eran generosas, pacientes y altruistas, proclives a satisfacer las necesidades ajenas; las criminales, por el contrario, carecían de prudencia y previsión, eran embusteras, holgazanas y egoístas. La misión básica de la mujer era la de crear y formar las generaciones futuras y para ello, la familia cristiana era el núcleo irremplazable e irrompible.[56] Paradójico con su propia experiencia, el matrimonio era un índice de moralidad, y la soltería y la viudez, determinantes de la mayor delincuencia. Conjugando tradición con modernidad, DE GREGORIO LAVIÉ consideraba que la igualdad en el trabajo y en los estudios debía darse en su justa medida, para no afectar la femineidad y el lugar de las mujeres como guardianas del hogar y de las buenas costumbres.

Igual que Lucila DE GREGORIO LAVIÉ, Dolores MADANES no tenía una mirada condescendiente sobre la mujer delincuente, sino más bien exaltaba la igual responsabilidad penal que su par masculino. Apoyada en los cambios sociales y legales, MADANES se distinguía de sus predecesores que habían pretendido disminuir o atenuar la pena de la mujer, en función de su inferior mentalidad o capacidad.[57] Sin embargo, también se distinguía de sus coetáneas, echando luz sobre las distintas visiones del feminismo sobre el problema de la mujer ante el derecho penal. El debate más fuerte lo daba con Felicitas KLIMPEL, quien en *La Mujer ante el Hombre y el Derecho Penal,* con posiciones complacientes con el biologicismo, consideraba que la sociedad empujaba a la mujer al delito.[58] El diagnóstico de estas dos abogadas feministas era diferente. Para MADANES, la mujer no estaba "amarrada a la pata de la cama", sino que los avances de la sociedad y la tecnología habían

[53] DE GREGORIO LAVIÉ, "Confesiones de una liberada", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933, p. 20.
[54] DE GREGORIO LAVIÉ, *Delincuencia femenina,* Tesis para obtener el título de doctora en derecho, 1936.
[55] Id., p. 34.
[56] Id., p. 58.
[57] Entre otros, cf. MACHADO DONCEL, *Delincuencia femenina,* Tesis para obtener el título de doctor en derecho, 1915; "Dictamen de Carlos Octavio Bunge en 1909 en un proceso célebre", en *Revista de Derecho Penal,* Año 2, Sec. 4.ª, 1946, p. 477.
[58] MADANES, "La mujer en el Código Penal Argentino", en *Revista de Derecho Penal,* Año 3, Sec.1.ª, 1947, p. 57.

mejorado su situación. La equidad, por otra parte, se lograba manteniendo las esferas separadas y mejorando las condiciones de la mujer en el hogar:

"Más ha logrado para la mujer el gas en la cocina, la electricidad en la plancha, la ciencia pediátrica en la crianza disciplinada de los bebés, el teléfono, la radio y el cine que todas las arengas, escritos y propósitos".[59]

Pero en su cuestionamiento a KLIMPEL también dejaba entrever una clara crítica de clase, que mostraba su sensibilidad en la temática. El Código Penal había sido pensado para la mujer y el varón pobres, cuyos móviles para delinquir eran la miseria, la ignorancia y el abandono familiar:

"Y para esta pareja, que siente las mismas miserias ambientales, que tiene que trabajar para subsistir, que carece de tiempo para ilustrarse, que es la masa de la población, para ella está hecho el Código Penal [...] Compárese a la mujer delincuente con el hombre que también delinquió".[60]

Las tensiones entre igualdad y diferencia también estaban presentes en la discusión sobre la ejecución de la pena. Las abogadas del Patronato comparaban la cárcel de mujeres con la de varones, reclamaban un igual tratamiento científico,[61] pero requerían una modalidad de pena que, con algunas particularidades, hacía hincapié en las esferas separadas. El proyecto ideal radicaba en la creación de pequeñas casas de campo, con quince habitaciones, dirigidas por personal femenino y laico. La propuesta consistía en entrenar a las mujeres para los trabajos agrícolas, lejos de las ciudades y los núcleos urbanos. Ante la disyuntiva de si era más ventajoso dar un oficio que la hiciera recurrir a la fábrica, la respuesta fue: "lejos de las ciudades y desde sus casas".[62] Las mujeres de las urbes, previamente ocupadas en el "no siempre conveniente empleo doméstico", confirmaban la idea de que la ciudad era el "caldo de cultivo donde germinan y crecen los criminales":

[59] *Supra* nota 58, p. 62. (se mantiene la redacción del original).
[60] Ibid.
[61] Así, por ejemplo, SATRIANO, "Régimen penitenciario...", *supra* nota 7.
[62] Cf. "Anteproyecto de reglamento para la cárcel de Olmos (Prov. de Buenos Aires)", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 5, 1935, pp. 32 ss.

"Las condiciones ambientales de esta gran ciudad varían día a día y el problema de la mujer delincuente cobra trascendencia a medida que, con su crecimiento, aumentan los peligros a que se halla expuesta la mujer, en su lucha por la existencia".[63]

Más que el objetivo declarado de enseñarles un oficio que saliera del vulgar y conocido trabajo en la fábrica, las universitarias estaban preocupadas por alejar a las mujeres de la mala influencia urbana y de asegurarles éxito como madres en el hogar.[64]

La maternidad tenía un rol importante en el cumplimiento de la pena. La especificidad biológica y la necesidad de proteger a la mujer embarazada habían sido exaltadas por las visitadoras al redactar, en 1935, el Anteproyecto de Reglamento para la Cárcel de Mujeres en Olmos en la Provincia de Buenos Aires. Las mujeres embarazadas podían estar en la institución mientras su estado les permitiera cumplir con el reglamento. A partir de allí, y todo el descanso post-natal, debían alojarse en un instituto médico.[65] En la propuesta no había ninguna intención de buscar un método alternativo a la pena de encierro —como sucede en la actualidad—[66], sino más bien de proteger la maternidad. Ello se entiende en un contexto donde la maternidad era el vehículo para enaltecer a las mujeres delincuentes y ésa, también, la razón por la que se prefería que la mujer mantuviera a sus hijos en prisión: el contacto con el niño sería beneficioso para su readaptación.[67]

El Patronato de Recluidas y Liberadas emulaba el modelo de los Estados Unidos de América. Victoria GUCOVSKY, quien integraba el grupo de las visitadoras, había estudiado el régimen carcelario y reformatorio para mujeres en los Estados Unidos, y visitado instituciones organizadas en torno a granjas, talleres y escuelas. A través del Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas había difundido las fotos de las instituciones modelos de los Estados Unidos, y reivindicado las tareas de readaptación que allí se organizaban. En los Estados Unidos de América, las mujeres debían cumplir jornadas de trabajo (en el campo, la cocina o el lavadero) y de escuela, donde se

[63] Cf. DE GREGORIO LAVIÉ, "Reeducación práctica de las liberadas", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 2, p. 9.

[64] Cf. también, RECA, "Directivas para la organización de una cárcel de mujeres", en *Anales de la Sociedad Argentina de Criminología,* t. I, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1936, p. 70. Sobre la necesidad de otorgar un trabajo fuera de lo vulgar y conocido, cf. JOSÉ MARÍA PAZ ANCHORENA, "La acción social de la pena", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 8, 1936, p. 19.

[65] Cf. "Anteproyecto de reglamento para la cárcel de Olmos (Prov. de Buenos Aires)", *supra* nota 63, pp. 32 ss.

[66] Cf. DI CORLETO/MONCLÚS, *El arresto domiciliario para las mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años,* en TEDESCOANITUA (comps.), *Homenaje a Edmundo Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 285 a 302.

[67] Cf. DE GREGORIO LAVIÉ, *Delincuencia femenina, supra* nota 55.

hacían concursos de lectura.[68] Telma RECA, también conocedora de los modelos estadounidenses, coincidía en que las colonias agrícolas eran beneficiosas para la delincuencia que caracterizaba a la mujer. La prisión no podía ser concebida como castigo, sino como un mecanismo para la transformación de los valores morales o la defensa social. De todas formas, los ideales que guiaban la elevación de la moral femenina eran los de buena esposa y madre.[69]

La pretensión de importar el modelo extranjero sucedía cuando los reformatorios estadounidenses habían iniciado su decadencia. Nicole RAFTER ha señalado que, a partir de la década de los treinta, los reformatorios comenzaron a recibir una población más heterogénea, ya no limitada a condenadas por delitos menores. Por falta de espacio, las prisiones estaduales —que hasta entonces albergaban a las autoras de crímenes violentos—, comenzaron a transferir a las internas a los reformatorios. Paralelamente, por la falta de recursos originada en la crisis de 1929, los reformatorios desincentivaron los encierros prolongados que los habían caracterizado. Finalmente, el sufragio femenino diversificó las formas de actuación de las mujeres, quienes se desinteresaron por la ayuda social, y todo ello condujo al declive del modelo que habían impulsado las primeras feministas estadounidenses desde 1900.[70]

En este contexto, es importante apreciar la propuesta del trabajo agrícola que también se impulsaba en un marco más amplio de reformas a las prisiones. Sobre esta cuestión, tal como lo hacía saber el Jefe de la Policía en 1933, la idea de que las mujeres cumplieran sus condenas en colonias penales no era original.[71] Las conclusiones del Segundo Congreso Latino Americano de Criminología recomendaban que los delincuentes varones de origen rural y de peligrosidad mínima fueran alojados en colonias penales agrícolas.[72] Ello coincidía con la implementación de un plan nacional de construcción de prisiones, que incluyó la inauguración de colonias penales en General Roca y Santa Rosa.[73] A juzgar por los artículos que mereció en la Revista Penal y

[68] Cf. GUCOVSKY, "Los reformatorios para mujeres y niños en los Estados Unidos" en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933.
[69] Cf. RECA, *supra* nota 65, p. 72.
[70] Cf. RAFTER, *Partial Justice. Women in State Prisons, 1800-1935,* Boston, Northeastern University Press, 1985, pp. 81-82. Para una reconstrucción histórica de estos reformatorios, cf. FREEDMAN, *Their Sister´s Keepers. Women´s Prison Reform in America, 1830-1930,* University of Michigan, 2000 [1984].
[71] Cf. Entrevista al Coronel D. Luis Jorge GARCÍA, en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933, p. 10.
[72] Cf. ANCHORENA, "Tratamientos penitenciarios especializados. Las colonias penales", en *Revista Penal y Penitenciaria*, Año 4, n.º 20, Buenos Aires, 1941, pp. 217 ss.
[73] Cf. CAIMARI, *supra* nota 14, p. 122.

Penitenciaria, la última colonia citada constituía un orgullo para la Dirección de los Institutos Penales.[74]

En este sentido, la importación del modelo estadounidense confluía con las ideas locales sobre la mejor reforma para los delincuentes en general y las mujeres en particular. Sin embargo, a juzgar por los resultados de la acción del Patronato de Recluidas y Liberadas, poco era el interés en adecuar las sanciones de las mujeres a los parámetros científicos de la época, aunque con un enfoque diferenciado para las condenadas.

V. El legado del Patronato de Recluidas y Liberadas

El Patronato de Recluidas y Liberadas se desarrolló en un momento de transformación en que la mujer ya tenía ciertos derechos civiles y luego avanzó en el reconocimiento del sufragio femenino. Las mujeres que lo integraron se identificaron como tales y se definieron, por un lado, con las cualidades intelectuales y culturales que les daba su paso por la universidad y su pretensión de ocupar espacios en la vida pública, pero sin abandonar la asunción de roles femeninos de la época.

Con sus contradicciones, este grupo cuestionó las condiciones de la prisión, pero no las actitudes que, frente a la criminalidad femenina, perpetuaban un tratamiento distinto. Admiradoras de las estadounidenses que habían liderado el movimiento de reforma en los Estados Unidos, las argentinas no alcanzaron a tener el mismo desarrollo y su legado no fue igual de influyente.

Su principal legado parece haber sido la Primera Escuela de Asistentes a Menores y Asistentes Penales, que en 1946 pasó a depender de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.[75]

De sus estudios sobre los reformatorios para mujeres, sólo quedaron rastros en el Proyecto de Reforma al Código Penal de COLL GÓMEZ, en el que se incluyó que: "Las mujeres sufrirán la

[74] *Revista Penal y Penitenciaria*, nño V, n.º 16, 1940, donde se detalla la inauguración de la colonia penal de La Pampa.

[75] Para el análisis del desarrollo de la Escuela de Asistencia Social deberá consultarse: GRASSI, *La mujer y la profesión de asistente social. El control de la vida cotidiana*, Buenos Aires, Humanistas, 1989, cito a través de TOSSOUNIAN, *supra* nota 24, p. 59.

condena de una u otra de las sanciones privativas de libertad —reclusión o prisión— en el establecimiento destinado al efecto, con obligación de trabajar dentro de los mismos en labores adecuadas y siempre que fuere posible, en las de jardinería, horticultura y granja. Las sanciones privativas de la libertad, impuestas a mujeres, serán suspendidas en el caso de que la condenada se encuentre encinta o no hayan transcurrido cincuenta días desde el alumbramiento. Este plazo podrá ser ampliado en caso de necesidad establecida por informe de peritos oficiales. En todo lo demás, las condenadas quedarán sometidas a las normas que se establecen para los hombres".[76] Sin embargo, a la luz de las transformaciones que se estaban dando en todo el sistema penitenciario entre 1933 y 1940, tampoco es inequívoco que en ello haya prevalecido la opinión del Patronato de Recluidas y Liberadas.

VI. Bibliografía

ABERASTURY, Federico, "Consideraciones psicológicas sobre la delincuencia femenina", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º5, 1935.

ALBARRACÍN, Roberto, "La delincuencia femenina. Sus cifras. Sus causas", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 7, 1936.

ANCHORENA, José María Paz, "La acción social de la pena", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 8, 1936.

— "Tratamientos penitenciarios especializados. Las colonias penales", *Revista Penal y Penitenciaria*, Año 4, n.º 20, 1941.

ANÓNIMO, *Vida de la Madre María San Agustín de Jesús Fernández de Santiago Concha*, Montevideo, Casa A. Barreiro y Ramos S.A., 1946.

ARENAL, Concepción, *El visitador del preso,* Buenos Aires, Editorial Tor, 2003.

BALLVÉ, Antonio/DESPLATS, Miguel, *Resultados Generales del Primer Censo Carcelario de la República Argentina*, Buenos Aires, Talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1909.

[76] Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del Decreto de 19 de setiembre de 1936.

BARRANCOS, Dora, *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos,* Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2007.

BRANCA, Zulema, "Inauguración de la muestra de trabajos realizados en la Casa de Corrección de Mujeres", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 3.

BERG, Elisa P., "La misión de la visitadora", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 2.

— "La obra del Patronato de Recluidas y Liberadas", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 8, 936.

BUNGE, Carlos Octavio, "Dictamen de Carlos Octavio Bunge en 1909 en un proceso célebre", *Revista de Derecho Penal,* Año 2, Sec. 4.ª, 1946.

CAIMARI, Lila, "Entre la celda y el hogar. Dilemas estatales del castigo femenino (Buenos Aires, 1890-1940)", *Nueva Doctrina Penal*, 2007/A, 2007, pp. 427-450.

— *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004, pp. 124-135.

CASSAGNE SERRES, Blanca A., *¿Debe votar la mujer? Cultura Cívica Femenina. Constitución Nacional, división de poderes y sufragio femenino. Un programa de acción,* Buenos Aires, Editorial Licurgo, 1945.

DE GREGORIO LAVIÉ, Lucila, *Trayectoria de la condición social de las mujeres argentinas,* Santa Fe, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, 1947.

— *La ciudadana. Para las mujeres que votan,* Buenos Aires, Libro de Edición argentina, 1948.

— "Concepción Arenal", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 5, 1935.

— "Confesiones de una liberada", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933.

— *Delincuencia femenina,* Tesis para obtener el título de doctora en derecho, 1936.

—"Reeducación práctica de las liberadas", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.° 2.

DI CORLETO, Julieta/MONCLÚS, Marta*, El arresto domiciliario para las mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años,* en Homenaje a Edmundo Hendler, TEDESCO, Ignacio/ANITUA, Gabriel I. (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 285 a 302.

FREEDMAN, Estelle B., *Their Sister's Keepers. Women's Prison Reform in America, 1830-1930,* University of Michigan, 2000 [1984].

FRÍAS, Jorge H., "La organización de los Patronatos de Liberados", *Revista Penal y Penitenciaria*, Año IV, n.º 13, 1939.

GARCÍA, D. Luis Jorge, entrevista, en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933.

GOMEZ PAZ, Julieta, "El caso de la liberada N.N.", en *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas*, n.º 4, 1935.

GONZÁLEZ LEBRERO, Rodolfo. A., "Asilo de Corrección de Mujeres de Buenos Aires", en *Revista Penal y Penitenciaria,* t. X, 1945.

GRASSI, Estela, *La mujer y la profesión de asistente social. El control de la vida cotidiana*, Buenos Aires, Humanistas, 1989.

GUCOVSKY, Victoria, "Los reformatorios para mujeres y niños en los Estados Unidos", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933.

MACHADO DONCEL, Juvenal, *Delincuencia femenina,* Tesis para obtener el título de doctor en derecho*,* 1915.

MADANES, Dolores, "La mujer en el Código Penal Argentino", *Revista de Derecho Penal,* Año 3, Sec.1.ª, 1947.

MENDOZA, Angélica, *Cárcel de Mujeres. Impresiones recogidas en el Asilo del Buen Pastor*, Buenos Aires, Claridad, 1933.

MORALES COELLO, Julio, "La delincuencia femenina en Cuba en relación con diversos estados fisiológicos de la sexualidad", *Revista Psiquiatría y Criminología,* Año IV, n.º 24, Buenos Aires, 1939.

MORENO, Rodolfo, "La cárcel y la sociedad", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 5, 1935.

PONFERRADA, Felipe, "La existencia del patronato de liberados y la libertad condicional", *J.A.*, t. 69, 1940.

RAFTER, Nicole H., *Partial Justice. Women in State Prisons, 1800-1935,* Boston, Northeastern University Press, 1985.

RAMOS, Juan P., "La acción del Patronato de Liberados", *Revista Penal y Penitenciaria,* t. VIII, 1943.

— Conferencia, *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1, 1933.

RECA, Telma, "Directivas para la organización de una cárcel de mujeres", *Anales de la Sociedad Argentina de Criminología,* t. I, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1936.

SATRIANO, Luisa, "Régimen Penitenciario para la mujer delincuente", *Tres ensayos,* Buenos Aires, Ediciones ABL, 1935.

SMART, Carol, *Women, Crime and Criminology: A Feminist Critique*, Henley/Londres, Routledge and Kegan Paul, 1976.

TOSSOUNIAN, Cecilia, *Las asociaciones femeninas, la cuestión de la mujer y la emergencia de un Estado social. Buenos Aires, 1920-1940,* Tesis de Maestría en Historia, Universidad de San Andrés, 2006.

YUSSEM, Hortensia, "Informe de la Directora de Trabajo", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 2, 1934.

— "El Patronato de Recluidas y Liberadas", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 4, 1935.

ZWANCK, Alberto, "El Servicio Social en la Obra del Patronato de Recluidas y Liberadas", *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas* n.º 4, 1935.

Otros documentos

- *Boletín del Patronato de Recluidas y Liberadas,* n.º 1 (1933), n.º 2 (1934), n.º 3 (1934), n.º 4 (1935), n.º 5 (1935), n.º 10 (1937), n.º 12 (1938), n.º 20-22 (1940), n.º 23 (1940), n.º 24-25 (1941), n.º 26-27 (1941).

- *Revista Penal y Penitenciaria,* año V, n.º 16, 1940; Año XIX, n.º 74; Año VIII, n.º 70, Buenos Aires, Dirección General de Institutos Penales, 1953.

EL CASO DEL CAMARERO MALVADO*

Prof. Dr. Luis E. CHIESA**

Resumen

Este ensayo analiza el "caso del camarero malvado", un modelo hipotético famoso que ha sido objeto de mucho debate en la literatura jurídico-penal alemana, española y latinoamericana pero que lamentablemente no ha tenido su espacio en los trabajos académicos angloamericanos. El caso presenta un camarero que se da cuenta de que el bistec de solomillo que está por servir en la mesa que tiene a cargo está cubierto de una salsa de vino y hongos venenosos. No obstante, lleva el plato a la mesa. El cliente come el bistec de solomillo envenenado y muere varios minutos después. ¿Mató el camarero malvado al cliente hambriento o sólo lo dejó morir? En este ensayo se sostiene que la conducta del camarero malvado contiene características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones, a pesar de que no es una conducta puramente activa ni puramente omisiva. Es, a falta de una expresión mejor, una "actomisión" que es más reprochable que una pura omisión pero menos merecedora de condenación que un ilícito puramente activo. Una conducta se considera actomisión si equivale a la omisión de auxilio (p. ej., el camarero omite salvar al cliente) que se cumple realizando un movimiento corporal voluntario (el camarero pone el plato ante el cliente). Como resultado de la naturaleza híbrida de su conducta, el camarero malvado debería ser castigado de manera más severa que si hubiera meramente omitido rescatar al cliente. El caso del camarero malvado resulta aun más importante porque revela que

* Originalmente publicado en *University of Miami Law Review*, vol. 69, 2014, pp. 161-192. Traducción del inglés de José R. BÉGUELIN y Leandro A. DIAS. Los traductores desean agradecer al prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo A. SANCINETTI por sus valiosos comentarios a una versión preliminar de la traducción. Se ha mantenido, en la medida de lo posible, el estilo de citas de la publicación original.

** Profesor de Derecho y director del Centro de Derecho penal de Búfalo, Facultad de Derecho de Búfalo, Universidad del Estado de Nueva York. Estoy en deuda de gratitud con los miembros docentes de la Facultad de Derecho de Cornell por sus valiosos comentarios cuando se presentó una versión temprana de este artículo en el marco del coloquio de docentes de la Facultad de Derecho de CORNELL. Les agradezco particularmente a Michael DORF, Sherry COLB y Jens OHLIN por sus observaciones, que fueron de mucha ayuda. Por último, le agradezco a Leo ZAIBERT por tomarse el tiempo de leer este ensayo y hacer una crítica muy detallada y útil.

los jueces no deberían estar obligados a describir la conducta penal como un acto o como una omisión. Por el contrario, el derecho penal estadounidense debería reconocer las "actomisiones" como una categoría diferente de conductas. Tales actomisiones deberían castigarse de modo más severo que las puras omisiones pero menos que las conductas completamente activas. Por tanto, el derecho penal funcionaría mejor si se reemplazara la dicotomía acción/omisión por la distinción tripartita acción/omisión/actomisión.

Palabras clave: acciones – omisiones – actomisiones – advertencia previa – matar – dejar morir – Günther JAKOBS – Judith THOMSON

Title: The Evil Waiter Case

Abstract

This essay discusses the 'Evil Waiter Case', a famous hypothetical fact pattern that has been the subject of much debate in the German, Spanish, and Latin American criminal law literature, but that unfortunately has not found its way into Anglo-American scholarly writings. The case presents us with a waiter who notices that the filet mignon she is taking to her assigned table is covered in a poisoned mushroom wine sauce. She nevertheless takes the dish to the table. The patron eats the poisoned filet mignon and dies several minutes later. Did the evil waiter kill the hungry patron or did she merely let him die? This essay argues that the evil waiter's conduct shares morally relevant features of both actions and omissions, although it is neither purely active nor purely omissive conduct. It is, for lack of a better word, an 'actmission' that is more blameworthy than a pure omission but less worthy of condemnation than purely active wrongdoing. Conduct counts as an actmission if it amounts to a failure to rescue (e.g. waiter fails to rescue patron) that is accomplished by engaging in a willed bodily movement (waiter places dish in front of patron). As a result of the hybrid nature of her conduct, the evil waiter should be punished more severely than if she had merely failed to rescue the patron, but less harshly than if she had actively killed the patron. More importantly, the Evil Waiter Case reveals that judges should not be forced to describe criminal conduct as either an act or an omission. Instead, American criminal law ought to recognize 'actmissions' as a distinct category of conduct. Such actmissions should be punished more than pure omissions but less than entirely active conduct. Criminal law would thus be better served by replacing the act/omission distinction with the act/omission/actmission tristinction.

Keywords: Actions – Omissions – Actmissions – Fair Warning – Killing – Letting Die – Günther JAKOBS – Judith THOMSON

Sumario

I. Introducción; II. Formulaciones en pugna: El caso del camarero malvado como acción, como omisión y como actomisión; A. El caso del camarero malvado como acción; B. El caso del camarero malvado como omisión; 1. La estructura del ilícito pasivo – El caso del camarero omitente; 2. Análisis de la distinción entre ilícito pasivo y activo – Comparación entre los casos del camarero omitente y del ponzoñoso; 3. Enseñanzas de comparar el caso del camarero malvado con los del camarero omitente y del ponzoñoso; 4. Conclusión preliminar – La conducta del camarero malvado no es una pura omisión; C. El caso del camarero malvado como comisión por omisión; D. El caso del camarero malvado como actomisión; 1. El caso del camarero malvado no presenta una conducta puramente activa o pasiva; 2. La conducta del camarero malvado como una "actomisión" que es tanto activa como pasiva de modo moralmente relevante; III. Enseñanzas del caso del camarero malvado: La distinción acción/omisión requiere una revisión; A. ¿Debe reemplazarse la distinción acción/omisión por una escala gradual para la conducta humana?; B. Una propuesta más modesta: hacia una distinción tripartita entre acción/omisión/actomisión; IV. Conclusión

I. Introducción

El cocinero de un restaurante toca la campanilla para indicarles a los camareros que la comida está lista para llevar a la mesa. El camarero camina con diligencia hacia la cocina y toma el plato. Es un bistec de solomillo exquisitamente preparado con salsa de vino y hongos. Por desgracia, hay algo que no está bien en el plato. El color de la salsa de hongos es extraño. Dado que el camarero está trabajando en su tesis doctoral en biología y química, rápidamente concluye que los hongos utilizados para la salsa son setas venenosas que pueden causar la muerte si son consumidas por humanos. Sin embargo, decide llevar el plato a la mesa. Él considera que no es parte del trabajo de un camarero examinar la comida para ver si hay sustancias venenosas. Al llegar a la mesa, pregunta: "¿Quién pidió el bistec de solomillo con salsa de vino y hongos?". Un comensal hambriento levanta la mano y le contesta: "¡Yo, yo!". El camarero pone delicadamente el plato frente al comensal hambriento. Le dice: "*Bon appétit*, *monsieur*!" y se aleja hacia la cocina para

buscar un plato para otra mesa. El cliente hambriento come el bistec de solomillo. Muere varios minutos después por intoxicación con hongos.[1]

¿Ha matado el camarero al cliente o simplemente lo ha dejado morir? Más específicamente, ¿es responsable el camarero por haber asesinado al cliente o por haber omitido auxiliarlo? Si la respuesta correcta es la primera, probablemente será condenado a una pena de prisión que puede variar entre diez años y cadena perpetua, según la jurisdicción.[2] Sin embargo, si simplemente omitió prestarle auxilio al cliente, no será castigado en absoluto en la gran mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos.[3]

En este ensayo se sostiene que es inapropiado que las reglas jurídicas actuales obliguen a elegir entre describir la conducta del camarero como un acto que da lugar a responsabilidad por homicidio o como una omisión que da lugar a responsabilidad por omisión de auxilio. El universo moral no es tan sencillo. Algunos cursos de conducta comparten características moralmente relevantes tanto de actos como de omisiones. Llamo a tales cursos de conducta "actomisiones" y sostengo que su característica principal es que son más reprochables que las omisiones pero menos que las acciones.[4] Sobre la base de esta teoría, en este ensayo se propone que la mejor manera de describir la conducta del camarero malvado es como una "actomisión" que es más reprochable que una mera omisión de salvar al cliente, pero menos merecedora de condenación que matarlo activamente. Como resultado de ello, el castigo adecuado que se le debería imponer al camarero es menor que el previsto para el homicidio pero mayor que el previsto para omisiones de auxilio. Esto, por su parte, pone en evidencia un defecto importante del derecho penal estadounidense. En lugar de tratar de forzar artificialmente la conducta en la categoría de "acción" o en la de "omisión", se atendería mejor a los intereses del derecho penal si se reconociera que hay cursos de

[1] El caso del camarero malvado fue propuesto por primera vez por el famoso jurista penal alemán Günther Jakobs en su libro DERECHO PENAL: PARTE GENERAL. Ver Günther Jakobs, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL, FUNDAMENTOS Y TEORÍAS DE LA IMPUTACIÓN, pp. 250–53 (trad. de Joaquín Cuello Contreras & José Luis Serrano González De Murillo, Marcial Pons 2.ª ed. 1995) (2.ª ed. 1991). Pido al lector que imagine que el cocinero no está en falta al usar los hongos venenosos. Esta circunstancia no es necesaria, pero es útil para evitar distraerse con problemas de participación y de atribución de la responsabilidad entre los diferentes actores posiblemente involucrados en la muerte del cliente hambriento. El lector también tiene que tomar en consideración que el camarero sólo pudo darse cuenta de que los hongos eran venenosos porque tiene un conocimiento especial gracias a sus estudios avanzados. Una persona media o un camarero medio no habrían notado nada malo en el plato.

[2] Ver, p. ej., U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL § 2A1.1–.5 (2011) (donde se delinean bases penales para los delitos de homicidio).

[3] Ver, p. ej., Joshua Dressler, *Some Brief Thoughts (Mostly Negative) About "Bad Samaritan" Laws*, 40 SANTA CLARA L. REV. 971, 975 (2000).

[4] Dije esto por primera vez en Luis E. Chiesa, *Actmissions*, 116 W. VA. L. REV. 583, 584 (2013).

conducta que son en parte activos y en parte omisivos y que, por tanto, merecen menor castigo que la conducta puramente activa pero mayor que la conducta completamente pasiva.

La argumentación se da en dos partes. En el punto II de este ensayo se analiza si lo mejor es describir la conducta del caso del camarero malvado como una acción o como una omisión. Luego de determinar que describir la conducta del camarero como acción o como omisión es insuficiente, se sostiene que el caso presenta un curso de acción que es tanto activo como omisivo en aspectos moralmente relevantes. Por tanto, presenta la estructura propia de lo que en este ensayo se denomina "actomisión".

En el punto III se desarrollan las implicancias que tiene el caso del camarero malvado para el derecho penal estadounidense. Más específicamente, se estudia si es mejor reemplazar la dicotomía acción/omisión por una escala gradual que permita a quienes toman decisiones ubicar la conducta en un continuo que va desde la conducta plenamente activa hasta la puramente pasiva. Adoptar la perspectiva de una escala gradual para la conducta humana captaría con mayor precisión la complejidad moral del caso del camarero malvado y otros supuestos de hecho que comparten una estructura similar. Por ejemplo, explicaría mejor los llamados casos de "doble evitación", en los que una persona realiza una acción positiva que evita que otro evite un daño en particular.[5] Al igual que el caso del camarero malvado, los de doble evitación tienen en común características moralmente relevantes tanto para acciones como para omisiones y, por ello, se resisten a la clasificación como puramente activos o puramente pasivos. Además, con el famoso ejemplo del violinista de Judith Jarvis Thomson[6], sostendré que los casos de aborto no presentan ni una conducta puramente activa ni una completamente pasiva. Antes bien, el aborto presenta un caso en el que la omisión de prestar sustento se cumple por vía de una acción positiva. En cuanto tales, los casos de aborto se ubican en algún punto de la escala gradual entre la conducta plenamente positiva y la completamente pasiva.

Si bien reemplazar la dicotomía acción/omisión por el punto de vista de la escala gradual para la conducta humana describiría mejor el alcance completo de la conducta —tal como sucede con el caso del camarero malvado, los casos de doble evitación y los abortos—, el precio que habría

[5] Un ejemplo de caso de "doble evitación" sería el del autor que sujeta por la fuerza a una persona que está a punto de rescatar a un niño que está ahogándose. Al sujetar por la fuerza a esa persona, el autor ha impedido que ésta evite la muerte del niño. Los casos de doble evitación se discuten con mayor detalle en el punto III.A de este ensayo.

[6] Ver Judith Jarvis Thomson, *A Defense of Abortion*, 1 PHIL. & PUB. AFF. 47, 48–49 (1971).

que pagar sería muy alto. Adoptar una escala gradual para la conducta humana no es atractivo, en última instancia, porque la naturaleza imprecisa de la determinación con la escala gradual haría difícil para la ciudadanía saber *ex ante* si su conducta sería considerada como acto, omisión o algo intermedio. Esto podría privar de manera inconstitucional al acusado de la advertencia previa*.[7] Si bien esto brinda un argumento decisivo en contra de que se adopte en el derecho penal el punto de vista de la escala gradual para la conducta humana, no excluye de antemano la posibilidad de reconocer las actomisiones como una categoría autónoma de la conducta humana junto a las acciones y las omisiones. Reconocerlas explicaría mejor los casos como el del camarero malvado, los de doble evitación y los abortos. Además, se evitaría privar al acusado de la advertencia previa. Por ello, se le rendiría un mejor servicio al derecho penal estadounidense si se reemplazara la rígida dicotomía acción/omisión con la más rica distinción tripartita acción/omisión/actomisión.

II. Formulaciones en pugna: El caso del camarero malvado como acción, como omisión y como actomisión

A. El caso del camarero malvado como acción

Con frecuencia, los juristas y los filósofos definen la acción como "movimiento corporal voluntario".[8] Los pocos códigos que definen la acción lo hacen de manera similar. El código penal Modelo, por ejemplo, define la acción como un movimiento corporal que es el "producto del esfuerzo o determinación del autor".[9] Según esta definición, el camarero del caso realizó una *acción* que mató al cliente hambriento. Después de todo, realizó un movimiento corporal voluntario —servirle el plato al cliente hambriento— que incidió de manera relevante en la muerte del cliente.[10]

---

* Nota de los trad.: Se ha decidido traducir el término "*fair warning*" como "advertencia previa", dado que una traducción literal ("advertencia justa") no es usual en la cultura jurídica continental. De lo que se trata, en definitiva, es de uno requisito del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que consiste (al menos según una fundamentación usual de dicho principio en los sistemas jurídicos anglosajones) en ofrecerle al autor una aviso justo o razonable de que su conducta será punible. Dicho aviso daría lugar a un incentivo razonable para abstenerse de la realización de la conducta.

[7] U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 3 ("No se dictarán leyes de proscripción ni *ex post facto*"); U.S. CONST. art. I, cl. 1 ("Ningún estado… dictará… leyes *ex post facto*").

[8] Ver, p. ej., MICHAEL S. MOORE, ACT AND CRIME: THE PHILOSOPHY OF ACTION AND ITS IMPLICATIONS FOR CRIMINAL LAW 78 (1993) (con cita de Oliver Wendell Holmes, quien decía que una acción "es una contracción muscular voluntaria, nada más") (cita omitida).

[9] MODEL PENAL CODE § 2.01(2)(d) (1962).

[10] Esta es la conclusión a la que llega la mayoría de los juristas del derecho continental cuando analizan este caso hipotético. Ver, p. ej., EUGENIO RAÚL ZAFFARONI ET AL., DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 476 (Ediar 2.ª ed. 2002).

Hay mucho en juego al determinar si el camarero mató al cliente hambriento mediante la realización de una acción que causa daño. La mayoría de los teóricos está de acuerdo en que las acciones son más reprochables que el omitir actuar (omisiones).[11] En este ensayo se sostiene que las acciones son más reprochables que las omisiones porque las primeras ponen a la víctima en peor situación que aquella en la que estaba. Por el contrario, las omisiones omiten poner a la víctima en mejor situación.[12] Parece bastante evidente que tenemos una pretensión más fuerte contra los demás de que se abstengan de ponernos en peor situación, que la pretensión que tenemos de que nos pongan en mejor situación.[13]

La diferencia entre acciones y omisiones no es tan sólo filosófica. Es difícil explicar muchas características importantes de nuestras leyes penales sin tomar en consideración esta distinción. Las leyes referidas al homicidio lo ilustran bien. Matar a un ser humano sin justificación o excusa se castiga siempre con bastante severidad.[14] No obstante, en general dejar que una persona muera no está castigado en los Estados Unidos.[15] Desde luego que hay excepciones a esta regla. Dejar morir a una persona se castiga tan severamente como matarla si hay un deber jurídico especial de impedir su muerte.[16] Sin embargo, a falta de este deber especial, en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses dejar morir a una persona no está castigado en absoluto.[17] Las pocas jurisdicciones que sí castigan las omisiones lo hacen de modo mucho menos severo que cuando castigan el matar a una persona.[18]

[11] Ver, p. ej., Warren S. Quinn, *Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing*, 98 PHIL. REV. 287, 298–300 (1989).

[12] Algunos filósofos creen que las omisiones no pueden causar daño. Ver, p. ej., MOORE, *supra* nota 8, en p. 88 (en donde teoriza que Oliver Wendell Holmes diría que "'las omisiones no son actos, por ello el hecho de que nuestra teoría no las incluya como actos no es un defecto, sino una virtud'") (cita omitida). Otros, sin embargo, sostienen que las omisiones pueden ser tratadas como causas de daños. Ver, p. ej., H.L.A. HART & A. M. HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW 35–36 (1959).

[13] Ver, p. ej., Quinn, *supra* nota 11, en pp. 289–290.

[14] Ver, p. ej., MODEL PENAL CODE § 210.2 (1962).

[15] Respecto de un panorama general de la falta de atribución de responsabilidad en las jurisdicciones estadounidenses por la omisión de salvamento, ver Dressler, *supra* nota 3, en pp. 975–77.

[16] Ver, p. ej., MODEL PENAL CODE § 2.01(3)(b) (1962).

[17] Ver, p. ej., Dressler, *supra* nota 3, en p. 975 ("La regla general es que una persona no es penalmente responsable por lo que omite hacer").

[18] Este es el caso, por ejemplo, en Vermont. VT. STAT. ANN. tit. 12, § 519 (2003) (en donde se establece un deber de auxilio, pero los infractores dolosos son multados con un máximo de $ 100).

Por ello, es sumamente importante definir si el camarero del caso mató al cliente hambriento o si simplemente lo dejó morir.[19] Un análisis superficial indica que el camarero mató al cliente porque realizó un movimiento corporal voluntario que incidió en su muerte. Sin embargo, con un análisis más detallado, la cuestión resulta más complicada. ¿Empeoró la conducta del camarero la situación del cliente hambriento o simplemente omitió mejorarla? Si la respuesta correcta es la primera opción, la conducta del camarero debería describirse como una acción que merece un castigo importante. Si es la segunda, lo mejor es describirla como una omisión que merece un castigo significativamente menor.

Por desgracia para el cliente hambriento, su destino quedó sellado principalmente cuando el cocinero echó sin querer la salsa de hongos venenosos sobre el bistec de solomillo. Dada la forma en que normalmente funcionan los restaurantes, una vez que el plato está listo para llevar a una mesa determinada, es probable que el plato eventualmente llegue al destinatario deseado. Si el camarero malvado decidiera no llevarlo a la mesa, con seguridad lo llevaría otro camarero. En consecuencia, parece que el cliente hambriento no puede afirmar realmente que la conducta del camarero malvado lo ha puesto en peor situación, pues seguramente habría muerto aun si el camarero malvado se hubiera abstenido de ponerle el plato en la mesa. Esto no implica decir que la conducta del camarero no es reprochable. Seguramente lo es. Sin embargo, su reprochabilidad podría explicarse mejor por su omisión de hacer algo una vez que tomó consciencia de que la salsa de hongos era venenosa. Nótese, no obstante, que si la característica moralmente relevante de la conducta del camarero es su omisión de decir o hacer algo una vez que se dio cuenta del peligro, su conducta comienza a parecer menos una acción que una omisión.

Esto es precisamente lo que sostiene Günther Jakobs —el jurista alemán que inventó este caso hipotético—.[20] Para él, la conducta del camarero tiene la estructura de una omisión, pues lo realmente reprochable en el curso de los sucesos es su omisión de evitar el daño del cliente

[19] Definir si el curso de la conducta del caso del camarero malvado se describe como un acto o una omisión es de suma importancia si se parte de la base de que las acciones son, *ceteris paribus*, más reprochables que las omisiones. En cambio, si las omisiones son tan reprochables como las acciones, entonces describir la conducta del camarero malvado como activa u omisiva no será una diferencia importante. En este ensayo, parto de la base de que las acciones son, *ceteris paribus*, más reprochables que las omisiones y que, por tanto, es importante la cuestión de describir la conducta del camarero malvado como una acción o como una omisión. La base de la que parto es compartida por muchos filósofos. Ver Quinn, *supra* nota 11, en pp. 287–89. Además, esta base se halla en el centro de la manera en que las acciones y las omisiones son tratadas en el derecho. Tal como lo expongo en el texto de este ensayo, *todos* los sistemas jurídicos del mundo castigan más severamente las acciones que las omisiones, *a menos que* la omisión de actuar esté acompañada de una infracción a un deber especial de actuar.

[20] JAKOBS, *supra* nota 1, en p. 253.

cuando se encontraba en posición de hacerlo.[21] Por tanto, según Jakobs, el hecho de que el camarero estuviera realizando un movimiento corporal voluntario en el momento en que tuvo lugar la omisión de actuar es una característica moralmente irrelevante de la conducta.[22]

Describir la conducta del camarero como una acción se torna aun más dudoso cuando se lo compara con una variación del caso, a la que llamaré el "caso del camarero ponzoñoso".[23] En esta variante, la salsa de hongos no está envenenada cuando el camarero toma el plato. Sin embargo, él lo envenena antes de llevarle el plato al cliente hambriento. El cliente lo come y muere varios minutos después por la intoxicación.

Claramente, el camarero del segundo caso mata al cliente hambriento mediante una acción positiva, y no puede haber muchas dudas de que su conducta puso al cliente hambriento en peor situación. Nótese, sin embargo, que la característica más relevante del caso del camarero ponzoñoso no es la decisión del camarero de llevar el plato a la mesa del cliente hambriento, sino, antes bien, su decisión de envenenar los hongos. Con esto no se sugiere que el acto de poner el plato en la mesa sea irrelevante para valorar la reprochabilidad en el caso del camarero ponzoñoso. Tal vez ese acto aumente aun más su reprochabilidad. Sería razonable sostener que el camarero que envenena el plato y se lo sirve al cliente es más reprochable que el camarero que simplemente lo envenena pero no lo lleva a la mesa. Sin embargo, parecería extraño suponer que la conducta del camarero que no ha envenenado el plato pero lo lleva a la mesa sabiendo que está envenenado es igual de reprochable que la conducta del camarero que envenena el plato. Una vez más, parece que —dado que no es inconsecuente— el acto de servirle el plato al cliente hambriento es sólo una característica ligeramente relevante de la conducta del camarero tanto en el caso del camarero malvado como en el del camarero ponzoñoso.

También es útil comparar el caso del camarero malvado con el caso del médico que contribuye a la causación de la muerte de un paciente apretando el botón que interrumpe el soporte vital.[24] Este caso es interesante porque —al igual que en el caso del camarero malvado—

[21] Ídem.

[22] Ídem. La mayoría de los juristas del derecho penal europeo rechazan la conclusión de Jakobs. Ver, p. ej., ZAFFARONI ET AL., *supra* nota 10 en p. 476.

[23] Jakobs sólo analiza el caso del camarero malvado. No obstante, desarrollé las variaciones que se discuten en este ensayo para ayudar a mejor identificar las intuiciones morales que se disparan en el caso del camarero malvado.

[24] En *Actmissions*, sostuve que la finalización del soporte vital debía describirse como una "actomisión" que es más reprochable que negarse a prestar tratamiento médico pero menos reprochable que ayudar activamente al suicidio del paciente. Ver Chiesa, *supra* nota 4, en pp. 585–87.

un análisis superficial indica que el médico realizó una acción que resultó en la muerte del paciente. Al fin y al cabo, apretar el interruptor es un caso claro de movimiento corporal voluntario. Sin embargo, un análisis más cuidadoso demuestra que no es claro que la mejor descripción de la conducta del médico sea como acción. Tal vez es mejor describirla como una omisión de continuar brindando soporte vital. Resulta interesante que la mayoría de los tribunales y juristas están de acuerdo en que ésta es la mejor manera de describir los casos de soporte vital.[25] Como resultado, a los médicos generalmente se les permite interrumpir el soporte vital si cuentan con el consentimiento del paciente o de su familia.[26] Esto sólo puede justificarse en el derecho actual si se considera que apretar el botón que interrumpe el soporte vital es una omisión.[27] Realizar tal conducta sería contrario a la ley si aquélla se describiera como una acción, pues entonces equivaldría a un acto injustificado de eutanasia activa.[28] Dicho con otras palabras, el derecho vigente les permite a los médicos dejar morir a sus pacientes si cuentan con algún tipo de consentimiento, pero no les permite matarlos, independientemente de que cuenten con el consentimiento para hacerlo.[29] Cuando la conducta del médico es vista como una omisión de continuar con el tratamiento, el acto de apretar el interruptor pasa a un segundo plano. De manera similar, la acción del camarero malvado de llevar el plato a la mesa se torna en una característica moralmente irrelevante de la conducta si se centra la atención en la reprochabilidad de omitir hacer algo para evitar que el cliente hambriento muera intoxicado por la comida.

Este análisis demuestra que de ningún modo es obvio que la mejor descripción de la conducta del camarero malvado sea como una acción. Si bien se puede sostener que el camarero mató al cliente hambriento mediante una acción positiva, también se puede sostener razonablemente que la acción que realizó el camarero —llevar el plato a la mesa— apenas explica el alcance de su reprochabilidad. A fin de abarcar de manera completa su reprochabilidad, sería necesario ir más allá de lo que hizo y concentrarse en lo que omitió hacer. La acción del camarero —al igual que cuando el médico aprieta el interruptor— sólo es relevante en la medida en que se ubica en el contexto más amplio de lo que omitieron el camarero y el médico. La reprochabilidad de sus conductas sólo puede valorarse en su totalidad una vez que son entendidas no como un mero

[25] Ver, p. ej., Barber v. Superior Court, 147 Cal. App. 3d 1006, 1016 (Cal. Ct. App. 1983) ("la cesación de medidas 'heroicas' de soporte vital no es una acción positiva, sino antes bien una retirada o una omisión").
[26] Ver, p. ej., Cruzan v. Director, Missouri Dep't of Health, 497 U.S. 261, 285–88 (1990).
[27] Esta es una de las enseñanzas del caso *Barber*. Ver Barber, 147 Cal. App. 3d at 1017–18 (en donde se determinó que no hay deber de continuar con el soporte vital "cuando se ha probado que ya no es efectivo").
[28] Ver, p. ej., Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 732–34 (1997).
[29] Ídem en p. 724–26 (en donde se discute Cruzan, 497 U.S. 261).

"llevar el plato a la mesa" o "apretar el interruptor", sino como "omitir hacer algo para evitar la muerte del cliente" u "omitir continuar con el soporte vital". Esto suena más a omisión que a acción.

B. El caso del camarero malvado como omisión

Tal como lo demuestra el caso del médico que interrumpe el soporte vital, el hecho de que se dé un movimiento corporal voluntario no es determinante para decidir si la conducta tiene que describirse como una acción o como una omisión. Algunos movimientos corporales voluntarios son simplemente irrelevantes (o sólo moderadamente relevantes) para valorar la reprochabilidad de la conducta del autor. P. ej, no describiríamos como delito de comisión la falta cometida por un autor que pasa un semáforo en rojo pisando el acelerador. En lugar de concentrarnos en el movimiento corporal voluntario de pisar el acelerador, deberíamos concentrarnos en la omisión del autor de frenar su vehículo cuando tenía que hacerlo.[30] Como resultado de ello, el movimiento corporal voluntario del autor pasa a un segundo plano y se considera que la esencia de su delito es lo que ha omitido hacer. Dicho con otras palabras, su reprochabilidad no surge de lo que hizo (pisar el acelerador), sino de lo que no hizo (omitir frenar ante el semáforo rojo). Por tanto, es razonable suponer que la reprochabilidad de la conducta del médico no surge de su acción de apretar el interruptor, sino antes bien de su omisión de continuar con el soporte vital.[31] De manera similar, se podría sostener que la reprochabilidad de la conducta del camarero malvado no es el producto de haber llevado el plato a la mesa, sino de haber omitido hacer algo para evitar el daño del cliente hambriento.

1. La estructura del ilícito pasivo – El caso del camarero omitente

Lamentablemente, describir la conducta del camarero malvado como una omisión genera su propio conjunto de problemas. Dejando de lado, por el momento, el problema de ignorar que el camarero *sí* realizó un movimiento corporal voluntario que resultó en la muerte del cliente, hay

[30] Ver, p. ej., FLA. STAT. § 316.0083(1)(a) (2014) ("No puede labrarse un acta de infracción ni una multa de tránsito por *omitir frenar* ante un semáforo en rojo si el conductor está haciendo un giro a la derecha de manera cuidadosa y prudente…") (énfasis agregado). Por tanto, las omisiones pueden definirse como la falta de realización de un movimiento corporal exigido por el derecho, antes que como la falta de una acción a secas.

[31] En *Actmissions* sostengo que es errado ver estos casos como omisiones puras. Entendida correctamente, la conducta de interrumpir el soporte vital comparte características importantes tanto de acciones como de omisiones. Por ello, describo este curso de conducta como una "actomisión". Ver Chiesa, *supra* nota 4, en pp. 583–87.

algo de este caso que lo hace intuitivamente diferente a las instancias de ilícito directamente omisivo. Esto puede entenderse mejor si se compara el caso del camarero malvado con un caso hipotético que llamaré el "caso del camarero omitente".[32] En esta variación del supuesto de hecho, el camarero que lleva el plato a la mesa no es consciente de que la salsa de hongos es venenosa. Cuando está a punto de servirle el plato al cliente, el camarero que está sirviendo la mesa de al lado —llamémoslo camarero 2— advierte que los hongos utilizados para la salsa son venenosos. Al igual que en el caso hipotético original, el camarero 2 pudo darse cuenta de que los hongos están envenenados sólo por el conocimiento especial que tiene debido a sus estudios científicos avanzados. El camarero 2 tiene suficiente tiempo como para decir algo que impida que el camarero le sirva el plato al cliente hambriento. No obstante, no dice nada. En consecuencia, se sirve el plato y el cliente hambriento lo come. Éste muere varios minutos después por intoxicación con hongos.

Es obvio que el camarero omitente sólo está vinculado con el daño que sufrió el cliente hambriento por su omisión de decir o hacer algo que impidiera el daño. Dado que el camarero omitente no envenenó la salsa de hongos y no estaba llevando el plato envenenado a la mesa, sólo estaría en falta por lo sucedido si su omisión de hacer algo para evitar el daño al cliente fuera considerada merecedora de condenación. Probablemente, la mayoría creería que su omisión es, de hecho, reprochable en la medida en que él hubiera sabido que la salsa de hongos estaba envenenada y que hubiera tenido suficiente tiempo como para hacer algo al respecto.[33] Este caso del camarero omitente constituye, por tanto, el caso paradigmático de conducta omisiva reprochable.

2. Análisis de la distinción entre ilícito pasivo y activo – Comparación entre los casos del camarero omitente y del ponzoñoso

A fin de valorar la reprochabilidad inherente en el caso del camarero omitente, resulta útil compararlo con el caso del camarero ponzoñoso, en el que el camarero actuó para envenenar el plato. Se puede decir, entonces, que el camarero ponzoñoso mató al cliente hambriento. Sin embargo, no se puede sostener que el camarero omitente haya matado al cliente hambriento

[32] Jakobs inventó el caso original del camarero malvado; yo he inventado la variación del "camarero omitente" para destacar las diferencias entre el caso original de Jakobs y un caso de omisión pura.

[33] Es curioso que la conducta del caso del camarero omitente probablemente no es punible en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses, pues en nuestro país las meras omisiones de salvamento en general no conducen a la responsabilidad penal. Ver Dressler, *supra* nota 3, en pp. 975–77.

cuando omitió decirle a él, o a la persona que llevaba el plato, que la salsa de hongos estaba envenenada. Lo que se puede decir es que el camarero permitió que el cliente hambriento muriera. Si bien dejar morir al cliente es seguramente merecedor de reproche, es significativamente menos reprochable que matarlo. La diferencia entre estos casos es tal que el camarero ponzoñoso probablemente sería condenado a una pena de prisión de más de diez años en la gran mayoría de las jurisdicciones estadounidenses,[34] mientras que el camarero omitente probablemente no recibiría ningún tipo de castigo en la mayoría de los estados.[35]

Otra manera de analizar estos casos es valorar si la conducta de los camareros empeoró la situación de la víctima o si simplemente no la mejoró. En el caso del camarero ponzoñoso, la acción del camarero de envenenar la salsa de hongos claramente empeoró la situación del cliente hambriento. En este caso, el camarero alteró el curso esperado del acontecer. El plato que se le iba a servir al cliente no estaba envenenado, y fue sólo porque el camarero lo envenenó que el cliente hambriento terminó muriendo. En cambio, el camarero omitente no puso al cliente en peor situación que antes de que tuviera lugar la omisión. Nótese que el plato destinado a la mesa del cliente hambriento ya estaba envenenado antes de que el camarero se diera cuenta del peligro. Dado que la vida del cliente ya estaba en "zona de riesgo",[36] el reproche al camarero, si acaso, surge de su omisión de mejorar la situación del cliente cuando decidió abstenerse de decir o hacer algo que alteraría el curso esperado del acontecer. En suma, la omisión del camarero omitente tuvo el efecto de dejar que el acontecer continuara su curso, mientras que la acción del camarero ponzoñoso tuvo el efecto de modificar el curso del acontecer de un modo que resultó en detrimento del bienestar del cliente hambriento.

3. Enseñanzas de comparar el caso del camarero malvado con los del camarero omitente y del ponzoñoso

Valorar con precisión la reprochabilidad de la conducta del camarero malvado exige que se tome en consideración su omisión de hacer o decir algo para evitar el daño al cliente. Esto suena como la terminología del ilícito pasivo. No obstante, parece incorrecto suponer que la acción del camarero de llevar el plato a la mesa es irrelevante para medir el alcance de su culpabilidad. Al

[34] Ver, p. ej., U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL § 2A1.1–.5 (2011) (donde se delinean bases penales para los delitos de homicidio).
[35] Dressler, *supra* nota 3, en pp. 975–77.
[36] Palsgraf v. Long Island Railroad Co., 162 N.E. 99 (N.Y. 1928) (el entonces juez Benjamin Cardozo describió la "zona de riesgo" al analizar la causa próxima).

haberle servido personalmente al cliente el plato envenenado, el camarero malvado parece más involucrado con el destino del cliente hambriento que el camarero omitente, que observa pasivamente cómo otro le lleva el plato al cliente. Como resultado, la conducta del camarero malvado no es una de pura omisión.[37]

Puede resultar útil observar esto desde el punto de vista del cliente hambriento y las pretensiones que tiene frente a sus servidores. La pretensión más fuerte del cliente seguramente sería contra el camarero ponzoñoso. En ese caso, la pretensión sería: "¡No envenenes mi comida!". Esta es la pretensión más fuerte que uno puede formular. La pretensión del cliente contra el camarero omitente sería mucho más débil. El cliente no podría, desde luego, decirle al camarero: "No me envenenes", pues el camarero simplemente no tuvo ningún rol en el proceso causal que condujo al envenenamiento de la comida. Por tanto, el cliente, a lo sumo, podría pretender que el camarero hiciera "*algo* para que no coma la salsa de hongos venenosos".

Nótese que la pretensión del cliente en el caso del camarero ponzoñoso no interferiría de modo significativo en la libertad del camarero. No se le dice a éste qué tiene que hacer. Por el contrario, se le dice que puede hacer cualquier cosa *menos* el acto que complicará de modo significativo el bienestar del cliente. En consecuencia, hay razones de peso para permitirle al cliente esta pretensión. En cambio, la pretensión en el caso del camarero omitente interferiría de modo más significativo en la libertad del camarero. En esta instancia, no se le dice al camarero simplemente que debe abstenerse de hacer algo. Se le dice que *tiene que* hacer algo para mejorar el bienestar del cliente. Esto impone una carga considerable en la libertad del camarero, pues, *ceteris paribus*, es peor que a uno le pidan que haga algo que que a uno le digan que no puede hacer algo.[38] Por consiguiente, en el caso del camarero omitente hay razones de peso en contra de reconocerle al cliente un derecho a esta pretensión.

¿Qué clase de pretensión podría formular el cliente en el caso del camarero malvado? ¿Sería su pretensión más fuerte o más débil que las de los casos del camarero omitente y del ponzoñoso? El cliente puede formular dos pretensiones coherentes en el caso del camarero malvado. En primer lugar, puede decirle legítimamente: "No me sirvas el plato envenenado". Esta pretensión es similar a la del caso del camarero ponzoñoso ("No me envenenes"), pues sólo le exige al

[37] Ver MODEL PENAL CODE § 2.01 (2)(d) (1962) (en donde se indica que un movimiento corporal no es un acto voluntario si "no es el producto del esfuerzo o la determinación del autor"); ver también MOORE, *supra* nota 8, en p. 78.
[38] Ver en general Quinn, *supra* nota 11, en pp. 289–98 (en donde se discute la diferencia entre "hacer" y "permitir").

camarero abstenerse de hacer algo. En segundo lugar, el cliente puede pretender que el camarero "haga o diga algo para evitar que coma la salsa de hongos venenosos". Esto suena más como la pretensión en el caso del camarero omitente ("Haz algo para que yo no me envenene"), dado que le exige al camarero que haga algo que no planeaba hacer.

Hay otra diferencia en las pretensiones que pueden formularse en los casos del camarero malvado y del ponzoñoso. Mientras que al camarero ponzoñoso sólo se le dice que se abstenga de hacer algo que ya de entrada no debería estar haciendo (envenenar platos), al camarero malvado se le dice que no debería hacer aquello para lo que se lo contrató —servir platos a los clientes del restaurante—. Decirle a una persona que haga algo diferente de aquello para lo que se la contrató a fin de evitar el daño de un tercero tal vez es más invasivo que simplemente exigirle que se abstenga de hacer algo que, para empezar, no debería estar haciendo.[39]

Hay al menos una diferencia más, moralmente relevante, en los casos del camarero omitente y del camarero malvado. Exigirle al camarero omitente que evite la muerte del cliente hambriento es especialmente invasivo porque se le exigiría que acudiera en auxilio de alguien a quien no tiene que servir.[40] En algún sentido, exigirle que haga algo para ayudar a un cliente al que está atendiendo otro camarero ampliaría su responsabilidad más allá de lo que, de entrada, probablemente acordó hacer. A los camareros se les asignan mesas determinadas y ellos podrían hacer valer, con derecho, que no son responsables de lo que sucede en una mesa que no les fue asignada. Por el contrario, exigirle al camarero malvado que se abstenga de llevarle el plato al cliente hambriento implicaría exigirle que hiciera algo para evitar el daño de una persona a la que tiene que servir.[41] La pretensión sería que el rol del camarero de "servir" a los clientes también incluye que se tome en consideración el bienestar de éstos. Por tanto, se podría sostener razonablemente que el camarero malvado tiene una relación especial con el cliente hambriento, que simplemente no existe en el caso del camarero omitente. El camarero malvado es responsable por el bienestar de los clientes a los que tiene que servir. En consecuencia, parece menos invasivo pedirle que haga algo para evitar el daño del cliente hambriento al que tiene que atender, que pedirle a otro camarero que haga algo para auxiliar a un cliente respecto del cual no tiene ningún deber de ayudar.

[39] Para Jakobs, ésta es una característica importante del caso del camarero malvado. Ver JAKOBS, *supra* nota 1, en p. 252.
[40] Ídem.
[41] Ídem.

4. Conclusión preliminar – La conducta del camarero malvado no es una pura omisión

Hay varias razones para oponerse a la descripción de la conducta en el caso del camarero malvado como una mera omisión. En primer lugar, parece intuitivamente incorrecto afirmar que el camarero malvado sólo deja morir al cliente hambriento. Su acción de llevar el plato a la mesa y servírselo vincula el destino del cliente con la conducta del camarero de modo mucho más directo que lo que es usual en los casos de pura omisión. En segundo lugar, en casos de verdadera omisión —como el del camarero omitente— la pretensión de la víctima es que el autor haga algo para auxiliarla (p. ej., que diga algo que evite que él coma el plato). Sin embargo, esto no describe con precisión la pretensión del caso del camarero malvado. No es tan sólo un caso en el que se le pide al camarero que acuda en auxilio del cliente. En este caso, el cliente puede, con derecho, pedirle al camarero que se *abstenga* de realizar un curso de conducta que será dañino para el cliente (llevar el plato a la mesa). Esto se parece al tipo de pretensiones que las víctimas tienen contra los autores en casos de ilícito activo, como el del camarero ponzoñoso ("¡No envenenes el plato!"). Por último, la víctima en casos de omisión pura generalmente le pide al autor que haga algo que va más allá de lo que se espera que haga.[42] Esta es la razón por la cual tales omisiones en general no son castigadas en las jurisdicciones estadounidenses. Si bien es obvio que es legítimo exigirle a la gente que se abstenga de causar daño a los demás, no es del todo claro que sea adecuado exigirle a la gente que acuda heroicamente en auxilio de otros.[43] Una vez más, el caso del camarero omitente es ilustrativo. El camarero en ese caso está en falta por no acudir en auxilio de alguien a quien no se espera que sirva o ayuda. Dado que su mesa asignada es otra, el camarero omitente no es responsable, en última instancia, por el bienestar del cliente hambriento. El camarero malvado está en una situación diferente. Se le reprocha haber omitido impedir el daño de una persona a la que se esperaba que sirviera. En consecuencia, exigirle que haga algo para impedir el daño del cliente es menos invasivo que exigirle a un tercero no involucrado que acuda en auxilio del cliente.

C. El caso del camarero malvado como comisión por omisión

El derecho selecciona un grupo especial de omisiones que causan daño, que pueden dar lugar a responsabilidad como si el autor hubiera causado el daño por medio de una acción positiva.

[42] Éste no es el caso si hay un deber especial de actuar. Ver *infra* punto II.C.
[43] Ver, p. ej., Quinn, *supra* nota 11, en pp. 307–08.

Según la terminología de George Fletcher, denominaré estos casos instancias de "comisión por omisión",[44] dado que se puede responsabilizar al autor por un delito de comisión a pesar de que el daño ha sido ocasionado por una omisión. Para que un autor sea considerado responsable de un delito de comisión por omisión, su conducta tiene que cumplir tres requisitos. En primer lugar, tiene que omitir realizar un acto.[45] En segundo lugar, su omisión de actuar tiene que ser la causa física y próxima de un daño sufrido por la víctima.[46] En tercer lugar, tiene que tener un deber especial de actuar que lo vincule con la víctima de una manera particular.[47] El ejemplo paradigmático de delito de comisión por omisión es el del progenitor que causa la muerte de su hijo por omitir brindarle el cuidado médico adecuado.[48] En tales casos, el progenitor omite realizar un acto (brindarle al hijo el cuidado médico adecuado), el hijo muere como resultado de la omisión del progenitor de brindarle cuidado médico (requisito de causación), y el progenitor tiene un deber especial de cuidar del hijo, que lo vincula al bienestar del niño de una manera particular y muy rigurosa (requisito de deber especial). En consecuencia, la omisión del progenitor conduce a la responsabilidad por homicidio como si él hubiera matado al niño mediante una acción positiva.[49]

Tal vez la conducta del camarero malvado se describa mejor como una instancia de comisión por omisión. Tal como se apuntó en la sección anterior, la conducta del camarero malvado puede describirse razonablemente como omitir hacer algo para impedir el daño del cliente.[50] Además, la omisión de actuar del camarero puede vincularse causalmente con la muerte del cliente al menos de dos maneras. En primer lugar, si el camarero hubiera hecho algo para hacerle saber al cliente que el plato estaba envenenado, probablemente el cliente no habría muerto. Por tanto, la conducta del camarero puede ser considerada como la causa física de la muerte del cliente o causa "si no fuera por la cual" el cliente no habría muerto. En segundo lugar, la muerte del cliente era una consecuencia razonablemente previsible de la omisión del camarero de decirle al cliente que

[44] En las jurisdicciones del derecho continental, en general se los llama casos de "comisión por omisión". Ver, p. ej., GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW 612 (1978).

[45] Ver, p. ej., MODEL PENAL CODE § 2.01(3)(a)–(b) (1962) (en donde se discuten los requisitos de la realización de un acto voluntario).

[46] Ver ídem § 2.03(1)(a) (1962) ("La conducta es la causa de un resultado cuando… es un antecedente si no fuera por el cual el resultado en cuestión no habría ocurrido…").

[47] Ver ídem § 2.03(1)(b) (1962) ("La responsabilidad… no podrá basarse en una omisión sin una acción, a menos que… de otro modo la ley imponga un deber de realizar el acto omitido").

[48] Ver, p. ej., People v. Steinberg, 595 N.E.2d 845, 846–47 (1992) (el progenitor que omitió brindarle a su hijo el cuidado médico fue hallado responsable de homicidio por omisión).

[49] Ver ídem en p. 847.

[50] Ver *supra* punto II.B.3.

el plato estaba envenenado. Por consiguiente, la conducta del camarero también puede ser considerada como causa próxima de la muerte del cliente. Además, se puede sostener que el camarero tenía un deber especial de actuar para fomento del bienestar del cliente que se le había asignado.

Si se ve el caso del camarero malvado como una instancia de comisión por omisión, se puede explicar adecuadamente algunas de las diferencias entre este caso y el del camarero omitente. Es más razonable sostener que el camarero malvado tiene un deber especial de actuar para fomento del bienestar del cliente, que afirmar que el camarero omitente tiene un deber especial de evitar el daño del cliente. Tal como se apuntó en la sección anterior, al camarero malvado se le asignó servir la mesa del cliente hambriento, mientras que al camarero omitente no se le asignó esa mesa.[51] Como resultado, es razonable concluir que el camarero malvado está más estrechamente vinculado con el cliente hambriento que el camarero omitente. Esto podría explicar la diferencia de reprochabilidad de la conducta de los camareros en estos dos casos. La conducta del camarero malvado es más reprochable que la del camarero omitente porque la conducta del primero infringe un deber especial de actuar que simplemente no existe en el segundo caso.

Tratar el caso del camarero malvado como un caso en que la muerte del cliente hambriento es el producto de comisión por omisión conduciría a castigar al camarero con la misma severidad que si hubiera matado al cliente mediante una acción positiva.[52] Es decir, conduciría a castigar al camarero malvado igual que al camarero que envenena el plato y luego se lo sirve al cliente hambriento (el caso del camarero ponzoñoso). Esta explicación no calibra la reprochabilidad relativa de las conductas de los camareros en los diferentes casos.

Para entender por qué no parece correcto castigar al camarero malvado con la misma severidad que al camarero ponzoñoso, es necesario explicar por qué usualmente es correcto que las instancias de comisión por omisión sean castigadas con la misma rigurosidad que los casos en que se causa un daño mediante una acción positiva.[53] Como regla general, los autores que realizan acciones que producen daño son más reprochables que los autores que producen un daño mediante una omisión de actuar.[54] ¿Por qué, entonces, a veces castigamos las omisiones que

[51] Ver *supra* punto II.B.3.
[52] Ver, por ejemplo, § 2.01(3)(b), que equipara las omisiones que causan daño y que infringen un deber jurídico especial de actuar con las acciones que causan daño.
[53] Ver Dressler, *supra* nota 3, en pp. 975–77.
[54] Ídem en p. 975.

causan daño con la misma severidad que las acciones que producen daño? ¿Por qué castigamos a la madre que causa la muerte de su hijo mediante la omisión de brindarle cuidado médico adecuado con la misma severidad que a la madre que mata a su hijo envenenándole la comida?[55]

La clave para resolver este acertijo es el plus de reprochabilidad que se vincula a la infracción del deber especial de actuar, que genera responsabilidad por el delito de comisión por omisión. La culpabilidad del autor en casos de comisión por omisión depende de dos factores. En primer lugar, la conducta es reprochable porque el autor ha omitido evitar el daño de la víctima. Esto, sin embargo, no es suficiente para justificar el castigo de la omisión de actuar del autor con la misma severidad que si él hubiera infligido el daño mediante una acción. A ello se suma que en casos de comisión por omisión la conducta del autor es reprochable por haber infringido un deber de actuar que lo hacía responsable de un modo especial por el bienestar de la víctima. Es en razón de la combinación de estos dos factores, omisión de evitar el daño e infracción de un deber especial de actuar, que en casos de comisión por omisión se castiga al autor con la misma severidad que al que causa un daño realizando una acción positiva.[56]

Un problema usualmente ignorado, inherente a los casos de comisión por omisión, es determinar los deberes que dan lugar a responsabilidad por un crimen de comisión por omisión. Es tentador concluir que la infracción de cualquier deber de actuar puede dar lugar a responsabilidad por un crimen de comisión por omisión. Empero, una mirada más profunda revela que esto no puede ser así. Por ejemplo, piénsese en una ordenanza que impone a los propietarios el deber de quitar la nieve de las aceras que se encuentren directamente en frente de la propiedad.[57] ¿Es responsable el propietario que no quita la nieve de la acera por el homicidio de una persona que se resbala, cae en la acera y muere como consecuencia de la caída? Mientras que

[55] En general el derecho no distingue entre las diferentes maneras de matar, entonces es irrelevante que el niño muera como resultado de la intoxicación por la comida o de la omisión de recibir atención médica.

[56] El siguiente cuadro ilustra por qué y cuándo creo que está justificado que se castiguen las omisiones que causan daño de modo tan severo como las acciones que causan daño:

Conducta	Reprochabilidad	Culpa total
Matar (acción)	100	100
Dejar morir a una persona (omisión)	50	50
Quebrantar un deber especial (p. ej., la omisión del padre de proveer al niño de atención médica)	50	50
Dejar morir a una persona respecto de la cual se tiene un deber especial de proteger (comisión por omisión)	50+50	100

[57] Ver, p. ej., MICH. COMP. LAWS ANN. § 67.9 (West 2014).

la infracción de este deber podría dar lugar a responsabilidad civil por las lesiones que se produjeron como consecuencia de la omisión de quitar la nieve,[58] no está claro si la infracción también podría dar lugar a responsabilidad penal. Hay otros ejemplos. Los oficiales de policía obviamente tienen el deber de prevenir delitos. Pero un oficial de policía que presencia una agresión y no la impide, ¿es responsable solamente por incumplimiento de sus deberes de funcionario, un delito de pura omisión, o también es responsable por participación en la agresión?[59] De nuevo, no está claro que la última respuesta sea la correcta. El conserje de una escuela tiene un deber de quitar una cáscara de banana del pasillo de la escuela. Él ve la cáscara de banana pero no la quita porque está ocupado leyendo el diario. Un estudiante se resbala, cae, se golpea la cabeza en el piso y, como resultado, muere. ¿Es el conserje responsable por homicidio imprudente? De nuevo, la respuesta no es clara.[60]

La solución correcta a estos casos no es clara porque no toda infracción de un deber necesariamente da lugar a responsabilidad por un delito de comisión por omisión. Usualmente se genera responsabilidad en virtud de comisión por omisión cuando el autor tiene un deber especial de proteger a una persona en particular, o a un grupo de personas, frente a distintos daños o si el autor realiza un acto positivo que crea el peligro que eventualmente causa daño a la víctima.[61] A la primera clase de obligaciones la llamaré "deberes de proteger", mientras que a la segunda clase la llamaré "deberes que surgen a partir de la creación de riesgos". El deber de proteger es especial porque surge sólo si el autor tiene una obligación de cuidar del bienestar de un individuo en particular o de un grupo de individuos.[62] No surge si la obligación se impone en favor del

[58] Pero véase Gillen v. Martini, 188 N.W.2d 43, 44 (Mich. Ct. App. 1971) ("[U]n propietario lindante no podrá ser considerado responsable por las lesiones de los transeúntes causadas por caídas en aceras que se han tornado peligrosas por la acumulación natural de hielo y nieve, y las leyes y ordenanzas que imponen un deber a los propietarios de limpiar las aceras no crean responsabilidad civil").

[59] Ver, p. ej., Pueblo v. Sustache Sustache, 2009 TSPR 119 (P.R. 2009).

[60] Dependiendo de los hechos puntuales, el empleador del conserje podría ser pasible de responsabilidad civil por la omisión de actuar. Ver, p. ej., Moore v. Winn-Dixie Stores, Inc., 173 So. 2d 603, 608 (Miss, 1965) (donde se sostuvo que en casos en los que el conserje no quita la cáscara de banana del piso, un jurado razonable podría considerar que el empleador del conserje es responsable respecto de un demandante que se lesionó al resbalarse con esa cáscara de banana). Pero, de nuevo, no está claro si podría derivarse responsabilidad penal de tales hechos.

[61] Fletcher, *supra* nota 44, en pp. 661-24.

[62] Ver, p. ej., Peter Lopez, Comment, *Foreseeable Zone of Risk: An Analysis of Florida's Off-Premises Liability Standard*, 55 U. MIAMI L. REV. 397, 404 (2001) (donde se discute cuándo un propietario podría tener el deber de proteger a sus invitados incluso en momentos en los que ellos no se encuentran en la propiedad).

bienestar general de los ciudadanos.[63] Por tanto, las pocas leyes que establecen "deberes de auxilio" que han sido promulgadas en los Estados Unidos no crean deberes especiales que puedan dar lugar a responsabilidad por un delito de comisión por omisión. El deber que imponen tales leyes es un deber general de auxilio y no se centra en un individuo en particular o en un grupo particular de personas.[64] Ejemplos obvios de deberes de protección son los deberes que tienen los padres respecto de sus hijos,[65] los cónyuges entre sí,[66] los guardavidas respecto de los bañistas[67] y los guardaespaldas respecto de la persona que los ha contratado para protección. El ejemplo paradigmático de un deber que surge a partir de la creación de riesgos es el del conductor que choca otro vehículo.[68] En tales casos, el conductor debe detenerse y ayudar a los pasajeros del vehículo que chocó.[69] La falta de realización de tal auxilio, entonces, daría lugar a responsabilidad por las lesiones sufridas por los pasajeros.[70]

Los casos señalados precedentemente que involucraban ordenanzas sobre remoción de nieve, funcionarios policiales que no impiden delitos y conserjes descuidados que no mantienen limpio el lugar son problemáticos porque, a pesar de que los autores ciertamente infringieron un deber de actuar, parecería que el deber que infringieron no es de la clase de deber que generalmente da lugar a responsabilidad en virtud de comisión por omisión. Más específicamente, en el caso de las leyes sobre remoción de nieve, los propietarios no realizan actos positivos que creen un riesgo de

[63] Ver, p. ej., ídem en p. 413, n.º 118 (con cita de Ferreira v. Strack, 636 A.2d 682, 686 [R.I. 1994]). ("[N]o existe un deber de proteger a un individuo de lesiones generadas por un tercero en un terreno respecto del cual el propietario no tiene un derecho de propiedad, posesión o control").

[64] Esta, por supuesto, es la solución correcta, dado que las leyes que establecen deberes de auxilio pretenden imponer responsabilidad en casos en los cuales sería incorrecto imponer responsabilidad en virtud de comisión por omisión.

[65] Ver, p. ej., People v. Steinberg, 595 N.E.2d 845, 846–47 (1992).

[66] Esto es quizá un deber moral más que un deber jurídico. Ver, p. ej., Guevara v. State, 191 S.W.3d 203, 207 (Tex. App. 2005) ("[A] pesar de que los cónyuges y otros familiares podrían tener un deber *moral* de cuidar uno de otro, de esto no se deriva que de la relación familiar surja un deber *jurídico* de evitar daños" [énfasis añadido]).

[67] Ver, p. ej., Gonzales v. City of San Diego, 182 Cal. Rptr. 73, 76 (Cal. Ct. App. 1982) (en donde se sostiene que cuando la ciudad provee voluntariamente de guardavidas, asume voluntariamente un deber de protección respecto de los miembros de la ciudadanía y que la ciudad entonces puede ser considerada responsable por actos negligentes cometidos por sus guardavidas).

[68] Nótese que la creación del riesgo debe ser la consecuencia de una acción. El deber no surge si el riesgo es creado por "omisión", dado que entonces en estos casos no habría nada para distinguir la omisión que genera un daño de la omisión que genera un riesgo. Serían el mismo supuesto.

[69] Ver, p. ej., FLA. STAT. § 316.027(2)(a) (2014) ("El conductor de un vehículo que fue parte de una colisión en un lugar público o privado, en la que resultó herida una persona, salvo en casos de grave lesión corporal, deberá detener inmediatamente el vehículo en el lugar de la colisión, o lo más cerca posible, y deberá permanecer en el lugar de la colisión…").

[70] State v. Mancuso, 652 So. 2d 370, 371 (Fla. 1995) (en donde se sostuvo que abandonar el lugar del accidente cuando el imputado debía haber sabido que tuvo lugar una lesión da lugar a responsabilidad penal).

daño; por el contrario, el riesgo de que alguien se resbale en el hielo y la nieve que se han acumulado se crea por medio de la omisión de barrer la acera.[71] Además, el propietario no tiene un deber de proteger a una persona en particular o a un grupo de personas. En cambio, la ordenanza impone un deber de proteger a la generalidad.[72] Como tal, parecería más cercano al deber general de las leyes sobre deberes de auxilio que a las leyes que imponen deberes que dan lugar a responsabilidad en virtud de comisión por omisión. En sentido similar, los funcionarios policiales tienen un deber general de ayudar a la población, pero no asumen por regla deberes de ayudar a individuos o grupos de personas en particular.[73] Por supuesto que existen circunstancias en las cuales un funcionario policial podría asumir el deber de proteger individuos particulares o grupos de personas particulares. La infracción a esta clase de deber podría dar lugar a responsabilidad por un crimen de comisión por omisión. Por último, a pesar de que el conserje de la escuela podría tener un deber de mantener limpio el lugar, ciertamente no tiene un deber de proteger a los estudiantes de lesiones corporales. Además, parecería que el conserje tiene un deber frente a su empleador, a la administración de la escuela, y no directamente frente a los estudiantes. Por tanto, sería extraño que la infracción de su deber de mantener limpia la escuela pudiese ser suficiente para dar lugar a responsabilidad por un delito de comisión por omisión.

La discusión de estos casos resalta los problemas inherentes a la descripción del caso del camarero como una forma de comisión por omisión. En primer lugar, no está claro si el camarero en este caso tiene un deber frente al cliente del establecimiento. Quizá lo mejor sea suponer que los camareros —así como los conserjes de una escuela— tienen un deber frente a su empleador (en este caso, el restaurante). El vínculo entre camarero y cliente es, por tanto, indirecto. El camarero tiene un deber frente al restaurante, que, a su vez, tiene un deber frente al cliente. En segundo lugar, incluso si se supusiera que el camarero tiene un deber directamente frente al cliente, es dudoso que sea un deber de salvamento. De existir, el deber del camarero frente al cliente es el de atender la mesa, pero no el de garantizarle el bienestar físico.

[71] Ver, p. ej., Gillen v. Martini, 188 N.W.2d 43, 44 (Mich. Ct. App. 1971) (en donde se determinó que no hay responsabilidad cuando el peligro creado se debe a la acumulación *natural* de hielo y nieve, pero se destacó que se le podría atribuir responsabilidad a un propietario que creó un peligro *artificial* en la acera).
[72] Ver, p. ej., MICH. COMP. LAWS ANN. § 67.9 (West 2014).
[73] Michael Pawlik, *El Funcionario Policial Como Garante de Impedir Delitos*, InDret: Revista Para el Análisis del Derecho, enero 2008, en pp. 3-5. Disponible en http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/77888/101743 (quien concluye que la omisión de un funcionario policial en su deber es igual a la comisión activa del delito porque el Estado, como una "institución", tiene el deber de proteger a sus ciudadanos).

La relación entre camarero y cliente es, por tanto, muy diferente de la relación entre padre e hijo. Mientras que los padres tienen un deber de acudir en auxilio de sus hijos en caso de ser necesario,[74] los camareros no tienen tal deber respecto de sus clientes. Un camarero no tiene por qué, por ejemplo, realizar maniobras de Heimlich a un cliente que se atraganta con su comida. Sería, por supuesto, moralmente reprochable que el camarero no hiciera algo si su cliente se estuviera ahogando, pero esto no generaría responsabilidad penal. Incluso si surgiera alguna clase de responsabilidad, con seguridad no sería responsabilidad en virtud de un homicidio por comisión por omisión. La razón es intuitivamente obvia, aun cuando no sea fácil de explicar. La reprochabilidad moral de los camareros que no acuden al salvamento de sus clientes simplemente no es tan alta como la de los padres que no acuden al salvamento de sus hijos o como la de los guardavidas que no acuden al salvamento de los bañistas que se están ahogando.

Más arriba afirmé que una diferencia importante entre el caso del camarero malvado y el del camarero omitente consiste en que el camarero del primer caso tiene un deber más fuerte frente al cliente hambriento que el camarero del segundo caso. Esto toma en consideración que al camarero malvado se le ha asignado servir la mesa del cliente hambriento, mientras que el camarero omitente no está asignado a esa mesa. Esto podría tener cierta relevancia para los deberes que se les imponen a los dos camareros. Desde el punto de vista del cliente, él obviamente pensará que puede exigirle más al camarero asignado a su mesa que a otros camareros. De todos modos, tal como lo han relevado los casos discutidos en esta sección, parecería que los camareros no tienen un deber de acudir al salvamento de los clientes. Esto rige con independencia de si el camarero ha sido asignado a atender una mesa particular, o no. En otras palabras, su deber no se extiende a garantizar el bienestar físico del cliente. Por tanto, cualquiera que sea el deber de los camareros respecto de los clientes, en estos casos no es lo suficientemente fuerte como para justificar la imposición de responsabilidad por homicidio sobre la base de una comisión por omisión.

Ahora considérese una última variación del caso del camarero malvado. Supóngase que el camarero asignado a la mesa del cliente hambriento está ocupado retirando comida de otra mesa. Mientras tanto, otro camarero decide llevarle el plato al cliente hambriento. A pesar de que el camarero sabe que no se le ha asignado la mesa del cliente hambriento, piensa que puede darle una mano a su colega que se encuentra, en ese momento, extremadamente ocupado. Mientras esto sucede, el camarero asignado a la mesa del cliente advierte que su colega está poniendo el plato

[74] Ver, p. ej., People v. Steinberg, 595 N.E.2d 845, 846–47 (1992).

ante el cliente hambriento. También nota que el plato está envenenado. El camarero asignado a atender al cliente hambriento no hace nada y el cliente hambriento muere. ¿Es responsable por homicidio el camarero asignado a atender al cliente hambriento? Una vez más, parecería que no lo es. El hecho de que estuviese asignado a atender al cliente hambriento parecería no hacer diferencia, dado que en última instancia lo que resulta determinante es el alcance del deber del camarero respecto del cliente. Y simplemente parecería que los camareros no tienen un deber de salvar clientes que necesitan ayuda.[75] Por tanto, hay buenas razones para rechazar la descripción del caso del camarero malvado (y el resto de los casos de camareros malvados) como una forma de comisión por omisión.

D. El caso del camarero malvado como actomisión

1. El caso del camarero malvado no presenta una conducta puramente activa o pasiva

El caso del camarero malvado es problemático. Es tentador describir la conducta del camarero malvado como una acción. Después de todo, él toma el plato y lo coloca ante el cliente hambriento. Esto nominalmente satisface la definición de una acción, dado que representa un movimiento corporal voluntario.[76] No está claro, sin embargo, si el acto de llevar el plato a la mesa es una característica jurídica y moralmente relevante de la conducta. Puede argumentarse que lo realmente reprochable en este caso no es el acto de llevar el plato a la mesa, sino en cambio la omisión del camarero de decir o hacer algo que pudiese evitar que el cliente comiera el plato. De ser así, la conducta del camarero estaría mejor descripta como una omisión. Su culpa residiría, entonces, en la omisión de realizar algo que pudiese evitar la muerte del cliente.

Describir la conducta del camarero malvado como una omisión también es problemático. Las omisiones ilícitas son menos reprochables que las acciones ilícitas porque las omisiones no mejoran la situación de la víctima, mientras que las acciones empeoran la situación de la víctima. El problema es que la conducta del camarero malvado no consiste tan sólo en no mejorar la

[75] Cf. Boller v. Robert W. Woodruff Arts Ctr., Inc., 716 S.E.2d 713, 716 (Ga. Ct. App.2011) (en donde se sostuvo que el propietario de un local no tenía el deber de proveer atención médica a un cliente del concierto que sufrió un ataque cardíaco porque el propietario del local no causó el paro cardíaco del demandante); Rasnick v. Krishna Hospitality, Inc., 690 S.E.2d 670, 673–75 (Ga. Ct. App. 2010) (donde se sostuvo que el encargado de una posada no tenía el deber de salvar al huésped que sufría una enfermedad grave).
[76] Ver *supra* nota 37.

situación del cliente. Por cierto, el cliente habría estado en una mejor situación si el camarero hubiese hecho algo para evitar que él comiera el plato. Sin embargo, también podría argumentarse que la situación del cliente empeoró por la decisión del camarero de servirle el plato. El movimiento corporal voluntario del camarero no es del todo irrelevante para evaluar la reprochabilidad por la muerte del cliente.

2. La conducta del camarero malvado como una "actomisión" que es tanto activa como pasiva de modo moralmente relevante

Claramente se necesita comenzar de nuevo. Si no es apropiado considerar el caso del camarero malvado como una acción, y también es problemático considerarlo como un caso de omisión, ¿cómo debemos proceder? He dicho que la razón por la cual es dificultoso el análisis de la reprochabilidad del camarero malvado reside en que su conducta tiene características importantes *tanto* de las acciones *como* de las omisiones. Por un lado, el camarero realiza un movimiento corporal voluntario que está causalmente vinculado al daño que eventualmente sufre el cliente hambriento. Llevar el plato a la mesa y servírselo al cliente es claramente una acción. Y esta acción no carece por completo de relevancia moral. No obstante, describir la conducta del camarero malvado simplemente como una acción no explica toda su reprochabilidad. Ésta también se ve afectada por su conocimiento de que el plato estaba envenenado y su omisión de hacer algo al respecto. Esto suena como la terminología de la omisión. El alcance completo de la reprochabilidad del camarero no puede determinarse hasta que se toma en consideración esta omisión de actuar.[77]

En consecuencia, un análisis completo de la reprochabilidad del camarero malvado requiere la referencia tanto a la acción de servirle el plato al cliente hambriento como a la omisión del camarero de decir o hacer algo para evitar que el cliente hambriento coma la salsa de hongos venenosos. La conducta del camarero es, en otras palabras, tanto activa como pasiva. No obstante, no es puramente una acción ni puramente una omisión. Es, ante la ausencia de una mejor palabra, una *actomisión*.

[77] Ver Chiesa, *supra* nota 4, en p. 614 ("[L]a distinción acción/omisión es moralmente relevante porque en general es peor llevar a cabo una conducta que empeora la situación de otra persona que llevar a cabo una conducta que simplemente no la mejora).

Se desprenden dos consecuencias prácticas de entender la conducta del camarero como una actomisión. En primer lugar, debería ser considerada más reprochable que una conducta puramente omisiva. En segundo lugar, la conducta del camarero debería ser considerada menos reprochable que una conducta puramente activa.[78] En términos de responsabilidad penal y castigo, el camarero debería ser castigado de un modo más severo que alguien que sólo deja morir a la víctima por medio de una omisión pura. Sin embargo, debería ser castigado de un modo menos severo que alguien que mata activamente a la víctima por medio de una acción pura.

Distinguir entre acciones, omisiones y actomisiones nos permite entender de un modo más acabado las diferencias entre el caso del camarero malvado y los casos del camarero ponzoñoso y del camarero omitente. La mayoría encuentra intuitivamente obvio que el camarero ponzoñoso es más merecedor de reproche que el camarero malvado y que el omitente.[79] El camarero que envenena la salsa de hongos merece más reproche que quien se da cuenta de que la salsa de hongos está envenenada y lleva de todos modos el plato a la mesa del cliente hambriento. La conducta del camarero que envenena el plato también merece, obviamente, un mayor reproche que la del camarero que simplemente deja que otro camarero lleve el plato envenenado a la mesa del cliente. Asimismo, la mayoría cree que la conducta del camarero que merece menos reproche es la del camarero omitente.[80] Observar cómo otra persona lleva un plato envenenado a la mesa del cliente y no hacer nada parece intuitivamente menos reprochable que cuando uno mismo envenena el plato. También parecería ser menos reprochable que cuando uno no envenena el plato pero lo lleva a la mesa. No sorprende que sea más difícil entender el caso del camarero malvado. La intuición indica que este caso es más reprochable que simplemente observar cómo otro le sirve el plato al cliente (como el camarero omitente), pero menos reprochable que envenenar el plato (como el camarero ponzoñoso).

La intuición indicaría que las actomisiones son más reprochables que las omisiones pero menos que las acciones —y esa intuición probablemente está justificada—. Como se explicó previamente, las acciones son reprochables porque empeoran la situación de la víctima. En el caso del camarero ponzoñoso, por ejemplo, envenenar el plato empeoró las perspectivas del cliente

[78] Ver ídem en p. 596 (en donde se discute la reprochabilidad de un médico que desconecta el soporte vital en contextos de actomisiones).
[79] He discutido estos tres casos con una gran cantidad de personas. Algunas eran profesores de derecho penal, otras eran parte del cuerpo académico, otras eran amigos con distintos trasfondos. La gran mayoría cree que la conducta más reprochable es la de envenenar el plato y luego servírselo al cliente.
[80] Esta conclusión también es casi unánime entre aquellos que he encuestado de manera anónima.

hambriento. Por el contrario, la reprochabilidad de la conducta del camarero omitente consiste en no haber mejorado la situación del cliente por no auxiliarlo. Pero las actomisiones son reprochables porque —como las omisiones— no mejoran la situación de la víctima y —como las acciones— empeoran la situación de la víctima. Las actomisiones hacen ambas cosas.

Las actomisiones, al igual que las acciones, ponen a la víctima en una peor situación que antes del movimiento corporal voluntario relevante que causa daño.[81] El cliente está en una peor situación cuando el camarero le sirve el plato que cuando el plato está apoyado en la encimera de la cocina. No obstante, en algún sentido las actomisiones no empeoran la situación de la víctima, porque no ponen en marcha un curso del acontecer que probablemente causará un daño a la víctima.[82] "Esto es lo que diferencia las actomisiones de las acciones [puras]. Las acciones ponen en marcha cursos del acontecer que probablemente causarán un daño a la víctima".[83] En cambio, las actomisiones simplemente dejan que el acontecer propenso a causar daño siga su curso.

Esto da lugar a otra cuestión. Si las actomisiones —como las omisiones— no crean el riesgo que conduce a un daño para la víctima, ¿qué es lo que las torna más reprochables que las omisiones de actuar?[84] Las actomisiones son distintas porque —a diferencia de las omisiones— *aceleran* la culminación de un curso del acontecer que ya estaba en marcha cuando se produjo la actomisión. Esto es lo que pasa en el caso del camarero malvado. El cliente probablemente iba a morir de envenenamiento con independencia de la conducta del camarero malvado. Si éste no le hubiese servido el plato al cliente hambriento, probablemente otro camarero lo habría hecho. Dado que el curso del acontecer que estaba destinado a causarle daño a la víctima —envenenar el plato y colocarlo donde lo tomaría un camarero— ya estaba en marcha antes de la conducta del camarero malvado, hay una sensación de que lo que hace el camarero es simplemente dejar que se despliegue el acontecer. Sin embargo, la actomisión del camarero hace algo más que meramente dejar que el acontecer siga su curso. Ésta *acelera* la realización de la lesión que probablemente

[81] Ver Chiesa, *supra* nota 4, en p. 596 (donde se sostiene que las actomisiones son como acciones en el sentido de que crean un *nuevo* riesgo "que no existía inmediatamente antes del movimiento corporal voluntario que causa daño… Sin embargo, las actomisiones… no crean un riesgo diferente respecto del riesgo que comprometió el bienestar de la víctima en un primer momento").
[82] Ver ídem (por ejemplo, "interrumpir el soporte vital simplemente somete a la víctima al mismo riesgo al que ya estaba sometida con anterioridad a recibir tratamiento médico". Esto significa que "la vida del paciente se ve afectada por su enfermedad, no por negarle la continuación del tratamiento").
[83] Ídem.
[84] He realizado la misma pregunta, y también la he contestado, en mi trabajo anterior, *Actmissions*. Ver ídem, en p. 597.

habría tenido lugar de todos modos. Y esto es más reprochable que el mero dejar que el daño se produzca en su debido momento.[85]

Esta es la clase especial de daño que se produce por medio de la actomisión del camarero malvado. Dado que la actomisión del camarero malvado (llevar el plato a la mesa) aceleró la realización del daño al cliente, él debería ser castigado de un modo más severo que el autor del caso del camarero omitente, quien simplemente permite que el cliente sufra un daño. En cambio, dado que la actomisión del camarero malvado no puso en marcha un curso del acontecer que probablemente causaría un daño al cliente, él debería ser castigado en menor medida que el camarero ponzoñoso, quien era responsable por la creación del riesgo de daño para la víctima.

El siguiente cuadro resume las características que definen a las actomisiones y explica por qué el caso del camarero malvado despliega la estructura arquetípica de lo que llamo "actomisiones":

CUADRO 1: ACTOMISIONES[86]

Requisito	Comentarios	Ilustración
1. "[Un] acontecer propenso a causar un daño puesto en marcha por alguien o algo distinto al autor."	El autor no crea el peligro que amenaza a la víctima	El plato es envenenado antes de que el camarero lo toque
2. "[E]l autor debe encontrarse en una posición en la que puede hacer algo para evitar que se produzca el acontecer y cause un daño a la víctima."	Condición que genera un deber de salvamento	El camarero puede evitar el daño al cliente si no le sirve el plato

[85] En *Actmissions* también he sostenido que algunas actomisiones son reprochables porque aceleran la realización de la lesión que probablemente se habría materializado de todos modos, mientras que otras actomisiones son reprochables porque ponen nuevamente a la víctima en una zona de peligro de la que estaba protegida. Ídem. Esto es lo que sucede cuando un médico interrumpe el soporte vital. Al no continuar con el soporte vital, el médico coloca nuevamente a la víctima frente a una condición en la cual su vida nuevamente estará en peligro. Además, el médico está colocando de nuevo a la víctima en la misma condición en la que estaba antes de que fuese tomada la decisión de conectarla al soporte vital. Esta clase de actomisión presenta un curso de conducta que, por tanto, puede ser descripto como un salvamento abandonado. La víctima está temporariamente más segura porque está protegida por el autor, quien luego decide hacer algo que da lugar a un salvamento abandonado. Al hacerlo, el autor una vez más coloca a la víctima frente al riesgo de sufrir la clase de lesión respecto de la cual el autor la estaba protegiendo. Ídem.

[86] El cuadro 1 está pensado como una herramienta ilustrativa y fue creado por el autor a partir de su trabajo previo, *Actmissions*. Ver ídem en p. 598.

3. "[E]l autor omite hacer algo para evitar el daño a la víctima."	Omisión de realizar el salvamento	El camarero omite salvar al cliente cuando le sirve el plato (similar a una omisión)
4. "[L]a omisión del autor de hacer algo para evitar el daño a la víctima tiene que consistir en un movimiento corporal voluntario"	Acción que no mejora la situación de la víctima, en vez de colocarla en una peor situación	Servirle el plato al cliente es un movimiento corporal voluntario (similar a una acción)
5. "[E]l movimiento corporal voluntario o bien acelera la realización de la lesión que probablemente habría tenido lugar de todos modos, o bien vuelve a colocar a la víctima en una zona de peligro respecto de la cual el autor la había blindado"	El daño distintivo de las actomisiones tiene un contenido de ilícito mayor que las acciones dañosas pero mayor que las omisiones dañosas	Servirle el plato al cliente acelera la realización de su probable muerte (actomisión)

III. Enseñanzas del caso del camarero malvado: La distinción acción/omisión requiere una revisión

A. ¿Debe reemplazarse la distinción acción/omisión por una escala gradual para la conducta humana?

Un análisis del caso del camarero malvado revela que hay algunos cursos de conducta que comparten características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones. ¿Es el caso del camarero malvado simplemente una anomalía, o revela un problema más profundo que debe reflejar el derecho penal? Me inclino por la segunda respuesta. La existencia de actomisiones nos obliga a considerar seriamente si la distinción acción/omisión debería ser reemplazada por una escala gradual que admita una miríada de cursos de conducta que se encuentran en algún lugar entre las acciones puras y las omisiones puras.

El derecho penal estadounidense actualmente aborda las conductas humanas como un "todo o nada". La lesión que es relevante para el derecho penal (p. ej., la muerte de una persona) puede ser producida tanto por acción (apuñalar a una persona) como por omisión (no emprender el salvamento de una persona que está ahogándose). Si la lesión se causa por acción, el imputado es

responsable con independencia de si tenía un deber respecto de la víctima.[87] La presencia de una acción que causa una lesión, por tanto, elimina la pregunta por el deber. En cambio, si la lesión se lleva a cabo por una omisión, hay responsabilidad solamente si el imputado tenía un deber especial de actuar.[88] Las omisiones, por tanto, generan preguntas sobre el deber que no se presentan cuando la lesión se causa activamente. Las acciones y las omisiones funcionan como un "todo o nada" porque la lesión se lleva a cabo o bien activa o bien pasivamente y, combinadas, estas dos posibilidades agotan las formas de comisión de delitos penales.[89]

La existencia de "actomisiones" que comparten características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones pone en tela de juicio la naturaleza de "todo o nada" de la distinción acción/omisión. Si hay cursos de conducta que no son activos ni omisivos, entonces la distinción acción/omisión no agota las diferentes formas de cometer delitos penales. Reconocer la existencia de cursos de acción que se encuentran en algún punto entre las conductas activas y las pasivas abre la puerta al argumento de que la dicotomía rígida entre acción y omisión debe ser reemplazada por una escala gradual para la conducta que va desde la completamente pasiva hasta la completamente activa. De acuerdo con este enfoque, quien debe tomar la decisión sobre un caso no debe estar forzado a decidir si la conducta es *solamente* una acción o una omisión. En cambio, debe tener en consideración una serie de factores que le otorgan discrecionalidad para decidir en qué punto entre estos dos extremos cae la conducta. Entre los factores que puede considerar quien debe tomar la decisión podrían incluirse que el autor haya ejecutado un movimiento corporal voluntario, que la conducta haya creado un nuevo riesgo de daño o que meramente haya permitido la materialización de un riesgo ya existente, que la conducta haya acelerado la realización de un daño que probablemente habría tenido lugar de todos modos, y la fuerza de la conexión causal entre la conducta del autor y el daño de la víctima. Después de ponderar estos

[87] Ver, p. ej., MODEL PENAL CODE § 2.01(1) (1962).
[88] Ver, p. ej., ídem, § 2.01(3)(b).
[89] Ver, p. ej., ídem, § 2.01(1). (no puede cometerse una infracción a menos que "esté basada en una conducta que incluye una acción voluntaria o una omisión de realizar una acción"). En cierto sentido, las normas que actualmente adopta el derecho penal al clasificar la conducta humana funcionan como "reglas". Una regla es una norma que se aplica de forma "todo o nada". Ver de modo general, Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules,* 35 U. Chi. L. Rev. 14, 25 (1967). Cuando se aplica una regla, su resultado está determinado. Ídem. Las normas de derecho penal relativas a la conducta humana funcionan en su mayor parte como reglas porque la conducta tiene que ser clasificada como una acción *o* como una omisión, y si la conducta es descripta como una o la otra esto generalmente determinará si la fiscalía tiene que acreditar que el imputado tenía un deber jurídico de actuar. En consecuencia, la descripción de la conducta como una acción o como una omisión es, con frecuencia, determinante para el resultado.

elementos, el juez tendría discreción para determinar en qué punto de la escala gradual entre ilicitud activa y pasiva cae la conducta.[90]

El enfoque de la escala gradual captura mejor la complejidad de nuestro universo moral. Piénsese, por ejemplo, en las clases de conducta que el filósofo Michael Moore ha llamado "doble evitación".[91] La doble evitación consiste en cursos de conducta en los cuales una persona realiza una acción que impide que otra persona evite el daño de otra persona.[92] Supóngase que Juan usa fuerza física para retener a María, quien estaba por salvar a un niño a punto de ahogarse.[93] Nadie salva al niño que está ahogándose, quien termina muriendo. En este caso, Juan realiza una acción (retener físicamente a María) que impide que María evite la muerte del niño que está ahogándose. ¿Mató Juan al niño que estaba ahogándose o simplemente lo dejó morir? Por un lado, Juan realizó un movimiento corporal voluntario (retener a María) que es relevante para explicar por qué el niño se ahogó. Esto suena como la terminología de las acciones y, por tanto, apoya la conclusión de que Juan "mató" al niño. Por otro lado, la acción de Juan simplemente permitió que el niño se ahogase. Esto suena a una omisión y, en consecuencia, habla en favor de concluir que Juan sólo dejó morir al niño.

Yo considero que la mayoría intuye que producir un daño por medio de una doble evitación es menos reprochable que causarlo activamente, pero que es más merecedor de condenación que dejar pasivamente que se produzca la lesión. Esto es, Juan merece más reproche por impedir que María evite que el niño se ahogue (doble evitación) que por simplemente dejar que el niño se ahogue sin evitar que otra persona lo salve (omisión). Sin embargo, Juan merece menos reproche por impedir que María salve al niño que está a punto de ahogarse (doble evitación) que por ahogar al niño (acción). Si esto fuese correcto, la escala gradual para reprochabilidad en estos casos luciría del siguiente modo:

[90] Las normas que se crean para implementar un enfoque de escala móvil de conducta humana se parecerían más a "estándares" que a "reglas". Un estándar es una norma que no se aplica en forma de "todo o nada". Los estándares le dan a quien debe tomar la decisión una discrecionalidad para decidir el caso sobre la base de un número de factores que deben ponderarse. La forma en que se estructura la ponderación puede variar según quién deba decidir el caso y, por tanto, al aplicar un estándar el resultado no está determinado de la misma manera en que sí lo está al aplicar una regla. Ver de modo general Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379, 389-90 (1985).

[91] Ver MICHAEL S. MOORE, CAUSATION AND RESPONSIBILITY: AN ESSAY IN LAW, MORALS AND METAPHYSICS, 569-60 (2009)

[92] Ídem.

[93] Moore analiza los casos de "doble evitación" de modo general. Yo he creado este caso hipotético a los fines de explicar el concepto.

Reprochabilidad máxima: Juan ahoga al niño (acción).

Reprochabilidad intermedia: Juan impide que María evite la muerte del niño que está a punto de ahogarse (doble evitación)

Reprochabilidad mínima: Juan deja que el niño se ahogue pero no evita que otra persona intente salvarlo (omisión)

El enfoque de "todo o nada" característico del derecho penal respecto de la conducta humana también se ve socavado por casos que comparten la estructura del famoso ejemplo del violinista de Judith Jarvis Thomson. Tal como Jarvis Thomson describe el caso,

> [t]e despiertas en la mañana y te encuentras en una cama espalda a espalda con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. A él se le ha diagnosticado una enfermedad mortal en los riñones, y la Sociedad de Amantes de la Música ha sondeado todos los registros médicos disponibles y ha determinado que sólo tú tienes el tipo de sangre necesario para ayudarlo. En consecuencia, te han secuestrado y anoche conectaron el sistema circulatorio del violinista con el tuyo, de modo que tus riñones pueden utilizarse para extraer tóxicos de su sangre, así como de la tuya… Desconectarte significaría matarlo… [Pero en nueve meses] él se habrá recuperado de su enfermedad, y podrá desconectarse sin peligro para ti.[94]

Mientras que Jarvis Thomson invoca el experimento mental de preguntarse si moralmente está permitido que la persona se desconecte del violinista,[95] yo creo que el caso da lugar a una pregunta distinta —aunque interrelacionada—. Si la persona se desconecta del violinista, ¿lo ha matado o simplemente lo ha dejado morir? Por un lado, la persona ha realizado un movimiento corporal voluntario que incidió causalmente en la muerte del violinista (desconectarse de su cuerpo). Esta descripción de los hechos suena a una acción y, consecuentemente, a "matar" al violinista. Por otro lado, por medio de la desconexión, la persona ha permitido que el violinista muera como resultado de su enfermedad y, por tanto, lo ha dejado morir. Esto suena más a una conducta pasiva.

[94] Thomson, *supra* nota 6, en pp. 48-49.
[95] Jarvis Thomson cree que *está* permitido desconectarse del violinista. Ídem en pp. 61-62.

Una vez más, considero que desconectarse del violinista es más merecedor de condenación que meramente negarse a la conexión en un primer momento. En cambio, sostengo que desconectarse del violinista es menos reprochable que matar al violinista activamente por medio de, por ejemplo, una inyección con veneno. A su vez, postulo que es extraño describir la conducta en este experimento mental como puramente activa o puramente omisiva. A los fines de captar por completo la complejidad moral de este patrón de conductas, es necesario tener en cuenta tanto la acción de desconectarse *como* la forma en que la acción podría construirse como una omisión de proveer soporte vital. Una vez que las características activas y pasivas de la conducta reciben un tratamiento correcto, puede observarse la totalidad de la reprochabilidad de la conducta:

Reprochabilidad máxima: Inyectar veneno al violinista (acción)

Reprochabilidad intermedia: Desconectarse del violinista (tanto acción como omisión).

Reprochabilidad mínima: Rechazar conectarse con el violinista (omisión)

Si bien puede concederse que el caso del violinista es un ejemplo extravagante, es similar —tal como argumenta Jarvis Thomson— a otros casos de importante significado práctico. De acuerdo con Jarvis Thomson, desconectarse del violinista es similar a abortar un feto.[96] Si bien no se trata de casos idénticos, son similares porque el aborto implica la realización de una conducta activa que podría ser construida como una omisión de continuar con la provisión de soporte vital al feto.[97] Analizar al aborto como un curso de conducta que comparte características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones podría explicar por qué matar a un feto es menos reprochable que matar a un niño ya nacido, incluso si se asume que el feto es igual a un niño en términos de personalidad.[98] El acto de abortar al feto es menos reprochable que el de matar al

[96] Ídem en pp. 48-49.

[97] Ver, p. ej., SHERRY F. COLB, MIND IF I ORDER THE CHEESEBURGER? AND OTHER QUESTIONS PEOPLE ASK VEGANS 87-91 (2013) (quien postula un escenario hipotético donde un embrión en desarrollo y un feto pueden ser colocados en una incubadora hasta la semana veinticuatro del embarazo y contempla las opciones morales que se presentarían al final de la semana veinticuatro).

[98] No tomo posición aquí respecto de si el feto debe ser considerado una "persona". Incluso si se asume que el feto es una persona, aquí sostengo que matar a un feto no es un caso de ilicitud activa pura, sino una "actomisión" que consiste en la realización de un movimiento corporal voluntario que da lugar a una omisión de continuar la provisión de soporte vital. Como tal, el aborto comparte características moralmente relevantes tanto de acciones como de omisiones. Esto sólo es suficiente para concluir que abortar un feto es, *ceteris paribus*, menos reprochable que matar a un niño nacido.

niño porque el primero puede ser plausiblemente construido como una omisión de continuar la provisión de soporte vital, mientras que en el segundo caso esta alternativa no es posible. Si bien tanto abortar al feto como matar al niño implican la realización de una conducta activa, el significado completo de un aborto sólo puede comprenderse cuando se lo coloca en el contexto amplio de las omisiones. El feto muere porque la madre ya no desea proveerle soporte vital. Esta ausencia de provisión de soporte vital es una omisión.

Con algunas excepciones, la mayor parte de los académicos no logran comprender la naturaleza (parcialmente) omisiva de los abortos. Este error poco feliz refleja la omnipresencia del enfoque "todo o nada" en lo referente a la conducta humana. El enfoque estándar puede caracterizarse de la siguiente manera: o bien la madre mató al feto o bien lo dejó morir. Dado que el aborto sólo puede realizarse por medio de un movimiento corporal voluntario, abortar a un feto es lo mismo que matar activamente al feto. Pero no es necesario encasillar la conducta de la madre como una conducta completamente activa y, por tanto, altamente reprochable, o bien como completamente pasiva, sin un grado de reprochabilidad particularmente alto. Si el enfoque actual de "todo o nada" fuese reemplazado por un enfoque más flexible de escala gradual, simplemente podría concluirse que abortar a un feto no es tan reprochable como matar a una persona, pero es más reprochable que omitir el salvamento de una persona. Este nuevo encuadre del intrincado problema del aborto es digno de discusión.

Mientras que el enfoque de la escala gradual para la conducta humana describe de un modo más rico y preciso nuestras intuiciones morales respecto de una amplia gama de conductas, es difícil de implementar jurídicamente. La adopción de un enfoque de escala gradual es poco práctica porque los jueces no están en condiciones de decidir si un caso particular cae dentro de un continuo que ocupa el espacio entre conductas completamente activas y completamente pasivas. Además, incluso si quien debe tomar la decisión estuviese en condiciones de realizar tales determinaciones, reemplazar la clara distinción acción/omisión por una más indeterminada escala gradual para conductas humanas podría generar más problemas que los que puede resolver. Podría dar lugar, por ejemplo, a que se tratasen casos similares de modo distinto según cómo ponderase cada juez los factores en pugna. Asimismo, la adopción de un enfoque de escala gradual podría ser insuficiente en lo que se refiere al requisito de advertencia previa, dado que la persona podría argumentar razonablemente que la lista sábana de factores que los jueces tendrían en

consideración al determinar cómo clasificar la conducta no provee a los individuos de un aviso justo *ex ante* respecto de cómo tratarán los tribunales su conducta.[99]

B. Una propuesta más modesta: hacia una distinción tripartita entre acción/omisión/actomisión

A pesar de que el enfoque de la escala gradual para la conducta humana provee un mejor marco para captar en su totalidad la complejidad moral del caso del camarero malvado, el ejemplo del violinista y los casos de doble evitación, hay buenas razones pragmáticas que se manifiestan en contra del reemplazo de la distinción acción/omisión por el enfoque menos definido de la escala gradual. Las consideraciones de advertencia previa hablan en favor de una mayor precisión al momento de definir el requisito de conducta humana que la que puede ofrecer el enfoque de la escala gradual. Además, los jueces seguramente necesitan más direccionamiento que el que provee el enfoque de la escala gradual. No obstante, todavía hay buenas razones para abandonar la distinción acción/omisión. Como demuestra el caso del camarero malvado y el resto de los casos discutidos en el punto II de este ensayo, la distinción acción/omisión simplemente no explica toda la reprochabilidad inherente a un número no despreciable de escenarios.

Pero si el enfoque de la escala gradual es demasiado indefinido como para justificar su adopción y la dicotomía acción/omisión demasiado simplista, ¿hay acaso un punto intermedio atractivo? Yo creo que lo hay. La distinción acción/omisión debería ser reemplazada por una distinción tripartita entre acción/omisión/actomisión. El reconocimiento de las actomisiones como un curso de conducta diferente a las acciones y a las omisiones explica mejor casos como el ejemplo del violinista, el del camarero malvado y los supuestos de doble evitación, sin sacrificar demasiada precisión, como sí lo requeriría el enfoque de la escala gradual. Tal como expliqué en el punto I, un curso de conducta cuenta como una actomisión cuando un movimiento corporal voluntario da lugar a una omisión de salvamento. Esto es lo que sucede en el caso del camarero malvado, porque él realiza un movimiento corporal voluntario (servirle el plato al cliente) que da lugar a una omisión de salvamento del cliente. Los casos de doble evitación presentan una estructura similar. Cuando Juan retiene a María, él realiza un movimiento corporal voluntario que

[99] Ver *supra* nota 7. Ver también Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156, 162 (1972) (donde se cita United States v. Harriss, 347 U.S. 612 [1954]) (allí se afirma que una ley no satisface el requisito constitucional de advertencia previa y es nula por vaguedad cuando "'no le otorga un aviso justo a una persona de inteligencia común de que la conducta que contempla realizar está prohibida por la ley,' y porque alienta arrestos y condenas arbitrarias y erráticas").

da lugar a una omisión de salvamento del niño a punto de ahogarse. Por último, el aborto significa una omisión de continuar la provisión de soporte vital al feto, que tiene lugar por medio de un movimiento corporal voluntario.

Tal como he señalado previamente, estas actomisiones son más reprochables que las omisiones puras pero menos merecedoras de condenación que las acciones puras.[100] Servirle el plato al cliente es más reprochable que simplemente omitir el rescate del cliente pero menos ilícito que envenenarlo. La conducta de Juan de retener a María merece más reproche que la simple omisión de hacer algo para salvar al niño que está a punto de ahogarse, pero es menos reprochable que ahogar activamente al niño. Por último, abortar a un feto es un acto menos merecedor de condenación que matar a un niño nacido, aunque merecedor de una mayor condenación que la simple omisión de salvamento del niño. La descripción de estos cursos de conducta como actomisiones calibra de un modo más adecuado la reprochabilidad que debería asignarse en cada uno de esos casos que la descripción de estos modelos de conducta como acciones u omisiones. Además, la definición de las actomisiones que se provee en este artículo es lo suficientemente específica como para satisfacer los requisitos constitucionales de advertencia previa.[101] A su vez, esto nos brinda buenas razones para reemplazar la distinción acción/omisión por una distinción tripartita entre acción/omisión/actomisión.

IV. Conclusión

El caso del camarero malvado y otros casos que comparten una estructura similar exponen un importante defecto del derecho penal estadounidense: la distinción acción/omisión no puede explicar de modo acabado la reprochabilidad de estos escenarios. A los fines de captar toda su complejidad moral, es necesario considerar que presentan cursos de conducta que comparten características relevantes tanto de las acciones como de las omisiones. Si estos casos no presentan conductas ni activas ni omisivas, sería tentador apartarse de la distinción rígida acción/omisión y adoptar una escala gradual más flexible de conducta humana. Una revisión tan radical del derecho penal es, no obstante, desaconsejable. El reemplazo de la distinción acción/omisión por una indeterminada escala gradual que permita que los jueces coloquen distintos cursos de conducta en

[100] Ver *supra* notas 7-85 y el texto acompañante; ver también Chiesa, *supra* nota 4, en p. 606 ("Recuérdese que las actomisiones son más reprochables que las omisiones puras pero menos merecedoras de condenación que las acciones positivas desplegadas en su totalidad").
[101] Ver *supra* notas 7, 99.

algún lugar entre el espectro que va desde una acción desplegada por completo y la omisión pura seguramente no cumpliría su función de proveer la especificidad que requiere el requisito de advertencia previa. Esto no significa, sin embargo, que el derecho penal deba mantener la distinción acción/omisión. Existe una posición intermedia más atractiva que explica de modo más acabado los casos como el del camarero malvado sin ser insuficiente en cuanto a los requisitos de advertencia previa. El derecho penal estadounidense debería reconocer las "actomisiones" como una categoría de conducta diferente. Tales actomisiones deberían castigarse de modo más severo que las omisiones puras, pero menos severo que las conductas activas puras.

"LINEAMIENTOS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. ANÁLISIS CRÍTICO" DE DANIEL R. PASTOR

Ignacio N. GUERRERO*

Fecha de recepción: 9 de mayo de 2016
Fecha de aceptación: 23 de mayo de 2016

PASTOR, Daniel, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2015, 372 pp.

En este trabajo sobre el nuevo código procesal penal de la nación (en adelante, "CPPN"), Daniel R. PASTOR nos invita a estudiar, a pensar y a debatir. Como se expresa en el prólogo, el anhelo principal del trabajo es intentar que la observación intelectual de nuestra legislación y de nuestras prácticas judiciales despierte de su letargo y vuelva a ser crítica. La formación y la experiencia del autor se reflejan en un comentario breve pero sagaz, de lectura imprescindible para entender de qué trata y hacia dónde vamos con la reciente reforma procesal penal.

El 4 de diciembre de 2014 el Congreso Nacional sancionó la ley que aprobó el nuevo CPPN,[1] que fue promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 9 de diciembre del mismo año[2] y publicada en el Boletín Oficial al día siguiente. De esta forma, se busca reemplazar al (tristemente) célebre "Código Levene", que nació *viejo y caduco*[3] y que, además, se encuentra

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura "Elementos de derecho penal y procesal penal" (UBA), cátedra del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo A. Sancinetti. Contacto: ignacioguerrero@live.com.ar
[1] Ley 27.063.
[2] Decreto 2312/14.
[3] PASTOR, "Código Levene, ¿nacerá viejo y caduco?", en *No Hay Derecho*, n.° 6, 1992, reproducido en *Tensiones*, 2014, pp 213 ss.

hoy *manco y rengo*.[4] En esta oportunidd, el autor analiza la génesis (capítulo 1), la función (capítulo 2), la parte general (capítulo 3) y la parte especial (capítulo 4) de este nuevo sistema de enjuiciamiento. Por último (capítulo 5), recapitula, a modo de conclusión, las principales observaciones realizadas a lo largo del texto.

En términos generales, el nuevo modelo sigue la tendencia regional de las últimas décadas:[5] organización judicial horizontal, instrucción fiscal, mejor separación de las funciones de requerir y juzgar, acusador particular paralelo, agilización de los trámites, mayor oralidad, menor actividad recursiva pero impugnación más amplia, etc. Se busca así una organización más eficaz para la obtención de decisiones más rápidas y de mejor calidad.

A pesar de esta buena orientación básica, el texto del CPPN de 2014, en palabras de PASTOR, no deja más que decepción y desilusión. Nos encontramos, según él, ante una ley incompleta, irreflexiva y hasta contradictoria,[6] que, además, implicará el nombramiento de una gran cantidad de funcionarios, totalmente innecesarios si las cosas se hubieran hecho de otro modo. Así, el nuevo régimen es mediocre no tanto por lo que efectivamente es, sino más bien por lo que pudo y debería haber sido. Respecto de la obra en sí, si bien muchas de las críticas son acertadas, el autor las expone, por momentos, con demasiada efusividad. Asimismo, más allá de que se advierte de esto al lector, no puede dejar de mencionarse que hubiese sido preferible una mayor cantidad de referencias bibliográficas.

Desde la perspectiva del PASTOR, los problemas comienzan ya en la génesis misma, tratada en el capítulo 1. La necesidad de modificar el código de 1991 se explicaba por sí sola y por ello la nueva ley es bienvenida. Sin embargo, el proceso de gestación, así como también su implementación —o intento de— dejan mucho que desear a criterio del autor, quien considera que si bien la necesidad de un cambio existía, esto no implicaba que debiera hacerse de cualquier manera. Esta reflexión se fundamenta, por un lado, en el marcado contraste con lo sucedido con el anteproyecto de código penal[7] y con otros anteproyectos de códigos procesales[8] —que

[4] Se toma la expresión de D'ÁLBORA, "La necesaria reforma del Código Procesal Penal de la Nación", *LL*, ejemplar del 05/11/14, p. 1. Dicho autor hace referencia a las consecuencias producidas por los lineamientos establecidos en diversos pronunciamientos de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN —v.gr. *Fallos*, 327:5863 y 321:2021—.
[5] SOLIMINE, *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, pp. 51 ss.
[6] El autor retoma aquí lo dicho por DARAY, "¿Cómo es el nuevo proceso penal?", nota introductoria al código procesal penal de la nación, serie "Códigos Hammurabi", Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 13.
[7] ZAFFARONI/CARLÈS (dirs.), *Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario*, Buenos Aires, La Ley, 2014.

sirvieron de fuente del aquí analizado—, ya que el proceso de creación del CPPN de 2014 permaneció en las sombras y fue gobernado por la improvisación. Por otro lado, el código no forma parte, como debería haber sido, de una reforma integral del sistema penal y se encuentra casi totalmente desconectado de la reforma del derecho sustantivo. De hecho, incluye soluciones sustantivas en contra de lo regulado en el proyecto de ZAFFARONI (pp. 22-24 y pp. 150 ss).

En lo que se refiere a la implementación, el autor señala que las distintas leyes dictadas contienen reglas confusas, repetitivas, innecesarias e incorrectas. Sobre todo, explica que se deja pasar la oportunidad de codificar todo en un solo cuerpo normativo, de forma clara y sencilla, que otorgue seguridad y previsibilidad a los ciudadanos (p. 25). De acuerdo con el artículo 3 de ley 27.063, la entrada en vigencia del nuevo CPPN es materia de la ley de implementación, que fue sancionada el 10 de junio de 2015. Según ella, la entrada en vigor sería progresiva y comenzaría el 1 de marzo de 2016[9] para la justicia nacional, mientras que, para el ámbito federal, se difiere hasta el momento en que se establezca el "Cronograma de implementación progresiva", que será dictado por la "Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo CPPN". Es decir, para saber cuándo se encontrará en vigencia el nuevo sistema hay que esperar a la implementación de la implementación. Como se ve, fue aprobado el texto de los procedimientos sin tener primero la ley de organización judicial (p. 151). La improvisación llega a tal punto que el texto del código estableció una organización judicial horizontal sin cámaras y sin recurso de casación, pero, casi al mismo tiempo de su creación, comenzó a funcionar una nueva Cámara de Casación.

Seguidamente, el capítulo 2 describe brevemente cuál es la función y la importancia de las reglas de enjuiciamiento y del modelo de organización judicial. Asimismo, nos recuerda que el proceso penal es en sí mismo una tragedia y, por ello, debe ser tratado como un mal necesario (p. 32). A regular esta tragedia están destinadas las normas del código y de allí la preocupación por tener unas reglas claras que proporcionen enjuiciamientos penales eficientes y correctos en tiempos razonables, lo que no se logra con la nueva regulación. Lo expresado por el autor en

[8] Se hace referencia aquí a: el *Proyecto INECIP*, elaborado por un equipo de trabajo del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales coordinado por Alberto BINDER e Ileana ARDUIN; el *Proyecto Beraldi*, producto de una amplia Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo en 2007; y *al Proyecto Albrieu*, elaborado en la Cámara de Diputados, identificado como expte. n.º 4050-D-2010, Trámite Parlamentario 072 (09/06/2010).

[9] De hecho, el Poder Ejecutivo Nacional volvió a postergar la entrada en vigencia del nuevo CPPN a través del decreto de necesidad y urgencia n.º 257/2015. Al respecto: http://www.lanacion.com.ar/1857916-oficial-el-gobierno-suspendio-la-aplicacion-del-nuevo-codigo-procesal-penal-y-traspaso-las-escuchas-judiciales-a-la-corte-suprema.

relación con la baja calidad de la nueva ley se pone de manifiesto en el análisis que se muestra en los capítulos siguientes.

A su turno, el capítulo 3 se encarga de la Parte General del CPPN, que versa sobre las disposiciones globales del sistema de enjuiciamiento y que va desde el art. 1 hasta el art. 194. El título I del Libro Primero, que comienza en el art. 1 y culmina en el art. 24, desarrolla los principios y garantías procesales. Aquí se focaliza una de las primeras observaciones de PASTOR, más precisamente en la técnica de transcribir al comienzo algunos derechos fundamentales que, de todos modos, son exigibles aun en el caso que el código no los prevea. Si bien *abundas cautela non nocet,* nos dice el autor que dichas declamaciones reavivarán viejas discusiones, sea porque reafirman lo evidente pero que no se reconoce, sea porque introducen expresiones inauditas. Además, señala que nos acostumbramos a proclamas y escritos sobre nuevos derechos que luego resultan sistemáticamente negados en la práctica (pp. 35-36).[10]

Esta última observación se ve rápidamente confirmada al leer el nuevo artículo 2, que establece los principios del proceso acusatorio. Más allá de que, según PASTOR, resulta llamativo puesto que la dicotomía inquisitivo-acusatorio ha sido superada (p. 37),[11] el primer subprincipio que se menciona es el de igualdad entre las partes y es también el primero en ser traicionado. Al contemplarse la figura de un acusador particular (arts. 12, 25 y 85), nos dice, se convierte al proceso penal en una contienda desigual y desleal. Además, la observación del autor es apoyada por las disposiciones referentes a la participación ciudadana (arts. 23, 52 inc. c y 249). En efecto, nuestra Constitución Nacional es clara en cuanto a la necesidad de que sea un jurado quien decida sobre la eventual responsabilidad penal de los imputados. Sin embargo, y más allá de proclamar la participación de los ciudadanos en el proceso penal, parece que por *olvido* del legislador el CPPN entrará en vigencia sin juicio por jurados, ya que no se incluyó en el paquete de normas de implementación la ley especial a la que se hace referencia (p. 39).

En relación con la regulación de la acción penal, concentrada en el Título II del Libro Primero, cabe mencionar la sección 2.ª, donde se introduce la discrecionalidad fiscal en el ejercicio de la acción penal pública. Se trata, en palabras de PASTOR, de una normativa moderada

[10] El autor retoma aquí lo dicho por GARGARELLA, *¿Proclamar derechos o hacerlos efectivos.* Disponible en http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2015/07/alberdi-derechos-y-practicas.html [enlace verificado el día 20 de mayo de 2016].

[11] Sobre el tema, véase LANGER, Máximo, "La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo", en *Revista de Derecho Público*, n.º 32, 2014, pp. 4 ss.

pero deprimente (p. 40). El primer problema consiste en que se trata de una regulación material impropia, entre nosotros, de la ley de enjuiciamiento. Así, estas normas o bien son inválidas o rigen también para las provincias. A esto nos lleva la división de competencias entre un legislador sustantivo y uno adjetivo (p. 41). La cuestión trató de ser salvada como parte del paquete de leyes de implementación, pero el remedio llevó el asunto a un extremo desopilante. La ley 27.147 modificó el art. 71, CP para morigerar los alcances de la acción pública, delegándole al legislador local la fijación del reglamento de disponibilidad e incorporó al art. 59, CP, como nuevas causas de extinción de la acción, la aplicación de un criterio de oportunidad, la conciliación o reparación integral del perjuicio y el cumplimiento de las condiciones de la suspensión del proceso a prueba. De esta forma, la objeción trata de ser superada por vía de una delegación evidentemente prohibida, que genera numerosos inconvenientes, muy bien señalados en el texto que aquí se comenta (pp. 42 ss).

El análisis del autor continúa con el Libro Segundo de la Primera Parte, que contiene las disposiciones sobre la justicia penal y los sujetos procesales. Sobresalen aquí las regulaciones referentes a la organización judicial, especialmente el Capítulo 2 que se refiere a los órganos jurisdiccionales competentes. Se trata allí uno de los grandes avances de este nuevo código, en cuanto se instituye cierta horizontalidad de la judicatura penal. En efecto, se establecen, junto al tribunal de jurados, cuerpos judiciales según la función: garantía, juicio, revisión y ejecución. Esta división no está justificada, pero al menos rompe, nos dice PASTOR, con la estructura medieval de los juzgados actuales. Este cambio se ve seriamente afectado por la ley 21.146 que mantiene los cuerpos judiciales actuales. Así, no se entiende, entre otras cosas, por qué hay Cámaras de Casación y de Apelaciones si esos recursos fueron eliminados (pp. 52-53).

En lo referente a los sujetos procesales, la lupa del autor se centra en la víctima. Según PASTOR, ella es el gran protagonista de la nueva normativa, la dueña del código de 2014, pero es también su talón de Aquiles (p. 60). En primer lugar, critica que la nueva ley eleve sus apropiados derechos al rango inconcebible de principios y garantías fundamentales (art. 12) y que luego consagre directamente los "derechos fundamentales" de la víctima (arts. 78 a 81) (p. 38). Concederle tanta importancia, tantas prerrogativas, nos dice, es una exageración. Así, explica que ella no debería estar en el CPPN, o por lo menos no con ese nombre, puesto que autor y víctima son los personajes del código penal —específicamente, de la parte especial—, mas no del procesal, donde hay imputado y querellante, que pueden llegar a ser autor y víctima, o no. De esta forma, el tratamiento que la nueva ley le brinda al damnificado es contrario al principio de

inocencia, ya que hablar de víctima implica tratar y presentar necesariamente al imputado como culpable (p. 61).

El CPPN otorga distintos derechos a la víctima (art. 79). Entre estos, el más problemático es el de participar en el proceso como querellante, sobre todo teniendo en cuenta el nuevo código contempla la figura del querellante autónomo para los procedimientos por delitos de acción pública. Se viola así la igualdad en el proceso y se olvida que en el escenario del proceso lo más importante es proteger al imputado frente a tratos y castigos inadecuados. En este sentido, una de las protecciones que el derecho procesal otorga es la de no ser perseguido por la presunta víctima, sino por un acusador público independiente y objetivo, y por nadie más. Si esto no se entiende, o no se comparte, y de todos modos se incorpora al supuesto ofendido como acusador, el fiscal debería apartarse, mas no deberían sumarse los acusadores. La decisión del legislador de mantener dos acusadores independientes y autónomos parece colocar al imputado en el peor de los terrenos posibles. Si además se tiene en cuenta que se aceptan acusadores particulares autónomos tanto públicos como privados y hasta querellantes que no son personas presuntamente damnificadas, la igualdad y la inocencia pregonadas son totalmente ilusorias. Es por esto que el autor decide caracterizar a esta nueva ley como el "(muy acusatorio) Código de la Víctima" (pp. 62-63 y 157-160).

La última parte del capítulo tercero hace referencia al derecho probatorio y a las medidas de coerción y cautelares. Allí PASTOR parece expresar que, más allá de pequeñas discrepancias y algún que otro error, la regulación del código sobre estos temas es, en su mayoría, acertada (pp. 77 ss).

El capítulo 4, por su parte, se encarga de la segunda parte del pódigo, que es la parte especial y es denominada *Procedimientos*. Esta parte está compuesta por cinco libros que contemplan el procedimiento ordinario, los especiales, las impugnaciones, la ejecución y los actos de las fuerzas armadas.

El procedimiento ordinario es analizado exhaustivamente y, más allá de ciertas críticas puntuales y algunas propuestas alternativas —especialmente en relación con lo referente al control jerárquico interno en casos de funcionarios públicos—, no merece mayores comentarios. Consiguientemente, el autor se concentra en los procedimientos especiales y en la regulación del sistema recursivo (pp. 103 ss).

En relación con los procedimientos especiales, PASTOR expresa que, a pesar de que sería más claro y seguro contar con un solo tipo de procedimiento, esto no es posible mientras existan figuras tan excéntricas como los delitos de acción privada (pp. 122-123).[12] Curiosamente, el nuevo código no regula el único procedimiento que quizás sería inevitable: el de menores. En cambio, nos ofrece seis procedimientos especiales: acción privada, abreviado (pleno, parcial y directo [voluntario y obligatorio]) y complejo. Al referirse a los procedimientos abreviados, el autor toma partido en una inabarcable discusión y postula que el juicio es una alternativa a las alternativas al juicio.[13] Al respecto, nos dice que si este proceder fuera realmente defendible se aplicaría a todos los casos. Mientras tanto, lo regulado implica aceptar resignadamente algo que está mal, pero limitado a casos leves (pp. 124-125). Aquí se centra una las principales críticas del autor al CPPN de 2014. De ese modo, PASTOR expresa que esta forma de justicia negociada convierte al enjuiciamiento penal en un *outlet* de condenaciones en rebajas a cambio de la confesión del imputado, lo que desmiente la caracterización del código como acusatorio (p. 126).

Por último, al tratar la sección denominada *Control de las decisiones judiciales*, el autor analiza las normas referentes a los recursos. Según el autor, las disposiciones generales son las típicas, pero se destacan, por su baja calidad, las normas sobre la impugnabilidad objetiva, la subjetiva y la motivación (p. 131 y 135-136). Por ejemplo, expesa que las resoluciones recurribles se encuentran mencionadas en el art. 309, pero, a su vez, las reglas sobre impugnabilidad subjetiva no sólo precisan los agravios y motivos de la impugnación, sino que además introducen otras resoluciones recurribles. Lo descuidado del trabajo, nos dice PASTOR, se observa, entre otras cosas, en el art. 305 inc. b, que establece que es recurrible la denegatoria de la *probation*. Pero si la suspensión del proceso a prueba está regulada como un acuerdo entre partes —y no como un derecho del imputado— (conf. art. 35), ¿qué significa esto? ¿es impugnable el rechazo del fiscal a la invitación del imputado? El legislador parece haber confundido aquí los dos modelos, las dos concepciones posibles sobre el instituto (p. 132).

[12] El autor considera que una política criminal decente debería abolir del código penal los delitos de acción privada puesto que se trata de hechos de nula gravedad, que no despiertan interés público alguno y que ya están atendidos en otras ramas del ordenamiento jurídico. Al respecto, ver PASTOR, "Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública", en *Tendencias*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, pp. 130 ss.

[13] El autor toma la expresión de TARUFFO, "Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos", en AA. VV., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 97 ss.

La técnica legislativa desprolija y confusa continúa, desde el punto de vista del autor, al regularse el recurso acusador. Éste es concedido, al parecer, por única vez, aunque la regulación no es precisa, por lo que podría traer muchísimos problemas (en este sentido, véase arts. 306, párr. 1, 306 inc. a, 308, 317). En lo que se refiere al recurso acusador contra una absolución, la situación no mejora (p. 134). A modo de ejemplo, en las reglas sobre reenvío, el art. 317 dispone que *"… si en el nuevo juicio se obtuviere una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna"*. PASTOR expresa que parece demasiado impedir que el Ministerio Público Fiscal pueda llevar su caso a juicio por el dictado de un sobreseimiento vuelto irrecurrible por ser el segundo, aunque, a su vez, aporta varias ventajas. También manifiesta que resulta objetable permitir un recurso acusador contra la segunda absolución.[14] Para él, el CPPN 2014 hizo la peor elección con la peor técnica, pues ya de entrada, o bien es correcto el recurso fiscal y no hay por qué limitarlo, o bien es incorrecto y no debe ser permitido ni una sola vez (p. 135).

También muy confusas aparentan ser las reglas sobre las sentencias de revisión. En primer lugar, PASTOR expresa que el art. 317, párr. 1, 1.ª oración pareciera brindar una orientación exacta al referir que *en todos los casos* los jueces de revisión deberán resolver sin reenvío. Sin embargo, agrega, al mirar las otras reglas involucradas, uno se da cuenta que lo que en realidad quiso decir el legislador fue que *de ser posible* se resolverá sin reenvío. Esto es lo que tenía en mente al prescribir, como nueva causa de apartamiento (art. 317, párr. 2, 2ª oración), que, si el reenvío es inevitable, en el segundo juicio no podrán intervenir los jueces del primero. A su vez, tenemos el art. 316, párr. 2, que pareciera establecer sólo tres supuestos donde no debe haber reenvío. El reenvío es, entonces, regla general (art. 316, párr. 2), excepción (art. 317, párr. 1, 2ª oración) e instituto prohibido (art. 317, párr. 1, 1ª oración) (p. 140). Por lo demás, resulta extraño aquí que PASTOR no sostenga de manera contundente la aplicación del principio de descalificación procesal del Estado, y sus respectivas consecuencias, como sí lo ha hecho anteriormente.[15]

Finalmente, en el último capítulo, el profesor resume los comentarios realizados, explica el porqué de su análisis y nos advierte que se puede discutir mucho, e incluso lograr el mejor sistema posible, pero que esto no implicará que se acaben los problemas. Un sistema penal, nos dice,

[14] Vid. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2.ª ed., 1996, p. 705 ss.; D'ALBORA, "Facultades recursivas del acusador en los sistemas procesales estadounidense y argentino: el límite de la doble persecución penal", *CDJP*, Casación, nº 2, pp. 567 ss. Con una visión distinta, PASTOR, "¿Nuevas tareas para el principio 'ne bis in ídem'?", *Tendencias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 119 ss.
[15] PASTOR, *supra* nota 14, pp. 119 ss.

podrá funcionar correctamente si y sólo si se lo permite la sociedad a la que pertenece. Mientras no sean revertidas las prácticas imperantes —que en Argentina se caracterizan por la distorsión, la falsificación y la ilegalidad—, será muy difícil contar con procesos penales de buena calidad (pp. 153-154).

En síntesis, puede decirse que, en *Lineamientos del Nuevo Código Procesal Penal*, PASTOR cumple acabadamente con el objetivo que se propone. Aquel anhelo principal de contribuir al despertar de la ciencia del derecho procesal penal argentina se cumple con creces. Si bien no se trata de un estudio profundizado, su pluma destaca claramente los aciertos, pone de manifiesto —muchas veces con demasiada efusividad— los errores y olvidos y, por sobre todas las cosas, contribuye a fortalecer el debate sobre una materia tan importante en un Estado democrático, como es aquella que consiste en el análisis del comportamiento del poder penal.

"DELITO DE ESTAFA" DE ESTEBAN RIGHI

María Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO*

Fecha de recepción: 3 de mayo de 2016
Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2016

RIGHI, Esteban, *Delito de estafa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, 352 pp.

De la colección "Delitos de competencia federal, penal económico y tributario",[1] el volumen a cargo de Esteban RIGHI tiene como objeto el análisis del delito de estafa.[2] Esta obra, publicada recientemente, se enfoca de modo específico en los problemas de interpretación y aplicación que genera el tipo penal previsto en el art. 172, CP.[3] En este sentido, sintéticamente, el autor se encarga de examinar el tipo básico de estafa, precisar sus elementos tanto objetivos como subjetivos, y definir cuál es el bien jurídico protegido por la norma que prohíbe defraudar (capítulos II a V). A su vez, se ocupa de las cuestiones concernientes a la autoría y la participación criminal en esta clase de delitos, los grados de realización del tipo bajo estudio y las razones de su punibilidad (capítulos VI a VIII). En otro apartado, el autor hace referencia a la relación que guarda este delito con otras figuras del código penal, especialmente, con los tipos penales de

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura "Elementos de derecho penal y procesal penal", cátedra del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo A. Sancinetti (UBA). Profesora adjunta interina en la asignatura "Derecho penal I", Instituto Superior de Seguridad Pública (ISSP). Contacto: belenrodriguezmancenido@gmail.com.

[1] La colección es publicada bajo la dirección de Enrique BACIGALUPO y Estaban RIGHI y la coordinación de Fernando CÓRDOBA.

[2] El autor ya se había aproximado a los problemas propios de la dogmática de la estafa hace aproximadamente cuarenta años, como lo indica al inicio de su libro. RIGHI relata en esta oportunidad los interrogantes a los que se ha venido enfrentando desde entonces y que habrá de abordar nuevamente: qué debe entenderse por engaño, cómo distinguirlo de las simples mentiras habitualmente utilizadas en el comercio, cómo explicar la relación causal entre el comportamiento del sujeto activo y el error de la víctima y el nexo entre ese error y el perjuicio que es consecuencia de la disposición patrimonial de aquélla. Anteriormente, estos problemas fueron analizados en una obra que el autor ha publicado bajo el título: "Fraude", en *Tentativa, legítima defensa, fraude*, México D.F., Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1976, en la que examinó el delito de fraude vigente en el ordenamiento jurídico mexicano de aquella época. En este libro, en cambio, el análisis se limita a las reglas existentes en el derecho penal argentino.

[3] RIGHI, *Delito de estafa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 10.

hurto[4] y extorsión (capítulo IX). Por último, no descuida el estudio de aquellos tipos contenidos en los arts. 173 y 174, CP, conocidos como casos especiales de estafa y agravantes de la figura básica (capítulos X y XI).

En este marco, el texto no resulta original pues estas cuestiones son las corrientemente discutidas en la doctrina penal, y así lo han venido haciendo diferentes autores especializados en la parte especial del derecho penal, entre ellos, quienes se han encargado de comentar con cierto grado de profundidad el código penal de la nación.[5] No obstante, al adentrarse en el texto, el lector podrá advertir el aporte del trabajo. Este último consiste en el tratamiento de todos los puntos problemáticos de la materia, tanto los usuales como los que surgen de la actual redacción del tipo penal y de la aparición de nuevas figuras o casos especiales de estafa,[6] repasando las opiniones tradicionales e introduciendo tesis novedosas de autores contemporáneos.[7] Entonces, la

[4] Es de suma relevancia, por las discusiones que se mantienen hasta el día de hoy y que quedaron plasmadas en diferentes precedentes de nuestros tribunales, las razones que se pensaron para distinguir los casos de estafa de los de hurto. RIGHI entiende que "la disposición patrimonial es lo que permite diferenciar la estafa del hurto". RIGHI, *supra* nota 3, p. 119. Además, "Hay estafa cuando el sujeto pasivo consiente la disposición patrimonial en virtud de un engaño, y hurto cuando el engaño no va dirigido a inducir un acto de disposición, pues no es otra cosa que un medio adecuado para facilitar el apoderamiento". RIGHI, *supra* nota 3, p. 119. Con cita a DONNA, *Derecho penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. II-B, p. 317. "En la estafa, es la víctima la que realiza el acto de disposición cuando por haber sido engañada por el autor, entrega la cosa como consecuencia de que padece un error, es decir, que tiene la voluntad viciada" RIGHI, *supra* nota 3, p. 179. Con cita a MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 568.
Respecto a precedentes en los que se discute la distinción entre estafa y hurto: CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL CORRECCIONAL, Sala I, "Díaz Ledo", 4 de octubre de 1995, JA, 1996-I-555; CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL CORRECCIONAL, Sala I, "Romero", c. 26.497, 17 de agosto de 2005; CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL CORRECCIONAL, en pleno, "Ruzzolini", 11 de julio de 1961; CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL CORRECCIONAL, Sala I, "F.K. M", 9 de junio de 2010, LL,2010-D-142, entre muchos otros.

[5] Entre los que se puede mencionar, a modo de ejemplo: BUOMPADRE, en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t.7, Buenos Aires, Hammurabi, 2009; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 7.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007; D´ALESSIO (dir.), *Código Penal comentado y anotado*. Parte Especial, La Ley, Buenos aires, 2006; DONNA, *supra* nota 4; FINZI, *La estafa y otros fraudes*, Buenos Aires, Depalma, 1961; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16.ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2002; NUÑEZ, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, t. III, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1976, 1989, t. IV, t. V; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, 2.ª reimpresión, Buenos Aires, Tea, 1953.

[6] Véase al respecto, por ejemplo, el inc. 15 del art. 173 del CP que contempla la estafa mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito o el uso no autorizado de sus datos (incorporado por el art. 1.° de la Ley N.° 25.930 B.O. 21/9/2004) y el inc. 16 de la misma norma que prevé el fraude a través de cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos (incorporado por el art. 9° de la Ley N.° 26.388 B.O. 25/6/2008).

[7] Basta revisar las citas de la obra para notar que el autor considera las posturas de los autores clásicos y la de textos más nuevos que son relevantes en la materia. Entre ellos, los de KINDHÄUSER y PAWLIK a cuyas tesis el autor hace especial referencia en varias ocasiones en su obra en que explica sus principales ideas. Ver particularmente: RIGHI, *supra* nota 3, p. 49, 55 s., 59 s., 85 s., 96 s., 124 s., 159 s.

ventaja de este libro, en comparación con otras obras ya clásicas, radica en la actualización de los contenidos y el esfuerzo por abarcar con intención de exhaustividad cada asunto que resulta controvertido al momento de aplicar la norma aludida a un caso concreto, sin perjuicio de que la mayoría de las veces su abordaje resulte demasiado sucinto en razón de la magnitud de la tarea emprendida.

Sumado a lo anterior, se deben destacar las valiosas y diversas referencias que aparecen en la obra, entre ellas, no sólo a quienes se ocuparon de estudiar la parte especial del derecho penal sino a importantísimos autores de la parte general, cuyos puntos de vista acerca de ciertas cuestiones dogmáticas tienen una gran incidencia en el análisis del delito de estafa.[8] De la misma manera, la obra se luce por el empleo de un gran número de ejemplos y referencias a casos de tribunales argentinos y de otros países, particularmente de España y Alemania, con el fin de explicar cada ámbito de estudio y de dar solución a las discusiones generadas, lo que resulta sumamente ilustrativo y útil para el lector.

En cuanto a la estructura y al contenido del libro en sí, pese a estar dedicado exclusivamente al estudio sistemático del tipo penal de estafa, tal y como está redactado hoy en día en el derecho penal argentino, la obra se inicia con una muy breve descripción de los antecedentes legislativos nacionales y provenientes del derecho romano, francés, italiano, alemán y español (Capítulo I). En esta primera sección, RIGHI llega a la conclusión de que el sistema adoptado por el código vigente es confuso "pues tanto el capítulo como la descripción de la estafa [...] ponen de manifiesto que responden a la idea de que la defraudación es una expresión genérica, dentro de la

[8] En la obra podrán encontrarse citas referidas a los trabajos de FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid, Marcial Pons, 2004; FRISTER, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995; JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Granada, Comares, 1993; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Granada, Comares, 2002; KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid, Marcial Pons, 2006 y "El dolo eventual en la estructura del delito", en *Estudios de derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2013; KINDHÄUSER, "Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa", en *La estafa como autoría mediata tipificada*, Santa Fe de Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2002 (entre otras); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *supra* nota 4; PASTOR MUÑOZ "Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de la estafa", en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, Santa Fé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, t.I; STRATENWETH, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005; WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1993; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, entre varios otros.

cual está comprendida la estafa".[9] En efecto, sostiene que "estafar no sería otra cosa que defraudar de una manera determinada".[10]

Sin embargo, el autor no desarrolla aquí por completo la crítica, es decir, no explica en qué reside en definitiva esa "confusión" que genera la regulación actual. Para comprender a qué está haciendo referencia RIGHI habría que remitirse a lo que Soler ha expuesto al respecto. Así, este último manifiesta que la palabra defraudación "sólo designa genéricamente el bien jurídico tutelado y un cierto modo de lesionarlo",[11] es decir, que aquélla "no es una figura delictiva, [pues] con esa expresión se designa a toda lesión patrimonial producida con fraude"[12] por lo que abarca diferentes tipos penales. En síntesis, defraudación "es solamente la denominación genérica de una serie de tipos",[13] entre ellos, la estafa —cuya figura básica debe ser considerada la del art 172, CP— y el abuso de confianza. Así, el art. 173, CP ha mezclado figuras de una y otra clase, cuya naturaleza es necesario fijar en cada caso. Asimismo, ha receptado otras que se diferencian de esas dos categorías y se asemejan al hurto, como el caso del hurto impropio previsto en el inc. 5. En efecto, la agrupación realizada por el codificador es poco clara y más que servir para orientar ha dejado de ser útil[14] por la confusión que crea.

Por lo expuesto, la objeción de RIGHI, si bien estaría sustentada, no aparece del todo definida ya que no expresa de manera acabada las razones de su afirmación y obliga al lector a remitirse a otras obras que se citan en las notas al pie de página para dilucidarlo. Es recién hacia el final de la obra que el autor retoma el tema y alude de manera crítica a estas diferentes modalidades delictivas que responden a estructuras típicas diversas pero que son tratadas en un mismo capítulo en nuestro código penal. Sobre el punto RIGHI entiende que la técnica legislativa utilizada por nuestro codificador resulta censurable, ya que: "I) agrupó bajo la denominación común de *casos especiales de defraudación*, un conjunto de hechos punibles de distinta naturaleza, y II) utilizó varios incisos del art. 173, CP para describir casos especiales de estafa que no presentan diferencias con lo previsto en el art. 172, CP, lo que genera (…) problemas de interpretación".[15] Agrega que el problema apuntado se verifica cuando es posible constatar que algunos de los supuestos de hecho

[9] RIGHI, *supra* nota 3, p. 36.
[10] Ibid. Con cita a SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, 2.ª reimpresión, Buenos Aires, Tea, 1953, p. 276.
[11] SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, 9.ª reimpresión, Buenos Aires, Tea, 1988, p. 342.
[12] SOLER, *supra* nota 10, p. 338.
[13] SOLER, *supra* nota 10, p. 339.
[14] Cfr. SOLER, *supra* nota 10, p. 344.
[15] RIGHI, *supra* nota 3, p. 196.

típicos previstos en el art. 173, CP modifican el esquema del tipo objetivo del art. 172 del mismo código, o sea, que no responden a esa fórmula genérica, por lo que recomienda su eliminación.[16] De la misma manera propone como una posible modificación del sistema vigente, la supresión de la casuística que contiene el art. 172, CP como las referencias al "nombre supuesto, calidad simulada, etc" e indica que sería preferible distinguir la estafa de aquellas otras normas que prevén defraudaciones que responden a un esquema distinto como ocurre con los incs. 2, 4, 5, 7, 11, 12, 13, 14 del art. 173, CP.[17] Esta es en fin la solución que el autor propone para superar la confusa redacción de estas normas, que consiste en la reforma o modificación de la legislación existente, opción que resulta lógica para la crítica planteada.

Más allá de esta observación, seguidamente y tan sólo a modo de ejemplo, se expondrán algunos de los debates interpretativos que se han generado con relación al delito examinado y que RIGHI aborda en su obra. Así, al analizar en detalle el tipo objetivo el autor se ocupa de estudiar inicialmente en qué consiste el ardid o engaño típico y la exigencia de la idoneidad —menciona al respecto los diferentes criterios para definirla— y las pautas para su imputación. En cuanto al primer elemento, afirma que el "ardid o engaño" son conceptos que no son equivalentes y que se utilizan en nuestro derecho para aludir al comportamiento del autor.[18] En lo relativo a la expresión *ardid*, vinculada con la doctrina francesa de la *mise en scéne,* explica que esta concepción conduce a una idea acotada de estafa que la define como un "astuto despliegue de medios engañosos" que el autor utiliza para hacer aparecer a los ojos de la víctima una situación falsa como verdadera. En efecto, este punto de vista incluye la exigencia de un "despliegue intencional de alguna actividad" o maniobra externa, lo que tiene como consecuencia la insuficiencia y consiguiente atipicidad de todo engaño verbal.[19] RIGHI no comparte esta idea de la necesidad de que el autor realice actos externos de esta naturaleza para configurar un caso de estafa, siendo suficiente para él que el sujeto activo presente a la víctima una *falsa representación de la realidad*, aunque la exprese verbalmente.[20] Así, da a conocer la doctrina que considera correcta y para él es la que define al engaño como una falsa representación de la realidad: "el engaño sólo requiere que el autor informe falsamente a la víctima sobre hechos relevantes, para que adopte una decisión patrimonial aparentemente libre, pero que en realidad está afectada por un error, generado por

[16] RIGHI, *supra* nota 3, p. 198. Como la estafa de seguros, el fraude informático o la estafa de crédito.
[17] Cfr. Ibid.
[18] Cfr. RIGHI, *supra* nota 3, p. 72.
[19] Cfr. Ibid. Con cita a DONNA, *supra* nota 4, p. 273 y otros.
[20] Ibid.

una lesión de un deber de información, consistente en ocultar lo verdadero, o presentar como verdadero lo que en realidad es falso".[21]

En esta cuestión RIGHI opta por la segunda visión acerca de cómo debe entenderse el comportamiento del autor, menciona precedentes que la siguen en el derecho argentino pero no aclara suficientemente por qué prefiere tal postura, es decir, no manifiesta en concreto los motivos de su elección. Algunos de los fundamentos por los que el autor llega a tal conclusión podrían inferirse del hecho de que en caso de que se adoptase la primera concepción serían menos los supuestos que podrían subsumirse en el tipo, resultado que parece no desear pues refiere al modo en que esa postura "acota la tipicidad".[22] Así, consideraría contraintuitiva la laguna de punibilidad que se generaría al quedar fuera del encuadre jurídico las conductas que no se lleven a cabo mediante el empleo de maniobras externas, artificios materiales o despliegues aparatosos.[23] En segundo lugar, no existirían inconvenientes para seguir la noción más amplia porque el propio artículo de la ley contempla expresamente la posibilidad de abarcar engaños efectuados a través de enunciados verbales al utilizar la palabra "engaño" en su redacción y no solamente la noción de "ardid". En efecto, estos motivos podrían desprenderse de la exposición de RIGHI como una posible explicación de su elección.

De la misma manera, en lo que hace a la idoneidad del engaño el autor señala que la tesis negativa, según la cual se "considera suficiente para apreciar que existió un engaño típico que haya producido el error de la víctima",[24] es el criterio preferible para su determinación. RIGHI aquí tampoco da las razones de por qué ese juicio es mejor que los otros presentados y simplemente hace uso del recurso a una cita de autoridad para sustentar su postura.[25] Sólo puede encontrarse como parámetro de su rechazo a otros criterios, en el caso, al criterio objetivo —según el cual se admite la tipicidad cuando un observador imparcial, colocado en la posición del autor en el momento del hecho, considere objetivamente previsible que de la conducta engañosa debe derivar

[21] RIGHI, *supra* nota 3, p. 73.
[22] Cfr. RIGHI, *supra* nota 3, p. 72.
[23] Según la terminología utilizada en RIGHI, *supra* nota 22.
[24] RIGHI, *supra* nota 3, p. 83. Aquí se concluye que "todo engaño que haya provocado el error debe ser entendido como relevante para el delito de estafa". Con cita a FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, t. VI, p. 44.
[25] Nótese al respecto que el autor indica que su criterio es el adoptado también por FINZI, NÚÑEZ, FONTÁN BALLESTRA, entre otros, p. 83.

el acto de disposición realizado por error—,[26] la circunstancia de que lo considera errático, impredecible.[27]

En lo que hace ya al aspecto subjetivo, el autor de la obra ofrece una argumentación sólida para sostener, de forma contraria a la opinión dominante, la posibilidad de que la estafa pueda ser cometida con dolo eventual.[28] En este sentido, RIGHI presenta inicialmente las posturas tradicionales y otras de autores contemporáneos que coinciden en que la estafa necesariamente exige dolo directo y la concurrencia de un especial elemento subjetivo distinto del dolo, el "ánimo de lucro".[29] A continuación, objeta este criterio y, a su vez, expone el suyo: "(…) la exigencia de que concurra un elemento subjetivo como el propósito de lucro, no necesariamente descarta la posibilidad de que una estafa pueda ser cometida con dolo eventual".[30] Igualmente, afirma que "no es acertado deducir de la estructura del tipo de estafa que sea un delito que no pueda ser realizado con dolo eventual, modalidad que ni es incompatible con la formulación de un engaño, ni con la finalidad especial de obtener un lucro indebido". Estos pensamientos concluyentes los desarrolla desde la perspectiva de la teoría *de la voluntad* y *la representación* y a través del ejemplo del "*marchand*"[31] de manera que entiende que el autor de la estafa pudo haberse representado que el acto de disposición consecuencia de su engaño generaba al sujeto pasivo un perjuicio que no era improbable o bien, aquél habría permanecido indiferente ante ese resultado probable.[32] Por último, para reforzar su posición enseña que "a diferencia de lo que ocurre en nuestro medio, en

[26] RIGHI, *supra* nota 3, p. 80 s., con cita a PÉREZ MANZANO, "Acerca de la imputación objetiva de la estafa", en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año II, 1993, n.° 1-2, p. 247.

[27] Sobre el punto RIGHI sólo dice que "la búsqueda de criterios objetivos conduce a criterios erráticos", lo que grafica con la sentencia de la CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VI, en "Matzkin", 13 de septiembre de 2002.

[28] Cfr. RIGHI, *supra* nota 3, p. 151 s.

[29] Cfr. RIGHI, *supra* nota 3, p. 148 s.

[30] RIGHI, *supra* nota 3, p. 156. Con cita a PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el Abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 585 s.

[31] El caso trata de una persona que vende un cuadro asegurando al comprador que se trata de una pintura original, cuando en realidad duda sobre su autenticidad. RIGHI ya había entendido en una obra anterior que este es un supuesto de estafa cometida con dolo eventual porque el vendedor del ejemplo considera que existe la posibilidad de que el cuadro sea falso, es decir, que también puede ocurrir que sea auténtico, lo eventual es la producción del resultado. Al respecto explica que para la teoría de la voluntad, lo decisivo es que al representarse esa alternativa, el autor venda el cuadro porque le da lo mismo, y al hacerlo tome a su cargo [asienta] el resultado eventual, lo que permite sostener que con su afirmación, el marchand quiere el resultado posible. Esta solución adecuada es aun más evidente desde la perspectiva de la teoría de la representación, pues define el dolo como conocimiento del tipo objetivo. Como la representación del resultado probable conlleva conocimiento, se debe considerar que el marchand obra con dolo eventual en el momento del hecho porque aprecia que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de su obrar, sino posible. Cfr. RIGHI, *supra* nota 3, p. 151 s. Con cita a RIGHI, *Derecho penal. Parte general*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 214 donde remite a KAUFMANN, *supra* nota 8, p. 185.

[32] Cfr. RIGHI *supra* nota 3, p. 156.

derecho comparado se admite que una estafa pueda ser cometida con dolo eventual",[33] mostrando la situación en el derecho español y alemán.

En resumen, el libro constituye una buena guía práctica y actualizada para quienes necesiten resolver alguno de los problemas que genera el tipo penal de estafa previsto en el art. 172, CP, así como sus casos especiales y agravantes de los arts. 173 y 174 del mismo código, pues el autor repasa el estado de la cuestión respecto de todos aquellos puntos que dieron lugar a debate. De esta forma, ilustra sobre las distintas posturas —clásicas y contemporáneas— acerca de estas discusiones y, a su vez, en varios puntos —algunos de los cuales fueron expuestos *supra*—, deja a salvo su opinión. Sin embargo, y como ya se señaló, la tarea es emprendida de modo quizá demasiado resumido y con una fundamentación que, en ocasiones, puede resultar insuficiente.

De este modo, el autor brinda una herramienta para la interpretación de la dogmática del delito de estafa sobre aquellos ámbitos que tienen trascendencia práctica, orienta al lector en la búsqueda de respuestas —pues a través de la abundante bibliografía citada allana el camino para quienes quieran realizar una reflexión más profunda de los temas— e invita a volver a pensar sobre ello como a considerar una posible reforma de la redacción legal del tipo penal examinado.

[33] RIGHI, *supra* nota 3, p. 153.

SEMINARIO "PREVENCIÓN E IMPUTACIÓN", GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN, 3 Y 4 DE MARZO DE 2016

Durante los días 3 y 4 de marzo de 2016 se realizó en la Georg-August-Universität Göttingen el seminario "Prevención e Imputación", organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) y por el Prof. Dr. Daniel PASTOR. Dicho seminario tuvo como punto de partida las discusiones que se llevaron a cabo en el año 2014 en diversos números de la revista *Strafverteidiger* (StV), en el marco del proyecto denominado *StV-Ringspublikationsprojekt „Prävention und Zurechnung – Präventionsorientierte Zurechnung?"* (StV-Proyecto Ronda de Publicaciones "Prevención e imputación – ¿Imputación orientada a la prevención?"). En particular, se discutió el problema de si la prevención, como justificación del castigo estatal dominante al menos en la tradición continental, debe guiar la imputación jurídico penal y, en caso de respuesta afirmativa, en qué medida.

El objetivo del seminario fue la presentación de las investigaciones sobre el tema realizadas por distintos académicos, en su mayoría argentinos. En particular, quienes expusieron sus trabajos fueron Patricia ZIFFER, Fernando CÓRDOBA, Marcelo LERMAN, Guillermo ORCE, Eugenio SARRABAYROUSE, Marisa VÁZQUEZ, Daniel PASTOR, Luca MARAFIOTI y Marcelo SANCINETTI. Noelia T. NÚÑEZ fue la encargada de coordinar el evento y la moderación de las discusiones estuvo a cargo del Prof. Dr. Ezequiel MALARINO y del Prof. Dr. *h.c.* Kai AMBOS (Director Académico y Director General del CEDPAL, respectivamente). El evento contó con la participación especial del Prof. Dr. Ricardo ROBLES PLANAS. EN LETRA: DERECHO PENAL tuvo la oportunidad de participar en el seminario por medio de la presencia de su director, Leandro A. DIAS, y en los siguientes párrafos se ofrecerá una crónica de las diferentes ponencias presentadas.

En el primer día de seminario, abrió la ronda de ponencias la Prof. Dra. Patricia ZIFFER, por medio de una ponencia titulada "Concepto de pena y prevención", que tenía como objetivo someter a discusión algunos aspectos problemáticos del concepto de pena desde la perspectiva de

su integración con contenidos normativos de carácter preventivo. En particular, sostuvo que es inevitable que en el marco del derecho penal orientado a la prevención sea difusa la distinción entre penas y medidas de seguridad, pero eso no significa que no pueda realizarse tal diferenciación. Desde su perspectiva, a pesar de las superposiciones, una pena necesariamente tendrá que expresar una censura social, lo que resulta irrelevante en casos de injerencias sólo preventivas. A su vez, analizó críticamente tres problemas que se presentan en los sistemas de "doble vía", como la reincidencia, la libertad condicional y la prisión perpetua.

En segundo lugar, el Prof. Dr. Fernando CÓRDOBA expuso su trabajo "De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad", en el que analizó la vinculación entre una justificación preventiva del castigo y dos temas esenciales para el principio de culpabilidad: los criterios para decidir si corresponde formular un reproche de culpabilidad y aquellos para resolver sobre la magnitud y la gravedad de ese reproche de culpabilidad (y, consiguientemente, de la pena). En particular, se encargó de demostrar que el principio de que a nadie se le puede exigir más allá de sus capacidades individuales sólo rige de manera irrestricta en relación con las capacidades físicas e intelectuales del autor. En cambio, como se ha visto, no se extiende sobre la capacidad de motivación que queda regida por criterios de prevención. En otras palabras, la constitución individual del autor sólo se toma en consideración si ello no afecta la vigencia de las normas, y esto vale tanto para la pregunta por el "si" como para la pregunta por la "medida" de la culpabilidad.

Por su parte, el Dr. Marcelo LERMAN dedicó su ponencia "Análisis de los argumentos contra el llamado 'renacimiento' de la retribución" a dar cuenta del reciente debate entre justificaciones preventivas y retributivas de la pena. En particular, sostuvo que una teoría preventiva sin concesión alguna a la idea de retribución no tendría manera de asegurar la referencia de la sanción a un hecho pasado ni de garantizar un límite alguno a la medida de pena, más allá del que determine su pretendida utilidad. A su vez, se encargó de demostrar que al menos ciertas teorías de la retribución, como la de Michael PAWLIK, no sólo garantizan una referencia a un hecho previo, sino que además establecen un límite, al menos teórico, a la sanción. Esto las colocaría en una mejor situación que cualquier teoría orientada a la prevención, a pesar de los argumentos brindados recientemente por los defensores de esta última concepción.

En cuarto lugar, Guillermo ORCE, en su ponencia titulada "Pena social y responsabilidad individual. La inconsistencia de la inclusión de reglas de la prevención en la imputación", analizó la

incompatibilidad entre fines preventivos prospectivos y responsabilidad retrospectiva, a partir de un análisis económico del derecho penal. En particular, señaló que si se admite que prospectivamente la persona tiene que ser resocializada, debe admitirse entonces que retrospectivamente no estaba socializada y que, por tanto, no puede ser responsable retrospectivamente. Habría dos formas de salir de esta paradoja según el autor: justificar el castigo exclusivamente en fines preventivos, renunciando al principio del hecho y a la responsabilidad retrospectiva, o bien considerar que la persona es responsable (retrospectivamente) al menos por elegir mantenerse no socializado lo suficientemente como para evitar el hecho.

Cerró el primer día de seminario el Prof. Dr. Eugenio SARRABAYROUSE ("Prevención, imputación y teorías de la pena en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en los proyectos de reforma del Código penal") con una exposición por medio de la cual analizó las posturas de la Corte Suprema argentina en torno a las teorías de la pena, a los fines de derivar consecuencias para la prevención y la imputación. Su análisis reveló que en un sistema donde la ejecución de la pena está guiada por el principio de resocialización, ni la jurisprudencia ni la ley pueden desprenderse de pronósticos relacionados con el futuro de la persona que ha cometido un delito. Por esa razón, el autor sostuvo que quizá las teorías "mixtas" o de la "unión" continúen brindando una solución teórica más abarcadora de los fines que la pena cumple en los distintos momentos en que se la establece, se la mide y se la ejecuta.

El segundo día de seminario fue inaugurado por Marisa VÁZQUEZ con su ponencia titulada "Imputación fundada en la prevención especial positiva: ¿Criterio funcional a la selectividad del sistema penal?". La hipótesis defendida por la autora fue la de que una teoría que hiciera depender de manera necesaria la imputación objetiva del fin de prevención especial positiva de la pena proporcionaría un criterio apto para legitimar la selectividad del sistema penal. Tal legitimación tendría lugar, fundamentalmente, en la etapa judicial de la criminalización secundaria, que es cuando se analiza con detalle la imputación a la luz de las normas y de los principios jurídicos. En particular, sostuvo que la propuesta de hacer depender la imputación objetiva del fin de prevención especial positiva serviría para punir autores de hechos burdos cometidos con medios toscos, que estarían necesitados de socialización, y deslegitimaría, a su turno, la imposición de penas a los autores de delitos de cuello blanco.

En segundo término, el Prof. Dr. Daniel PASTOR ("La suerte de la teoría de la pena en la imputación procesal") ofreció su perspectiva respecto de la posibilidad de que la teoría de la pena

pueda influir en el derecho procesal penal. Sobre el tema, señaló que el desarrollo de una visión completamente integral, que conecte la teoría de la pena con cada rincón del procedimiento judicial previsto para aplicarla de modo válido —si corresponde y bajo el método correspondiente—, no es admisible, salvo, parcialmente, en las dimensiones del proceso en las cuales las apreciaciones de ese tipo están llamadas a ocupar la escena. Sin embargo, señaló que los fines de la pena tendrían una función que cumplir también en este aspecto: un instituto procesal podría ser invalidado con la mirada puesta en su contrariedad con la teoría de la pena a cuyo servicio está el proceso penal en su modo de subordinación a los fines de todo el sistema punitivo. Como ejemplo de esto último señaló los supuestos de delación premiada, en los que siempre subsisten en toda su intensidad las necesidades de penar al delator desde todas las perspectivas que dominan la justificación del castigo.

Las exposiciones continuaron con la ponencia del Prof. Dr. Luca MARAFIOTI, titulada "Proceso penal preventivo desde la perspectiva italiana", en la que partió de considerar que las finalidades preventivo-especiales sólo pueden encontrar una correcta aplicación por medio de verdaderas alternativas al proceso penal. Uno de los tantos problemas de esta premisa es que en ninguno de estos mecanismos alternativos a las directrices garantistas —de derecho o de hecho— presentan patrones aceptables. En ese sentido, la maximización de la finalidad de prevención social positiva debería pagarse siempre con un déficit cognitivo y garantista (menos prueba y menos garantía). Así, se presentan atajos que el ministerio público, las partes y el juez pueden utilizar para conseguir un resultado que, en términos de afirmación de responsabilidad, tal vez no podrían obtenerse por medio de los mecanismos ordinarios. El autor concluyó, entonces, que la justicia preventivo-especial da lugar a la inutilidad y/o nocividad de las estructuras tradicionales del proceso por medio de la supremacía de la acusación, la inexistencia de la defensa y el rol anómalo del juez.

A modo de cierre del seminario, el Prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo SANCINETTI ("¿Está influida la teoría de la imputación por las teorías de la pena?") presentó la tesis de que las soluciones propias de la teoría de la imputación no dependen *en absoluto* de la forma de legitimación del castigo estatal. Sí dependerían de argumentos de filosofía moral sobre, por ejemplo, qué estaría bien penar. Empero, las respuestas a interrogantes tan generales como los relacionados con la teoría de pena guardan poca relación con la solución de temas puntuales de la teoría del hecho punible. Para corroborar su hipótesis, presentó tres grupos de problemas puntuales sobre dolo, incremento de

riesgo y accesoriedad de la participación cuya solución no dependería de la posición teórica que se asuma respecto de la justificación del castigo.

Las ponencias presentadas, y eventualmente modificadas a partir del debate que tuvo lugar durante el seminario, serán publicadas en su conjunto por el CEDPAL bajo el título "Pena, Prevención e Imputación". También formarán parte de este libro las ponencias enviadas por otros académicos, como José Milton PERALTA y Gabriel Pérez BARBERÁ, quienes por diversos motivos no pudieron viajar a la ciudad de Göttingen para participar del seminario.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistematicidad y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración y/o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del/de los autor/es. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (de ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de "(ed.)" y, si es compilador, de "(comp.)". En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo "/", y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al*. (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis "(eds.)" y si son compiladores "(comps.)".

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van "entre comillas dobles". En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, "¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, "El desistimiento de la tentativa. La 'voluntariedad' como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal", en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, "New Court, Old Dogmatik", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los "autos" (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, "Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case", 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Sólo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el día 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, "'Umräumen von Möbeln' auf offener Bühne", en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, "§ 242", en S/S-StGB, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por éste. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquél y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

***

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que éstos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).

***

EN LETRA
DERECHO PENAL

Año I, N.º 2
Mayo de 2016

Director:
Leandro A. Dias

Secretaria de Redacción:
Carla Salvatori

Comité Editorial:
José R. Béguelin
Cindi Bertola
Antonella Donnes
Santiago Mollis
Juan Nascimbene
María Belén Rodríguez Manceñido
Paula Scianca Luxen

Consejo Académico:
Kai Ambos
María Laura Böhm
Alejandro Chehtman
Luis Chiesa
Luís Greco
Hernán Gullco
Máximo Langer
Marcelo D. Lerman
Marina Lostal Becerril
Ezequiel Malarino
Juan Pablo Montiel
Héctor Olásolo Alonso
Daniel Pastor
Gabriel Pérez Barberá
Marcelo A. Sancinetti
Eugenio Sarrabayrouse
Patricia Ziffer