EN LETRA

DERECHO PENAL

Año V, N.º 9
Nov de 2019
ISSN: 2469-0864

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

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

ISSN: 2469-0864

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

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Alberto Dias

La Pampa 2670, 2.º 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

Dirección

Leandro A. Dias (Universität Würzburg)

Subdirección

José R. Béguelin (UBA) Noelia T. Núñez (UBA/CEPDAL)

Secretaría de Redacción

Pablo Larsen (UTDT/UBA)

Editores

Antonella Donnes (UBA)

Mª. Belén Rodríguez Manceñido (UBA)

Ezequiel Jiménez (Middlesex University)

Carla Salvatori (UBA)

Santiago Mollis (Cornell University)

Thomas Wostry (Universität Düsseldorf)

Consejo Académico

Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen)

María Laura Böhm (UBA/DAAD)

Hernán Bouvier (UNC/CONICET)

Alejandro Chehtman (UTDT/CONICET)

Luis Chiesa (SUNY Buffalo Law School)

Fernando J. Córdoba (UBA)

Marcelo Ferrante (UTDT)

George P. Fletcher (Columbia Law School)

Luís Greco (Humboldt-Universität zu Berlin)

Hernán Gullco (UTDT)

Alejandro Kiss (The Hague University)

Máximo Langer (UCLA)

Marcelo D. Lerman (UBA)

Marina Lostal Becerril (The Hague University)

Ezequiel Malarino (UDESA/CONICET)

María Laura Manrique (CONICET)

Juan Pablo Montiel (CRIMINT)

Héctor Olásolo Alonso (URosario)

Daniel Pastor (UBA)

Gabriel Pérez Barberá (UNC)

Marcelo A. Sancinetti (UBA)

Eugenio Sarrabayrouse (UBA)

Alejandra Verde (UNC/UTDT)

Patricia Ziffer (UBA)

EN LETRA
DERECHO PENAL

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

***

Tres declaraciones y garantías:

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

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

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

Índice

EDITORIAL

COLUMNAS DE OPINIÓN

El asesinato de Soleimani como prueba de fuego para el derecho internacional, Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, 1

ARTÍCULOS

El delito de homicidio en riña, Paola A. Dropulich, LL.M., 9

La no tan sana crítica racional, Dr. Diego Del Vecchi, 40

Los tipos penales y los elementos de referencia concretizante, José R. Béguelin, 56

Cuestiones problemáticas de la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino, Dr. Juan Pablo Montiel, 78

Liberalismo y retribucionismo, Tomás Fernández Fiks, LL.M., 103

TRADUCCIONES

#MeToo ¿Implicancias para el derecho penal?, Prof. Dra. Tatjana Hörnle, 144

Derecho penal nacionalsocialista: Continuidad y radicalización, Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, 168

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

"Justice Digitale" de Larapon y Lassègue, Prof. Dra. Emanuela Fronza, 181

"La receptación como delito contra el mercado formal" de Alejandra C. Verde, Maximiliano Vargas, 193

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL

COLUMNS

Soleimani's Killing, a Test for International Law, Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, 1

ARTICLES

The Crime of 'homicidio en riña', Paola A. Dropulich, LL.M., 9

Not so Sound Rational Criticism, Dr. Diego Del Vecchi, 40

Offenses and Specific Concretizing Elements, José R. Béguelin, 56

Problematic Issues of the Succession of Criminal Liability of Legal Persons in Argentine Law, Dr. Juan Pablo Montiel, 78

Liberalism and Retributionism, Tomás Fernández Fiks, LL.M., 103

TRANSLATIONS

#MeToo - Implications for Criminal Law, Prof. Dra. Tatjana Hörnle, 144

NS Criminal Law: Continuity and Radicalization, Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, 168

BOOK REVIEWS

'Justice Digitale' by Larapon and Lassègue, Prof. Dra. Emanuela Fronza, 181

'La receptación como delito contra el mercado formal' by Alejandra C. Verde, Maximiliano Vargas, 193

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

Editorial

En este nuevo número de En Letra: Derecho Penal hemos decidido volver a un formato de lectura más ágil de la revista: secciones más cortas y menos cargadas de contenido. Esto tiene fundamentalmente dos razones. La primera se vincula con que, por razones prácticas, los últimos números habían sido muy difíciles de leer: una revista digital que llegó a rondar las cuatrocientas páginas, como si se tratase de un libro colectivo. Si bien esto nos permitía publicar una gran cantidad de contenido, complicaba la difusión, descarga y lectura, lo que perjudicaba a quienes deseaban leer la revista. La segunda razón está relacionada con los autores y las autoras: al publicar números tan largos y con tanto, sus contribuciones quedaban diluidas. Es decir, se perdía visibilidad y los aportes individuales terminaban disueltos en un mar de contenido difícil de manejar. Por esas razones hemos decidido retomar el estilo de los primeros números, con menos contribuciones y mayor énfasis en los artículos sometidos a referato doble ciego. Esperamos que este retorno a los orígenes sea de agrado de los lectores.

En cuanto al número en sí, el Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos (Göttingen Universität) nos presenta una columna de opinión sobre un tema por demás polémico: la muerte de Qassem Soleimani a manos del gobierno de Estados Unidos. Inmediatamente después comienza el clásico segmento de artículos científicos con referato doble ciego, con un artículo de la Mag. Paola Dropulich (UBA) sobre la interpretación constitucionalmente admisible del delito de homicidio en riña. A continuación, el Dr. Diego del Vecchi (Universitat de Girona) brinda una crítica contundente al concepto de "sana crítica racional", tan utilizado en el derecho procesal iberoamericano. El tercer artículo, a cargo de José R. Béguelin (UBA), se aleja del derecho procesal para delinear un problema de interpretación de los tipos penales que muchas veces es pasado por alto: los elementos de referencia concretizante. En el cuarto artículo, el Dr. Juan Pablo Montiel analiza los problemas que genera la sucesión de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema argentino de atribución de responsabilidad penal. Finalmente, el Mag. Tomás Fernández Fiks (Universidad Nacional de Mar del Plata) retoma un tema clásico en materia de justificación del castigo estatal, como es la relación entre retribución y liberalismo, en especial a partir de la obra de Carlos Nino.

La revista cierra con otras dos secciones clásicas. La primera es la de traducciones, en la que desde En Letra: Derecho Penal intentamos compartir discusiones importantes para la ciencia jurídico-penal que previamente no habían aparecido en idioma español. En este caso, a partir de un trabajo de la Prof. Dra. Tatjana Hörnle (Humboldt-Universität zu Berlin) sobre la relación entre el movimiento #MeToo y el derecho penal, y otro del Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos (Göttingen

Universität) sobre el derecho penal nacionalsocialista. La segunda sección es la de recensiones. Allí, la Prof. Dra. Emanuela Fronza (Università di Bologna) analiza uno de los libros más recientes y de mayor impacto sobre justicia digital, mientras que Maximiliano Vargas (Universidad Nacional de Córdoba) brinda una recensión de la reciente tesis doctoral de la Dra. Alejandra Cecilia Verde sobre el delito de receptación.

Esperamos que puedan disfrutar de este nuevo número de En Letra: Derecho Penal y serán bienvenidos los comentarios que deseen hacernos a nuestra casilla de correo electrónico: enletrapenal@enletra.com.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 9, pp. 1-8.

Columnas

EL ASESINATO DE SOLEIMANI COMO PRUEBA DE FUEGO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL

Prof. Dr. Dr. *h.c.* Kai AMBOS*

La política de "asesinatos selectivos" de terroristas ha sido desautorizada ya desde hace tiempo por el derecho internacional. No obstante, los Estados Unidos la han extendido ahora a actores estatales. Con ello, se socavan aún más las aspiraciones de un orden jurídico internacional.

La verdadera novedad jurídica en el asesinato de Qassem Soleimani es que la estrategia norteamericana de "asesinatos selectivos" ("*targeted killings*") de "combatientes enemigos (terroristas)" pertenecientes a grupos no estatales (como Al Qaeda) —más allá de cualquier referencia a un conflicto armado específico— haya alcanzado a un alto funcionario estatal. Esto sienta un peligroso precedente que difumina aún más la ya difusa frontera entre guerra y paz, y vuelve a poner a prueba al derecho internacional como factor de un orden mundial, marginándolo aún más. El ataque en represalia de Irán del 8 de enero de 2019, con una justificación insostenible en términos del derecho internacional por parte del Ministro de Asuntos Exteriores iraní, es una primera consecuencia de esa marginación.

En principio, una posible justificación para el asesinato de Soleimani solo podría venir en consideración en virtud del derecho de legítima defensa (*ius ad bellum*) en el sentido del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, sobre todo porque el gobierno de los Estados Unidos invocó

* Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Comparado e Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen, Juez en el Tribunal Especial de Kosovo, en La Haya, y asesor (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia. Traducción al español del original en alemán: "*Die Tötung Soleimanis als Belastungsprobe für das Völkerrecht*", *FAZ-Einspruch,* del 8/1/2019 (con algunas referencias adicionales) a cargo de Pedro ROLDÁN VÁZQUEZ, LL.M Universität Leipzig; revisión a cargo de Gustavo URQUIZO, LL.M, doctorando y docente en la Georg-August-Universität Göttingen, y del autor. N. de T.: para una mayor comprensión se han traducido al español algunas citas originales en inglés.

este derecho y, por lo tanto, su conducta debe evaluarse en función de esto.[1] No obstante, a la luz de los hechos, tal justificación queda descartada por ausencia de un ataque armado al menos inminente (sobre esto, ver *infra* IV). Por lo demás, al momento del asesinato no había ningún conflicto armado (internacional o no internacional), por lo que también queda descartada una justificación según el derecho internacional humanitario (DIH) (*ius in bello*) (véanse más adelante I a III). En los comentarios de derecho internacional publicados hasta el momento,[2] esta posibilidad ni siquiera es discutida en profundidad, sino, a lo sumo, en relación con la política de asesinatos selectivos[3] o bien en el marco de una confusa descripción cronológica de los acontecimientos.[4]

I. Estados Unidos e Irán no estaban (todavía) en guerra cuando Soleimani fue asesinado

Una justificación del asesinato en virtud del derecho de los conflictos armados internacionales con el consecuente resultado de un reconocimiento del estatus de combatiente de Soleimani —lo cual lo convertiría en un objetivo militar legítimo— está fuera de discusión, porque tal conflicto entre los EE.UU. e Irán (todavía) no existía al momento del asesinato. Aunque el asesinato de un oficial militar de alto rango o de un funcionario del gobierno pueda considerarse como un acto de guerra y, por lo tanto, como el posible desencadenante de tal conflicto, este acto simultáneo no puede fundamentar retroactivamente un conflicto que aún no existía en el momento del asesinato.[5] La existencia de un conflicto de este tipo al momento del asesinato solo podría intentar justificarse por el hecho de que las hostilidades anteriores ya habían superado el umbral de un conflicto. Pero

[1] Véase CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America", 27 de junio de 1986, párr. 266 ["La Corte no está facultada para atribuir a los Estados opiniones jurídicas que no formulen ellos mismos"] (https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf).

[2] AUST, "Die Tötung von Qassem Soleimani", en *Verfassungsblog*, 5 de enero de 2020, Disponible en: https://verfassungsblog.de/die-toetung-von-qassem-soleimani/ [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020]; O'CONNELL, "The Killing of Soleimani and International Law", en *EJIL: Talk!*, 6 de enero de 2020, disponible en: https://www.ejiltalk.org/the-killing-of-soleimani-and-international-law/ [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020]; MILANOVIC, "The Soleimani Strike and Self-Defence Against an Imminent Armed Attack", en *EJIL: Talk!,* 7 de enero de 2020, disponible en: https://www.ejiltalk.org/the-soleimani-strike-and-self-defence-against-an-imminent-armed-attack/ [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[3] DWORKIN, "Soleimani Strike Marks a Novel Shift in Targeted Killing, Dangerous to the Global Order", en *Just Security*, 7 de enero de 2020, disponible en: https://www.justsecurity.org/67937/soleimani-strike-marks-a-novel-shift-in-targeted-killing-dangerous-to-the-global-order/ [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[4] GAUSEWEG, "Ist das Krieg?", en *Legal Tribunal Online*, 6 de enero de 2020, disponible en: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/soleimani-toetung-voelkerrecht-krieg-bewaffneter-konflikt-selbstverteidigung-iran-irak-usa/ [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[5] Así, no obstante, GAUSEWEG, *supra* nota 4.

esto no puede aceptarse, porque en este momento no puede asumirse una "intervención de las fuerzas armadas" ("*intervention of armed forces*") de ambos Estados, en el sentido de la posición autorizada del Comentario de la Cruz Roja Internacional sobre el art. 2 del Primer Convenio de Ginebra de 1949.[6] Además, en una de sus numerosas declaraciones, el presidente Trump explicó el ataque diciendo que se trataba de "detener una guerra" ("*to stop a war*"), lo cual en el contexto más bien significaba "evitar una guerra" y no "terminar una guerra (ya en curso)".[7] Sea como fuere, un conflicto armado internacional podría existir al menos con el contraataque iraní del 8/1/2020.[8]

II. La calificación de "terrorista" es una imputación política, no jurídica

Calificar a Soleimani como "terrorista" tampoco da lugar a un conflicto armado no internacional.[9] Esto ya por el hecho de que tales valoraciones son frecuentemente políticas y no están justificadas jurídicamente, por lo cual no pueden aparejar ninguna consecuencia legal. Además, dejar librado a los Estados o a sus gobiernos —no siempre legitimados democráticamente— el desencadenamiento de un conflicto armado (no internacional) como consecuencia de la clasificación, a menudo arbitraria, de ciertas personas políticamente impopulares como terroristas (para así poder deshacerse de estas personas bajo la invocación de las normas del derecho internacional de la guerra) abriría una preocupante puerta para el abuso de esa práctica.

Conforme al derecho internacional vigente, la existencia de un conflicto armado no internacional según la norma básica del art. 1, párr. 1, del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra —que desarrolla el art. 3 común a los Convenios de Ginebra— depende de si "en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes [u otros] grupos armados organizados" se producen confrontaciones militares de cierta intensidad y duración. Estos grupos armados deben estar organizados de manera similar a las fuerzas armadas del Estado, poseer una capacidad militar acorde y ejercer un control territorial. Si bien hoy

[6] COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, "Commentary of 2016. Article 2: Application of the Convention", disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/comment.xsp?action=opendocument&documentid=be2d518cf5de54eac1257f7d0036b518 [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[7] Citado según DWORKIN, *supra* nota 3.

[8] En ese sentido también MILANOVIC, "Iran Unlawfully Retaliates Against the United States, Violating Iraqi Sovereignty in the Process", en *EJIL: Talk!*, 8 de enero de 2020, disponible en: https://www.ejiltalk.org/iran-unlawfully-retaliates-against-the-united-states-violating-iraqi-sovereignty-in-the-process/ [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[9] No obstante, en ese sentido, GAUSEWEG, *supra* nota 4.

es aceptado que el control territorial del grupo armado ya no es un criterio indispensable, pues estos grupos usan tácticas de combate flexibles, el criterio del nexo territorial sí se mantiene.[10]

La doctrina estadounidense del combatiente enemigo (terrorista), desarrollada tras el 11 de septiembre de 2001 —como una especie de estado de guerra personal y omnipresente— y su consecuente política, ya mencionada al principio, de asesinatos selectivos de supuestos "combatientes (terroristas) enemigos" de grupos no estatales (sobre todo de Al Qaeda) —independiente de un nexo (territorial) con un conflicto armado—— debe rechazarse sobre todo por razones de principio del derecho internacional, las cuales ya han sido explicadas en otro lugar en relación con el asesinato de Osama Bin Laden.[11] Esta política, sin embargo, no es una invención del presidente Trump, sino que ya fue puesta en práctica por el presidente Bush Jr. y el presidente Obama, quien, no obstante, introdujo una restricción ("*policy restriction*") en 2013.[12] Según esta, los asesinatos fuera de las "hostilidades activas" ("*active hostilities*") solo estarían permitidos si la persona-objetivo representa una "amenaza continua e inminente" ("*continuing, imminent threat*"). Sea como fuere, incluso con esa restricción, tal política sigue siendo muy problemática desde el punto de vista del derecho internacional, porque conduce a un socavamiento de la prohibición del uso de la fuerza (Art. 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas) —derecho internacional imperativo (*ius cogens*)— y, en última instancia, a la supresión de los límites entre la guerra y la paz. La extensión de esa política a los funcionarios estatales, producida con el asesinato de Soleimani, debido a su (supuesto) involucramiento en actividades terroristas de actores no estatales, contribuye al desdibujamiento de los límites entre el uso legítimo e ilegítimo de la fuerza y establece un peligroso precedente con respecto a la función de instauración y mantenimiento de un orden global y la efectividad del derecho internacional.[13]

---

[10] Con respecto a todo esto, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed., Beck, Munich, 2018 [2011], § 7 n.º m. 235 ss., con notas adicionales.

[11] Véase AMBOS y ALKATOUT, "¿Se hizo Justicia? La legalidad del asesinato de Bin Laden según el derecho internacional" (traducción a cargo de Natalia Barbero), en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 104, 2011, pp. 5-26, disponible en: https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Ambos-Alkatout,asesinatobinLaden,CPC104%282011%29,5-26.pdf [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[12] Véase https://www.justice.gov/oip/foia-library/procedures for approving direct action against terrorist targets/download [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[13] Con acierto, DWORKIN, *supra* nota 3. Sin embargo, a favor, YOO, "The Soleimani Strike: The President Has the Constitution and Precedent on His Side", en *National Review*, 6 de enero de 2020, disponible en: https://www.nationalreview.com/2020/01/qasem-soleimani-strike-president-trump-has-constitution-precedent-on-his-side/ [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

III. Ciertamente no hay una justificación para el asesinato de iraquíes

De paso, cabe mencionar en este contexto, en contra de las confusas afirmaciones de Gauseweg,[14] que el DIH solo distingue entre combatientes (objeto de ataque) y civiles (protegidos) en un conflicto armado internacional. En los conflictos no internacionales, en cambio, solo reconoce civiles. A estos pertenecen también los miembros de un grupo armado no estatal, quienes, sin embargo, pueden perder su inmunidad a los ataques por pertenecer a este o por participar activamente en las hostilidades ("*continuous combat function*").[15] Por lo tanto, teniendo en cuenta la inmunidad o la pérdida de esta frente a los ataques, la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales no es irrelevante. Por lo demás, la inmunidad a los ataques solo queda suprimida, obviamente, para las partes en conflicto (en este caso, los EE.UU. e Irán), pero no para terceros (en este caso, Irak). De modo que por esta razón sus nacionales tampoco pueden ser atacados. Esto se aplica a las personas que fueron asesinadas en la operación, lo cual, sorprendentemente, a menudo no es considerado en la discusión.[16]

IV. Ni había un ataque inminente, ni el asesinato de Soleimani lo habría impedido

Si no hay conflicto armado (ni internacional, ni no internacional), la justificación para el uso de la fuerza podría venir, a lo sumo, del *ius ad bellum* y, en el presente caso —en ausencia de una decisión del Consejo de Seguridad (art. 42 de la Carta de las Naciones Unidas)—, del derecho de legítima defensa (art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas). Sin embargo, la legítima defensa preventiva invocada por los EE.UU. aquí —y en casos anteriores— requiere la existencia de un ataque, es decir, un uso severo de la fuerza[17] que sea inminente. El propio gobierno de los EE.UU. ha justificado la operación en los "futuros" ataques de Irán[18] y también ha hecho referencia a la planificación activa de ataques por parte de Soleimani; el presidente Trump también habló de

[14] GAUSEWEG, *supra* nota 4.

[15] Véase AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 152 ss.

[16] Como en GAUSEWEG, *supra* nota 4.

[17] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *supra* nota 1, párrafo 191 ["más graves formas de uso de la fuerza"]. Con referencia a ello, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Oil Platforms, Iran v. United States of America", 6 de noviembre de 2003, párr. 51 (https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf).

[18] "[E]l ataque tenía como objetivo disuadir los futuros planes de ataques iraníes", U.S. Department of Defense, "Statement by the Departmet of Defense", 2 de enero de 2020, https://www.defense.gov/Newsroom/Releases/Release/Article/2049534/statement-by-the-department-of-defense/ [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

ataques inminentes.[19] Sin embargo, hasta ahora falta una concretización de dichas afirmaciones y existen considerables dudas respecto de si las hechas hasta ahora tienen algún fundamento real.[20] El gobierno de los EE.UU. tampoco ha notificado aún al Consejo de Seguridad —con la justificación correspondiente— sobre el ejercicio de su derecho (por él supuesto) de legítima defensa, a pesar de que esto es expresamente exigido por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, sobre la base de la información disponible hasta la fecha, no se puede tener por cumplido el requisito de inmediatez,[21] al menos si esto se entiende como un ataque inminente en el sentido de los tradicionales criterios Caroline[22] ("instantáneo, contundente, sin dejar ninguna elección de medios y ningún momento para la deliberación").[23]

Incluso si se considerase cumplido el requisito de inmediatez —siguiendo una visión expansiva y política de derecho internacional[24]—, la concreta forma en que la acción de defensa es ejercida en este caso resulta cuestionable. Por un lado, el gobierno estadounidense tendría que justificar por qué llevó a cabo la operación en el territorio de un tercer Estado (Irak) —sin su consentimiento— y no en el del presunto Estado agresor (Irán). Según una interpretación restrictiva del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, esto hace que la acción de defensa sea inadmisible desde el principio.[25] Por otra parte, existen dudas considerables acerca de la necesidad de la acción defensiva tal como esta fue ejecutada, porque para ello habría que tener la certeza de que aquella lograría su (supuesto) propósito —la defensa preventiva frente a un ataque iraní—; sin embargo, hay más razones en contra que a favor.[26] Por último, es cuestionable si el derecho de legítima defensa permite —más

[19] Véase https://www.nytimes.com/2020/01/03/world/middleeast/trump-iran-iraq.html [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[20] Con dudas respecto del poder de decisión final del Ayatolá JAMENEI Dudando, p. ej., https://www.nytimes.com/reuters/2020/01/04/world/middleeast/04reuters-iraq-security-blast-intelligence.html [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[21] También AUST, *supra* nota 2; O'CONNELL, *supra* nota 2; MILANOVIC, *supra* nota 2 ["serias dudas de que haya habido siquiera un ataque inminente"].

[22] WOOD, "The Caroline Incident—1837", en *Oxford Public International Law*, disponible en: https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780198784357.001.0001/law-9780198784357-chapter-2 [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[23] En ese sentido AUST, *supra* nota 2.

[24] Para una discusión con más referencias véase MILANOVIC, "What Is An Imminent Armed Attack? A Hopefully Helpful Hypo, en *EJIL: Talk!*, 12 de enero de 2017, disponible en: https://www.ejiltalk.org/what-is-an-imminent-armed-attack-a-hopefully-helpful-hypo/ [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

[25] MILANOVIC, *supra* nota 2.

[26] MILANOVIC, *supra* nota 2, con referencias adicionales ["serias dudas de que el método elegido por los EE.UU para resistir el supuesto ataque era necesario bajo esas circunstancias", en especial, teniendo en consideración la función de Soleimani, más estratégica que operativa].

allá de la defensa colectiva de un Estado (una confederación) contra otro Estado (confederación)— el asesinato selectivo de los dirigentes de un Estado.[27]

Fuera de un conflicto armado, la aplicación de (otras) normas internacionales del derecho internacional de la paz, en particular de los derechos humanos, sigue vigente. Según esto, las ejecuciones extralegales o extrajudiciales son inadmisibles, y los terroristas u otros delincuentes deben ser detenidos y procesados en el marco de las normas del Estado de derecho.

V. Las amenazas de Trump podrían constituir crímenes de guerra

Cabe señalar que las amenazas posteriores del presidente Trump, en las cuales hace referencia a los bienes culturales iraníes [28] y a ataques "desproporcionados", [29] ("*disproportionate*") son abiertamente contrarias al derecho internacional y podrían representar incluso crímenes de guerra.[30] Y, por cierto, la justificación que hizo el Ministro de Relaciones Exteriores de Irán del contraataque iraní del 8/1/2020, calificándolo como "medidas proporcionales de legítima defensa"[31] ("*proportionate measures of self-defence*") tampoco es correcta, pues el derecho de legítima defensa no permite represalias cuando un ataque ya ha culminado.[32]

Desde una perspectiva política de relaciones internacionales, las declaraciones de Trump merecen indudablemente la condena inequívoca o al menos un distanciamiento por parte de los políticos y las políticas responsables de Alemania y de la Unión Europea. Imagínense por un momento que Irán hubiese matado a un general estadounidense de alto rango en territorio canadiense y que, después de esa operación, continuase provocando retóricamente. O que Rusia no solo hubiera envenenado a sus antiguos agentes en el extranjero, como se alega, sino que hubiera asesinado selectivamente a funcionarios extranjeros, es decir, hubiera llevado a cabo una suerte de "Operación Khashoggi" (saudita) contra funcionarios, y amenazara sucesivamente con nuevos ataques militares. En Alemania todo el mundo calificaría tales acciones —naturalmente y con

[27] En contra O'CONNELL, *supra* nota 2.
[28] TRUMP, tweet del 4 de enero de 2020, disponible en: https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1213593975732527112 [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].
[29] TRUMP, tweet del 5 de enero 2020, disponible en: https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1213919480574812160 [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].
[30] MILANOVIC, *supra* nota 2. En ese sentido, acertadamente GAUSEWEG, *supra* nota 4.
[31] Zarif, tweet del 8 de enero de 2020, disponible en: https://twitter.com/jzarif/status/1214736614217469953 [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].
[32] MILANOVIC, *supra* nota 7.

razón— como contrarias al derecho internacional y moralmente reprochables. Pero, ¿no debería aplicarse entonces el mismo criterio jurídico internacional a todos los Estados?

VI. El derecho internacional está siendo reemplazado cada vez más por la ley del más fuerte

La inadmisibilidad de una operación de asesinato de este tipo bajo el derecho internacional también podría justificarse quizás —y más allá de las disquisiciones jurídicas— con base en un razonable sentido común: el derecho internacional tiene como propósito la solución y regulación pacífica y diplomática de los conflictos entre los Estados. Pero si sus reglas son reemplazadas con la ley del más fuerte, entonces, esta ley, al final, no significa otra cosa que la violencia del más fuerte. Este no es un desarrollo deseable desde ningún punto de vista, porque llevaría al desorden global, al imperio de la violencia —ejercida por los pocos fuertes— en lugar del de la ley. Esto nos lleva de nuevo al principio de esta opinión: el asesinato de Soleimani sienta un peligroso precedente con consecuencias incalculables para la estabilidad del sistema y el orden del derecho internacional.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 9, pp. 9-38.

ARTÍCULOS

EL DELITO DE HOMICIDIO EN RIÑA (ART. 95, CP)

UNA CONTRIBUCIÓN A PENSAR LA PARTE ESPECIAL DESDE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CATEGORÍAS BÁSICAS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

Paola Dropulich, LL.M.[1*]

Fecha de recepción: 3 de julio de 2019
Fecha de aprobación: 15 de agosto de 2019

Resumen

El delito de homicidio en riña, tradicionalmente presentado por la doctrina como un "delito de sospecha", enfrenta al jurista con la tarea de reflexionar acerca de si es posible lograr una exégesis que, con sujeción a la redacción legal, sea compatible con principios constitucionales elementales del derecho penal y, a la vez, aplicable a los complejos casos concretos abarcados, en general, por este tipo penal. A partir de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2006 se acentuó la necesidad de definir el alcance de esta infracción sobre la base de reconocer un vínculo entre el autor y los resultados lesivos de los que depende la punibilidad. Luego de presentar posiciones doctrinarias y hacer un repaso de esa jurisprudencia, en este trabajo se formulará una nueva propuesta que pretende dar respuesta a ese triple orden de exigencias —sujeción a la ley, compatibilidad constitucional y plausibilidad práctica— y, a la vez, delinear un abordaje de la parte especial desde la perspectiva de la dogmática de la parte general.

Palabras clave: homicidio en riña – constitucionalidad – responsabilidad personal – delitos preterintencionales – co-causalidad

[*] Abogada (UBA). LL.M. (Universität Regensburg). Profesora adjunta interina (UBA) y Profesora (UdeSA). Este trabajo contiene una contextualización y un mayor desarrollo de la exégesis del tipo penal ya esbozada en el artículo "¿'Presunción de autoría' en el delito de homicidio o lesiones en riña (art. 95 CP)?", publicado en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, n.º 8/2010, p. 1330-1332.

Title: The Crime of 'homicidio en riña'

Abstract

The crime of 'homicidio en riña' (manslaughter in a fight), traditionally presented by the doctrine as a 'crime of suspicion', confronts the jurist with the task of reflecting on whether it is possible to achieve an interpretation which, subject to the legal wording, is compatible with elementary constitutional principles of Criminal Law and, at the same time, applicable to the complex concrete cases which are typically covered by this offense. A 2006 Supreme Court ruling emphasized the need to define the scope of this offense on the basis of recognizing a link between the perpetrator and the harmful results on which the punishment depends. After presenting doctrinal positions and reviewing this jurisprudence, this paper will formulate a new proposal that seeks to respond to this triple order of requirements (legality, constitutional constraints and practical plausibility) and, at the same time, outline an approach to the special part of the Criminal Law from the perspective of the dogmatic part of the general part.

Keywords: Homicidio en Riña (Manslaughter in a Fight) – Constitutional Validity – Personal Responsibility – Combinations of Intent and Negligence – Co-causality

Sumario: I. Introducción; II. La regulación nacional y su interpretación doctrinaria; III. El estado de la discusión en la doctrina alemana; IV. Las pautas sentadas por la Corte; V. Análisis del criterio jurisprudencial; VI. Nuevas reflexiones en la doctrina nacional; VII. Cuestiones abiertas; VIII. Un tipo penal difícil de interpretar; IX. Conclusiones; X. Bibliografía.

I. Introducción

El delito de homicidio en riña ha sido siempre una figura ciertamente problemática. Las particularidades de este ilícito se hacen evidentes ya en cuanto se advierte que el legislador ha pretendido alcanzar mediante la regulación penal hechos que se desarrollan en un contexto que dificulta o incluso imposibilita establecer con certeza la conducta de cada interviniente e identificar al responsable directo de las graves consecuencias para la vida y la integridad física que justificarían la imposición de pena y tornarían manifiesta la necesidad de que episodios de esa índole no queden impunes. Ante esta constatación se alza un texto legal que enfrenta al jurista con la difícil tarea de lograr una exégesis que, con adecuada sujeción a la norma, sea compatible con principios constitucionales elementales del derecho penal y, a la vez, plausible en la práctica, es decir, que no termine en una mera elaboración teórica inaplicable en casos concretos.

La doctrina nacional aceptó tradicionalmente la caracterización de este ilícito como "delito de sospecha" y no fue sino a partir de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2006[2] que comenzó a acentuarse la reflexión sobre los alcances de esta infracción, con miras a establecer un vínculo entre el autor y los resultados lesivos de los que depende la punibilidad. Pese al importante avance que significó ya este cambio de perspectiva, todavía en la actualidad se puede cuestionar que se haya dado una respuesta acabada a los problemas de constitucionalidad intrínsecos a la regulación del homicidio en riña y que se cuente con una interpretación que defina claramente los alcances de esta infracción. Tampoco el recurso directo al desarrollo dogmático de la parte especial en países como Alemania, que se trasluce en nuevos enfoques, permite superar esos conflictos, pues más allá de su atractivo esconde el problema de que el tipo penal alemán difiere sustancialmente del argentino. Es esa mirada sobre el estado actual de la discusión la que justifica esta contribución.

Para desarrollar estos aspectos, se realizará a continuación una presentación de la interpretación tradicional de la doctrina (apartados II y III), se abordarán los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al pronunciarse a favor de la constitucionalidad de esta figura (IV y V) y se analizarán desarrollos más modernos (VI y VII). Finalmente, se formulará una nueva propuesta que con apego al texto legal y anclaje constitucional permita resolver los complejos casos concretos ligados a la aplicación del homicidio en riña y, en ese marco, se intentará a la vez dar cuenta del modo en que un abordaje que contemple la teoría general contribuye a una mejor interpretación de la parte especial[3] (VIII).

II. La regulación nacional y su interpretación doctrinaria

El delito de homicidio en riña se encuentra reglado en el Código penal en los siguientes términos: "Cuando en una riña en que tomaren parte más de dos personas, resultare una muerte, sin que constare quiénes la causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años". La medida de la sanción

[2] Caso "Antiñir", Fallos: 329:2367.

[3] Sobre la incidencia de la dogmática de la parte general en la interpretación de la parte especial, paradigmático, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Berlín y otras, 1999, ÍDEM, "¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos conforme al § 263 StGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n.º 4/2008, p. 541-551, trad. de Paola Dropulich; ÍDEM, "¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación?", en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, n.º 5/2011, p. 809-815, trad. de Paola Dropulich y Martiniano Guerra; SANCINETTI, "La relación entre el delito de 'abandono de persona' y el 'homicidio por omisión'", en Ziffer (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 1, Buenos Aires, 2009, p. 247 ss.

varía según la gravedad de las consecuencias producidas en ese contexto, pues "si resultaren lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, la pena será de uno a cuatro años de reclusión o prisión", mientras que "si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión" (arts. 95 y 96, CP).[4]

A primera vista, de esta descripción surge como especialmente problemática la posibilidad de armonizar el principio de culpabilidad con la atribución de responsabilidad penal por la muerte o las lesiones a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima, a pesar de que "no conste quiénes las causaron". Si no es admisible formular un reproche penal a un individuo por resultados no imputables a él, ¿cuál es el sentido de esa expresión legal? ¿Es posible definir la conducta prohibida sin vulnerar aquel mandato constitucional? Para comenzar a reflexionar sobre estas cuestiones, se abordará ahora la interpretación tradicional sobre el alcance de este tipo penal.

Es común en la doctrina la afirmación de que la definición legal del comportamiento prohibido contiene tanto elementos positivos, a saber, *(a)* la participación en una riña o agresión de más de dos personas, *(b)* el ejercicio de violencia sobre la víctima y *(c)* el resultado de muerte o lesión; como negativos, estos últimos resumidos en la cláusula "sin que constare quiénes causaron esos resultados".[5]

La riña en la que han de tener lugar tales consecuencias es descripta como "el súbito acometimiento de hecho y recíproco (ataque y defensa) que se ejerce entre tres personas por lo menos" y se agrega que "la razón de que la figura requiera más de dos personas es que solo resulta aplicable cuando no es posible determinar quién ha sido el autor de la muerte o de las lesiones, lo que no sería inconveniente en una pelea entre dos",[6] de modo que también la "tumultuosidad o

[4] Aunque los artículos 95 y 96, CP regulan de manera conjunta los delitos de homicidio y de lesiones, tanto producidos en el marco de una riña, como en el contexto de una agresión, y más allá de que las reflexiones y conclusiones de este trabajo resulten aplicables a la totalidad de esas figuras, por razones expositivas el trabajo se habrá de concentrar en la figura del homicidio (o bien, eventualmente, lesiones) en riña.

[5] Así, p. ej., SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. III, 4.ª ed., 11.ª reimpr., Buenos Aires, 2000, p. 151. Similar, CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, t. I, 3.ª ed., Buenos Aires, 1990, p. 97 s., NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. III, Buenos Aires, 1961, p. 248.

[6] IELLIN / PACHECO Y MIÑO, en: D'Alessio (dir.), *Código Penal comentado y anotado*, t. II, 2.ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 100, con otras referencias; así también, GARCÍA, en: Baigún / Zaffaroni (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. III, 2.ª ed., Buenos Aires, 2010, p. 1073.

confusión" son señalados como rasgos característicos de este ilícito.[7] Sobre este punto, Soler sintetiza que "riña es el *súbito acometimiento recíproco y tumultuario*, de más de dos personas".[8]

Además de ese contexto específico, para que se presente el supuesto de hecho típico es necesaria la producción de un resultado de muerte (o de lesión) que se haya originado en la violencia ejercida durante la riña. Sobre este aspecto se señala que la formulación legal "cuando en riña resultare la muerte", se corresponde con la exigencia de una condición objetiva de punibilidad o bien convierte al delito en preterintencional.[9] En este sentido, el tipo penal exigiría una actuación dolosa con relación al hecho en sí de intervenir en una riña, así como también respecto del ejercicio de violencia sobre la víctima. En cambio, en referencia al resultado típico bastaría la previsibilidad propia de la imputación imprudente.[10]

La tipicidad de este ilícito se define, a su vez, por contraposición a la configuración del delito de homicidio simple en coautoría o participación criminal: "no rige la figura del homicidio en riña o agresión cuando, de acuerdo con los principios generales de la participación, puede afirmarse que los diversos partícipes obraban realmente como tales".[11] La riña ha de tener el carácter de espontánea; toda posible preordenación de los intervinientes para lograr los resultados típicos descarta la aplicación del tipo, pues los autores de este ilícito han de haber actuado sin proponerse en conjunto ningún resultado en concreto.[12]

Pero más allá de la descripción general de todos estos rasgos, usualmente se ha señalado que lo verdaderamente característico de este ilícito es aquello que lo define como un delito de sospecha, es decir, la condición de que no se haya individualizado a quien provocó la muerte o las lesiones. Ya en el Proyecto de 1891, que determina la redacción actual del art. 95 CP, se establecía que "la especialidad del homicidio o de las lesiones en riña consiste en no saber quién fue el autor de las heridas o de la muerte".[13]

---

[7] GARCÍA, *supra* nota 6, p. 1073.
[8] SOLER, *supra* nota 5, p. 150. En contra de la caracterización de la riña como acometimiento necesariamente confuso y tumultuario, CREUS, *supra* nota 5, p. 98.
[9] SOLER, *supra* nota 6, p. 153.
[10] IELLIN / PACHECO Y MIÑO, *supra* nota 6, p. 102.
[11] SOLER, *supra* nota 5, p. 152.
[12] CREUS / BUOMPADRE, *Derecho Penal, Parte especial*, t. 1, 7.ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 97; en el mismo sentido, NÚÑEZ, *supra* nota 5, p. 243; IELLIN / PACHECO Y MIÑO, *supra* nota 6, p. 102; GARCÍA, *supra* nota 6, p. 1073.
[13] Proyecto de 1891, p. 121 (cito según SOLER, *supra* nota 5, p. 147). Concordante, NÚÑEZ, *supra* nota 5, p. 249.

Así, en la doctrina nacional tradicional se ha afirmado que el texto consagra una auténtica presunción de autoría, que se ejemplifica del siguiente modo: cuando "en una riña en que la víctima ha recibido varias heridas de arma blanca de los otros dos intervinientes en ella, que usaron ambos cuchillo, siendo mortal una sola de ellas, sin poderse determinar cuál de ellos la infirió, estaremos en la hipótesis del art. 95".[14] Con relación a esta ficción de autoría, Soler, pese a reconocerla como una consecuencia "poco atrayente" de la redacción legal, expresa que "el artículo es más exigente que el que otros códigos contienen, al fijar la condición sobre la cual se apoya la imputación del resultado de la riña", esto es, al establecer el requisito de que se haya ejercido violencia sobre la persona del ofendido, de modo que "resulta sumamente improbable que sea imputado con injusticia cualquier sujeto", pues este "con la mayor probabilidad será, cuando menos, real autor de lesiones".[15]

Esta argumentación pareciera no intentar siquiera compatibilizar la exégesis del tipo penal con mandatos constitucionales rectores en materia penal, pues una interpretación acorde con estos llevaría a concluir: *(a)* Si no es posible establecer cuál de los intervinientes provocó la herida mortal, *in dubio pro reo*, ninguno de ellos la ha causado (respecto de cada autor deberá tenerse por cierto que ha sido el otro quien ha provocado la herida mortal). *(b)* Si no es posible atribuir el resultado a ninguno de los participantes, siendo el reproche penal de carácter personal (principio de culpabilidad), ninguno de ellos podrá ser responsabilizado por la muerte de la víctima —sino a lo sumo por la tentativa—.

III. El estado de la discusión en la doctrina alemana

Según se expuso en el apartado anterior, se impuso en la doctrina argentina tradicional el criterio de que la ley regula un *homicidio (o lesiones) en riña* y no *una riña con resultado de homicidio (o de lesiones)*, tal como se hallaría previsto el delito en otras legislaciones tales como la alemana.

Sin perjuicio de esa conclusión y dado que las reflexiones de la doctrina alemana podrían ayudar a desentrañar un sentido razonable de cierta interpretación del tipo penal y parecen haber influido en la discusión actual acerca de los alcances de este ilícito, resulta útil hacer un breve esbozo de estas.

[14] CREUS / BUOMPADRE, *supra* nota 12, p. 95. Así ya CREUS, *supra* nota 5, p. 99.
[15] SOLER, *supra* nota 5, p. 153 s. En sentido similar, NÚÑEZ, *supra* nota 5, p. 250, reconoce que la ley funda la punibilidad en una presunción de autoría, pero "la limita a los que obraron sobre la persona del que resultó muerto o lesionado".

Para poder discernir en qué medida el desarrollo dogmático que ha tenido lugar en aquel ámbito puede ser aplicable a la interpretación del ilícito previsto en el art. 95 CP, conviene tener presente que los términos de esta disposición difieren de los contenidos en la regulación penal alemana. En efecto, el § 231, StGB (Código Penal alemán) establece lo siguiente: "(1) Quien toma parte en una riña o en una agresión cometida por varios será reprimido, ya por esa participación, con pena de prisión de hasta tres años o con multa, cuando por la riña o la agresión se causare la muerte de una persona o una lesión grave (§ 226)".

En la doctrina alemana se señala que el texto legal destaca de manera clara que la participación en una riña es la acción ilícita decisiva y se sostiene que el § 231, StGB contiene un delito de peligro (abstracto). La falta de claridad con relación a los aportes al hecho en los casos de riña no solo provoca importantes dificultades probatorias para la investigación penal, sino que también genera el riesgo de que se llegue a importantes lesiones de los participantes. Por esta razón se pena a cada participante en una riña que haya tenido graves consecuencias ya a causa de esa participación.[16]

La ley partiría de que tanto la riña como tal, como también el aporte al hecho de los participantes individuales, son potencialmente peligrosos. Indicio de esta peligrosidad sería la consecuencia grave (muerte, lesión corporal grave), que como condición objetiva de punibilidad distingue la contienda del § 231, StGB de otro tipo de riñas.[17]

Para la tipicidad de la riña se exige la intervención activa de al menos tres personas, sin importar, a los fines de satisfacer el número requerido de participantes, que alguno de ellos haya actuado conforme a derecho. Por eso, se trata también de una riña cuando alguien que es agredido por dos personas ejerce una defensa reactiva contra el agresor; distinto es cuando el agredido se limita a una mera defensa de protección.[18] Se señala que en caso de que se recurra a una legítima defensa se debe diferenciar cuidadosamente entre la posible justificación de acciones lesivas

[16] Sobre todo ello, SCH/SCH/STREE, *StGB Kommentar*, 27.ª ed., Múnich, 2006, § 231 n.º m. 1; concordante, WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 42.ª ed., Heidelberg, 2018, n.º m. 381.

[17] SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, § 231 n.º m. 1.

[18] Sobre todo ello, SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, § 231, n.º m. 2.

individuales y la punibilidad conforme al § 231, StGB que, dado el caso, puede no verse afectada por esta.[19]

A diferencia de la regulación nacional, para el código alemán es autor todo aquel que está presente en el lugar del hecho y toma parte de modo hostil en los actos de violencia. No es necesario que el partícipe haya ejecutado los golpes junto a los otros; es suficiente cada cooperación de carácter físico en los actos de violencia, p. ej., el alcanzar los proyectiles o bien, en la medida en que con ello se favorezca la continuación de la disputa, el impedir el auxilio. La opinión dominante considera incluso suficiente ya el mero apoyo psicológico, p.ej., por medio de gritos. Para la legislación alemana también el lesionado, en la medida en que haya tomado parte en el sentido indicado, es partícipe y punible, incluso cuando nadie haya resultado perjudicado aparte de él.[20]

El hecho solo es punible cuando en la riña o la agresión de varios se causa la muerte de un hombre o una lesión corporal grave. Se trata aquí de una condición objetiva de punibilidad indicativa del grado de peligrosidad de la contienda, pero que no es relevante para el ilícito típico como tal, así como tampoco la magnitud de las consecuencias graves acaecidas es significativa para la medición de la pena. Este presupuesto también está dado cuando se determina que la muerte o la lesión se

[19] WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 392, donde se agrega: "También el partícipe culpable que en el transcurso de una pelea repentinamente se ve agredido con un cuchillo o elemento semejante puede recurrir, conforme a las reglas generales, al § 32 [relativo a la legítima defensa], en la medida en que para la defensa del ataque se trate de la conformidad al derecho o la antijuridicidad de actos de defensa *individuales*. Esto no tiene influencia sobre la punibilidad por el § 231".

[20] SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 6; cfr. también, WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 388: "Partícipe en el sentido del § 231 es, según la opinión dominante, quien está presente en el lugar del hecho y mediante una intervención física o psíquica toma parte en los actos de violencia dirigidos contra otros. Para la participación no se requiere 'ejecutar golpes junto a otros' o actos semejantes; antes bien es suficiente cada cooperación activa en el curso de la confrontación, como vgr. el enfervorizar a los contendientes, el alcanzar instrumentos para golpearse o proyectiles, así como el impedir el auxilio". Sin embargo, en cualquier caso es necesario que aquel que no participa de manera directa en los actos de violencia tome partido; por ello no sería suficiente el prestar una ayuda que favorece a todos los contendientes (p. ej. poniendo armas a disposición, distrayendo a la policía); en estos supuestos entra en consideración la participación en el sentido de los §§ 26 y 27, StGB (SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 6). Así también se señala: "No participa quien busca poner paz, presta un servicio asistencial o solo observa por curiosidad, sin tomar partido ni fomentar con su conducta la disputa; así como tampoco quien solo es el objeto de la agresión y se limita a la mera defensa de protección; quien en cambio para rechazar una agresión antijurídica en defensa reactiva pasa a actos de violencia, es partícipe" (WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 389).

pueden reconducir a un único partícipe y este responde como autor de homicidio o lesiones, o bien está justificado por razón de legítima defensa.[21]

A modo de síntesis se afirma que la condición objetiva de punibilidad exige que la muerte o la lesión corporal grave sean causadas por la riña (esto falta ante todo cuando la acción mortal o lesiva se produjo antes del enfrentamiento —cuando fue, p. ej., el factor desencadenante de la gresca— o después de haber cesado la confrontación violenta); mas *no* se requiere: a) que la consecuencia grave haya sido producida de modo antijurídico;[22] b) que la consecuencia grave recaiga sobre un partícipe en el hecho; es suficiente, p. ej., que un espectador, alguien que pase por el lugar, un funcionario policial o un pacificador sea lesionado; c) que exista una relación causal entre el aporte al hecho del partícipe individual y la producción de la consecuencia grave, pues basta que el resultado se base en el curso global de la riña o la agresión; d) que la consecuencia grave haya sido previsible para los partícipes.[23]

[21] La doctrina alemana admite incluso el concurso ideal entre la participación en una riña y la responsabilidad por homicidio o lesiones dolosas, en la medida en que se pueda dirigir contra un partícipe la prueba de la causalidad y la culpabilidad. Sobre todo ello, SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 13, 16a, 17; cfr. también WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 382.

[22] Antes bien, cabe reiterar, se sostiene que el § 231, StGB también es aplicable cuando esa consecuencia del hecho se basa en un acto de legítima defensa y alcanza a un atacante; es decir, si uno de los participantes en la riña mata a un adversario en legítima defensa, él puede ser penado conforme al § 231, StGB; cfr. WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 394.

[23] Sobre todo ello, cfr. WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 393 ss.; también SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 14. Sobre la función de las condiciones objetivas de punibilidad, señala JAKOBS (*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1997, 10/6), que es precisamente el considerar como elemento de un delito o de un crimen una materialización en el resultado independientemente de la relación subjetiva con este; y agrega (10/7): Qué relación debe existir entre la acción y la materialización en el resultado se rige según el ámbito de protección del respectivo precepto. En el caso de participación en una riña depende de si la participación no debe tener lugar, (1) porque esta —de modo reconocible o no— puede conducir a una consecuencia lesiva sin la intervención de otras personas, o (2) si también ha de ser enfrentado ya el peligro de que ante el escenario de la contienda otras personas provoquen lesiones, o (3) si está comprendido por el fin de protección incluso el peligro de no poder esclarecer eventuales actos lesivos (otras interpretaciones son posibles). En forma correspondiente al fin de protección la relación debe estar configurada de modo que (1) la consecuencia esté condicionada por la acción del hecho sin la intervención de otras personas, o bien (2) simplemente sea consecuencia de la acción del hecho, o incluso (3) se haya producido antes o después de la acción del hecho, aunque durante la misma reyerta y a causa de su peligro. Esta sería en definitiva la opinión de la jurisprudencia alemana.

En el aspecto subjetivo, se exige que el autor haya tenido conciencia de participar en una riña o en una agresión de varios. El resultado grave, en cambio, según la doctrina mayoritaria, no necesita ser alcanzado por el dolo[24] y ni siquiera ser atribuible a título de imprudencia.[25]

Desde la observación positiva de que la regulación nacional contiene un tipo penal más restrictivo en comparación con otras legislaciones, ya que limitaría la responsabilidad a quienes ejercieron violencia sobre la víctima, en vez de extenderla a todos los intervinientes en la gresca (*supra* II), hasta la posibilidad de satisfacer la imputación del resultado por vía de su atribución al curso de la riña (como lo esboza la doctrina tradicional, *supra* II, y como con mayor fundamentación se presentará a continuación), traslucen la influencia que estas ideas han tenido en la discusión en torno al alcance y la legitimidad de nuestro tipo penal.

IV. Las pautas sentadas por la Corte

En la construcción relativamente reciente del tipo penal del homicidio en riña en la Argentina, ha tenido una trascendencia fundamental el caso "Antiñir", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[26]. Allí, por mayoría, la Corte se pronunció a favor de la validez constitucional de la regulación legal contenida en el art. 95, CP presentando los lineamientos de una exégesis del tipo penal que permitiría conciliarlo con los principios en juego. Este fallo constituye sin duda un punto de inflexión en el marco de la discusión en torno a las exigencias que habilitan una legítima aplicación del art. 95, CP.

[24] SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 16; concordante, WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 382 y 390.

[25] SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 16. En contraposición con la tesis de la opinión dominante, en el sentido de que en los delitos que contienen condiciones objetivas de punibilidad el comportamiento típico justificaría adecuadamente el merecimiento de pena del hecho y la condición objetiva fundamenta solo la necesidad de pena en el caso concreto, Roxin sostiene que "La participación en una pelea insignificante, que no haga temer consecuencias lamentables, no merece una pena de prisión de hasta tres años, sino que lo que quiere el legislador, cuando vincula la punibilidad a la causación de una muerte o de una lesión grave, es castigar de modo específico la participación en agresiones o riñas especialmente peligrosas; y a este respecto parte de la base de que esa peligrosidad se desprende típicamente de las consecuencias graves. Pero si esto es así, entonces el resultado grave pertenece al injusto típico y la culpabilidad del autor ha de extenderse a los factores que son constitutivos de la peligrosidad; es decir: el sujeto al menos ha de poder prever que la riña podría tener una de las consecuencias mencionadas en el § 227" (ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ap. 23, n.º m. 12, p. 974; a favor de esta solución —aunque con reparos metodológicos—, "en tanto jurisprudencia y doctrina no consideren inconstitucional los §§ 186, 231 y 323a, StGB", FRISTER, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2011, cap. 21, n.º m. 10, p. 409 s.).

[26] Fallos 329:2367; se reseña a continuación, centralmente, el voto mayoritario de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

Frente a circunstancias de hecho que no se precisan en el fallo,[27] conviene reseñar que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, cuya sentencia fue materia de examen, sostuvo que la figura en análisis, entre sus exigencias típicas, requeriría que los autores: "a) intervengan directamente en la riña; b) ejerzan violencia sobre la persona del ofendido y c) que esas vías de hecho, en alguna medida, hayan tenido cierta idoneidad causal general en relación con el resultado". En esta línea, afirmó que "lo que no se sabe con precisión es quién (o quiénes) de los protagonistas causó tal o cual golpe que (aisladamente considerado o en su valoración conjunta) en definitiva produjo el deceso", pero ello no significaría, sin embargo, "que la ley haya presumido que, por la mera intervención (en la riña) y sin que conste quién ejerció violencia o si esa violencia, en general, guarda relación causal general con el resultado, se pueda llegar a una condena".[28]

La Corte, al evaluar esta decisión, consideró que el máximo tribunal provincial "dejó en claro que aquello por lo que se hace responder a los condenados en modo alguno deriva de una 'presunción de autoría', sino todo lo contrario, ya que se tuvo por debidamente acreditado que su conducta de golpear a las víctimas significó 'ejercer violencia' en el contexto de una riña, y que tal conducta resulta generalmente idónea para producir el resultado de muerte o de lesiones, en su caso. Esto significa, en otras palabras, que el tipo penal en cuestión fue interpretado, razonablemente, como un delito preterintencional, en el cual la conducta realizada (¡y probada!) ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado".[29]

Tras reconocer "que el camino de la historia dogmática que han seguido en la jurisprudencia y en la doctrina los delitos calificados por el resultado ha sido marcado por el esfuerzo de evitar una arbitraria atribución de responsabilidad por el resultado", la Corte puntualizó que "la constitucionalidad de los delitos preterintencionales [se admite] en la medida en que se pueda establecer una conexión subjetiva entre la conducta efectivamente realizada con dolo y la consecuencia más grave producida, al menos con imprudencia, como forma de satisfacer la exigencia

[27] No obstante, los hechos del proceso son informados por YAPUR en los siguientes términos: "haber participado en una reyerta junto a por lo menos cinco personas más, en la que se utilizaron armas de fuego, elementos contundentes así como también puños y puntapiés, a resultas de los que se produjo el deceso de C. L. P., y las lesiones de las que dan cuenta las certificaciones obrantes en la causa" (YAPUR, "La dudosa adecuación constitucional de las figuras de homicidio y lesiones en riña: a la vez un estudio sobre los alcances del principio de culpabilidad", en: Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 3, Buenos Aires, 2007, p. 61).

[28] Cfr. la descripción del fallo recurrido contenida en el consid. 2.º del voto concurrente del juez Zaffaroni.

[29] Cfr. consid. 6.º del voto de mayoría.

del principio de culpabilidad relativa a que la acción punible le pueda ser atribuida al imputado tanto objetiva como subjetivamente".[30]

En este sentido se aclaró "que el hecho de que el texto legal cuestionado sujete su aplicación a la circunstancia de que no conste quién causó la muerte o las lesiones no puede ser entendido, por cierto, como una autorización a los jueces para solucionar las dificultades probatorias para la imputación del resultado a uno o varios autores en concreto, por medio de la atribución de responsabilidad a todos los intervinientes en el hecho, pero con una pena menor, pues ello significaría consagrar una 'pena de sospecha', vedada por el art. 18 de la Constitución".[31]

Bajo estos parámetros, la Corte parece fijar la interpretación del tipo penal que considera adecuada al afirmar que "la prohibición de ejercer violencia en el contexto de una riña o agresión, puede constituir una conducta legítimamente alcanzable por una pena, en tanto representa la creación de un riesgo cierto, previsible y cuyas consecuencias no pueden ser totalmente controladas por parte de quien interviene en ella. Ahora bien, si esto es así, debería resultar irrelevante la circunstancia de que no conste quién causó efectivamente las lesiones o la muerte de las que se hace depender objetivamente la punibilidad, de modo tal que, si tal constancia apareciera, ese mínimo de responsabilidad no debería desaparecer ni atenuarse. De otro modo sí se estaría haciendo depender la punibilidad de la mera sospecha de haber causado el resultado, al alcanzar a aquellos que, de haberse contado con la constancia de quién fue el causante, deberían haber resultado absueltos o, al menos, penados en menor grado".[32]

La posición esbozada se explicita al expresarse que "en una dirección parecida argumentó la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la H. Cámara de Senadores, en el dictamen por el que se proponía la aprobación del proyecto de ley sobre 'Régimen de la responsabilidad penal por imprudencia e imputabilidad disminuida'…", al sostener que "cuando el art. 95 del Código Penal establece como requisito de la aplicación de la pena que 'no conste' quiénes causaron la muerte o lesiones, hay que entender no tanto que si consta quién causó la herida final solo responda este, sino más bien que el art. 95 —aunque conste quién mató o lesionó— se aplica a todos aquellos respecto de los cuales no conste la autoría de la lesión final y no se pudiera probar el dolo de una tentativa o consumación en coautoría, restando, por tanto —a lo sumo—,

[30] Cfr. consid. 7.º del voto de mayoría.
[31] Cfr. consid. 8.º del voto de mayoría.
[32] Cfr. consid. 12.º del voto de mayoría.

imprudencia". Según ese dictamen, continuó la Corte, "en muchos casos tratados como homicidio o lesiones en riña o agresión hay más bien una coautoría dolosa de lesiones o muerte, como p. ej., cuando todos aplican puntapiés a la cabeza de la víctima, viendo que los demás también lo hacen, de modo que todos debilitan en común la resistencia del cráneo o del cerebro. Pero, 'cuando el caso tenga la configuración de que varios agredieron a la víctima de maneras diversas y uno de ellos diera un golpe mortal no asumido dolosamente por los demás —se sepa quién fue este o no—, entonces, el hecho es propiamente un homicidio preterintencional de características particulares: cada uno sabe que está interviniendo en un episodio con 'dinámica de grupo', y nadie sabe cómo terminará; esto encierra al menos *una imprudencia respecto de la integridad corporal o aun de la vida de la víctima*, además del acto violento doloso que cada uno haya cometido. El art. 95 Código Penal, por tanto, no debe ser entendido como una disposición que viola el principio de inocencia (*in dubio pro reo*) de tal modo de sancionar a 'algunos que hicieron algo', porque 'no está probado quién fue el responsable de lo más grave', sino que, *aunque* esté probado quién fue el responsable de lo más grave, todos los demás que hubieren ejercido violencia deben responder con la estructura de un homicidio preterintencional o lesiones que terminaron más graves de lo que era la violencia misma ejercida con dolo, por tanto, también *preterintencional*…' (…)".[33]

Sobre esta base, la Corte concluyó que "tal como ha ocurrido en la sentencia apelada, en tanto se sujete la interpretación de los arts. 95 y 96, del Código Penal, a límites estrictos, que eviten que su aplicación se convierta en la mera atribución de responsabilidad objetiva y en un 'delito de sospecha' que invierta el *onus probandi*, tales normas resultan constitucionalmente admisibles".[34]

V. Análisis del criterio jurisprudencial

Una argumentación de este estilo parte de que el tipo penal sería válido constitucionalmente en tanto su interpretación delimite un hecho imputable al autor tanto *objetiva* como *subjetivamente*. Sin embargo, ese postulado básico pareciera oscurecerse cuando se tiene en cuenta el caso en concreto al que el fallo se refiere y cuya sentencia en definitiva convalida. Pues luego de afirmarse, en los distintos considerandos, la necesidad de una imputación personal de los resultados producidos, quedan sin puntualizar cuáles serían, a partir de allí, las particulares exigencias típicas que permitirían superar el conflicto de legitimidad. Si se remite, en complemento, a lo que se habría fijado en la sentencia recurrida, se advierte que el tribunal provincial se ha conformado con una

[33] Cfr. consid. 13.º del voto de mayoría (destacado en el original).
[34] Cfr. consid. 14.º del voto de mayoría.

"causalidad general", sin precisar que la violencia ejercida por el autor sobre la víctima haya sido efectivamente una condición del resultado.

En este sentido, se admite la aplicabilidad del tipo penal a todos los involucrados en el ejercicio de violencia sobre la víctima, incluso en supuestos en los que solo uno de los protagonistas hubiera dado un golpe que "aisladamente considerado" condujo al deceso,[35] es decir, sin que los demás hayan contribuido a causar la muerte. De este modo, se aceptaría en definitiva que varias personas que ejercieron violencia sobre otra que resultó muerta puedan responder por homicidio en riña, aunque solo una de ellas haya condicionado "aisladamente" ese desenlace. Incluso ante esta constatación, que haría decaer la posibilidad de imputar objetivamente el resultado a los restantes intervinientes, parecería que puede sostenerse la responsabilidad por el homicidio en riña.

Que esta podría ser una interpretación aceptada por la Corte, surgiría de la afirmación de que "el tipo penal en cuestión fue interpretado, razonablemente, como un delito preterintencional, en el cual la conducta realizada (¡y probada!) ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado". Pero así se prescinde, pese a la categorización de este ilícito como delito preterintencional, de una referencia a la constatación de si el riesgo en concreto creado por la acción condujo en definitiva al resultado, pues esto precisamente no surgiría del fallo revisado.[36] A idéntica conclusión parece conducir la referencia a que la conducta que infringe la prohibición de ejercer violencia en el contexto de una riña puede legítimamente ser alcanzada por una pena, argumentación en cuyo marco se omite toda referencia concreta a una posible relación más estrecha entre ese comportamiento y los resultados típicos.[37]

La regulación legal en el orden nacional se ve asimilada, conforme a este punto de vista, a la contenida en el código alemán, diferenciándose solo en la medida en que restringe el círculo de autores posibles a quienes ejercieron violencia sobre la persona que resultó muerta o herida. El ilícito quedaría así configurado al realizarse actos de violencia en el marco de una riña y siempre que la víctima de esos actos resulte muerta o lesionada, incluso por causas totalmente independientes de la conducta de aquellos que han de responder de acuerdo con el art. 95, en la medida en que esas

[35] Cfr. *supra,* texto correspondiente a la nota 27.

[36] Cuando menos de acuerdo con los extractos que se hace en la sentencia de la Corte. Y si se tiene en cuenta la descripción del hecho atribuido, conforme a la referencia de nota 26, se refirma esta conclusión, dado que la imputación se limita a establecer, sin otra exigencia, una relación general entre los resultados de muerte y lesiones y las violencias ejercidas en la riña, sin puntualizar la conexión entre el comportamiento de cada imputado y las consecuencias lesivas.

[37] Cfr. consid. 12.º del voto de mayoría.

consecuencias sean propias del desenvolvimiento de la confrontación y que por las características de la reyerta pueda afirmarse cuando menos su previsibilidad.

Pero dado que nuestra legislación —a diferencia de la alemana—, además de hacer recaer la responsabilidad sobre un círculo delimitado de autores —y no sobre todos los intervinientes—, modifica sensiblemente la entidad de la pena en función de la magnitud de las consecuencias de muerte o lesión, parece tornarse necesario establecer alguna relación no meramente objetiva, limitada a la constatación de que en el transcurso de la riña haya resultado muerta o lesionada la persona sobre la que se ejerció violencia, sumada a una simplemente subjetiva referida a la sola previsibilidad de que tales resultados podían tener lugar en ese marco, sino estrictamente personal. Por "personal" debe entenderse el establecimiento de un vínculo entre el autor y las consecuencias, que permita explicar que solo él —y no ya todos los restantes participantes en la controversia que también pudieron prever esas consecuencias— habrá de responder por el hecho y que, además, lo hará de manera diferenciada en función de la gravedad de los resultados acaecidos.

En este sentido, las consideraciones de la Corte en cuanto se refieren a que la acción del autor "representa la creación de un riesgo cierto, previsible y *cuyas consecuencias* no pueden ser totalmente controladas por parte de quien interviene en ella" y en la que medida en que, aunque sin mayor desarrollo, caracterizan este ilícito como un *delito preterintencional*, deberían poder ser interpretadas como una exigencia de constatar, en el plano objetivo, tanto un nexo de tipo causal, como una relación de riesgos —concreción en el resultado del riesgo antijurídico creado por el autor—. Este punto de vista, que pretende desarrollar con mayor precisión qué significa caracterizar este ilícito como figura preterintencional, se expondrá en el último apartado.

VI. Nuevas reflexiones en la doctrina nacional

Con posterioridad a esa decisión se intensificó en la doctrina el interés por el estudio de este tipo penal.[38] Entre aquellos autores que pretenden conciliar el texto legal con el mandato constitucional en juego, KISS presenta una interesante posición al postular que "La única forma de interpretar a los tipos penales de homicidio y lesiones en riña de un modo acorde con el principio

[38] A modo de ejemplo de este renovado interés, cf. YAPUR, "La dudosa adecuación constitucional de las figuras de homicidio y lesiones en riña: a la vez un estudio sobre los alcances del principio de culpabilidad" (cit. nota 26); SIMAZ, "El homicidio en riña y su problemática interpretación constitucional", en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, n.º 3/2012, p. 407; AGUIRRE OBARRIO, "Sobre riñas y muertes", La Ley 2006-F, p. 235; VARACALLI, "Antiñir: un caso de responsabilidad penal para civilistas", en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, n.º 4/2007, p. 666.

de culpabilidad es considerar que a todos aquellos que ejercieron violencia sobre la víctima debe 'tenérselos' como autores de 'la riña' y no de los resultados particularmente mencionados en la ley".[39] Dadas las características de su fundamentación y la plausibilidad de sus conclusiones, que imponen realizar un análisis que justifique apartarse de estas, a continuación trataré con especial atención la posición en particular de este autor.[40]

KISS propone entonces relacionar la fórmula "se tendrá por autores" no con las "lesiones y la muerte", sino con un objeto diferente, la "riña": "Quienes ejercieron violencia sobre la víctima son tenidos por autores de la riña y no de la muerte y las lesiones".[41] En esta medida, esos resultados deben haber sido consecuencia "de la riña" y no de la violencia que cada interviniente ejerce aisladamente sobre la víctima. Si no es el ejercicio individual de violencia aquello que debe causar los resultados de lesiones o muerte y si la cláusula "se tendrán por autores" se vincula con la riña y no con esos resultados, no existiría ninguna ficción ilegítima de causalidad.[42]

La exigencia típica relativa al ejercicio de violencia reclamaría la comprobación de que el autor ha realizado una acción peligrosa en concreto, mediante fuerza física, dirigida contra la vida o la integridad corporal del sujeto que finalmente resultó víctima de lesiones u homicidio. Tales resultados, sin embargo, pueden no haber sido condicionados causalmente por ese comportamiento, de modo que en el proceso penal no sería necesario comprobar que esa acción haya sido particularmente causal de las lesiones o la muerte ocurridas en ese contexto. Para satisfacer el tipo penal, bastaría con acreditar que el comportamiento del autor haya contribuido a conformar un síndrome de riesgo compatible con la producción de esos resultados.[43]

En el aspecto subjetivo el tipo penal presentaría la particularidad de que el conocimiento del autor tendría que proyectarse sobre el componente "ejercicio de violencia sobre la persona del ofendido" y sobre las (restantes) condiciones que conformarían el síndrome de riesgo típico, incluso cuando estas condiciones fueran puestas por algún otro interviniente. Este sería el caso, p. ej., si el autor supiera que otro contendiente lleva un arma o actúa de un modo especialmente brutal, o bien,

[39] KISS, "Homicidio y lesiones en riña", en: Pastor [dir.], *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*, Buenos Aires, 2007, p. 306.
[40] Respecto de otros análisis del tipo penal posteriores al fallo "Antiñir", ver nota 37.
[41] KISS, *supra* nota 39, p. 297.
[42] KISS, *supra* nota 39, p. 297.
[43] KISS, *supra* nota 39, p. 306 s.

simplemente, conociera el modo en que se desarrolla la confrontación, si esta implicara el uso de sillas, vasos de cerveza, cuchillos, etc.[44]

En esta medida, la posición del autor pareciera resultar concordante con una de las interpretaciones posibles de la jurisprudencia de la Corte, pues el hecho típico quedaría configurado mediante la ejecución de actos que importen agredir físicamente a una persona que resulta muerta o lesionada no —o no necesariamente— como consecuencia propia de esos actos, sino a causa del desenvolvimiento característico de la riña en la que aquellos tuvieron lugar. Respecto de la producción de tales consecuencias, bastaría con que el autor hubiera tenido conocimiento del carácter de la confrontación en la que tomaba parte, signada, p. ej., por el empleo de medios tales como cuchillos, botellas u otros, es decir, de los factores constitutivos del llamado síndrome de riesgo de producción de tales resultados lesivos. Quien responde en los términos del art. 95, CP no lo haría como autor del homicidio o las lesiones provocadas en el contexto de la riña, sino como autor de la riña en sí.[45]

VII. Cuestiones abiertas

Puede decirse, entonces, que la cuidada interpretación de Kiss fija razonablemente el alcance del tipo penal del art. 95, CP, nuevamente, en sintonía con los desarrollos de la doctrina alemana en torno a la regulación del homicidio en riña contenida en el § 231, StGB. Sin embargo, cabe recordar, la disposición alemana difiere de la prevista en la ley nacional, al establecer, específicamente, que quien toma parte en una riña es penado ya por esa participación, si por la riña se causa la muerte de una persona o una lesión grave. A partir de esta descripción legal parece fácil concluir en que la muerte (o bien la lesión de carácter grave) ha de ser consecuencia de la violencia

[44] KISS, *supra* nota 39, p. 306 s.

[45] El desarrollo argumental de KISS se presenta también como una fundamentación del criterio sostenido en el precedente "Antiñir" por los jueces Zaffaroni y Argibay en sus respectivos votos concurrentes, donde señalaron, coincidentemente, que con la aplicación de esta figura "no se está violando el principio de la duda: no hay duda alguna respecto de que el agente participó en una riña o agresión tumultuaria, que quiso hacerlo, que ejerció violencia sobre la persona que resultó muerta o lesionada, que el tumulto impide establecer la autoría y que la muerte o las lesiones fueron causadas por la violencia de la riña o de la agresión y no por cualquier factor externo. No se pone a su cargo el homicidio por presunción, sino su propia conducta de autoría de intervención en riña o agresión tumultuaria con violencia sobre quien resulta muerto o herido, que en lugar de ser abarcada por un mero tipo de peligro que llevaría la prohibición demasiado lejos e incluso invadiría terreno legislativo reservado a las provincias (como sería el caso de un tipo que penase la sola participación en riña tumultuaria), es abarcada por un tipo que solo abarca la participación en riña tumultuaria cuando se produce muerte o lesiones y siempre que consista en violencia sobre la persona que resulta muerta o lesionada por la violencia de la propia riña (cfr. voto del juez Zaffaroni, consid. n.º 16; voto de la jueza Argibay, consid. n.º 6).

propia de la riña y que el comportamiento prohibido consiste en tomar parte en la riña, sin que sea necesario exigir otro vínculo más estrecho entre ese resultado y la conducta del autor.

Esa sencillez, en cambio, lejos está de poder predicarse respecto de la disposición contenida en nuestra ley penal, la cual, vale insistir, no reprime a todo aquel que haya participado en la riña,[46] cuando de esta se hayan derivado graves consecuencias, sino que circunscribe la autoría del ilícito a quienes ejercieron violencia sobre aquel que sufrió tales consecuencias y fija la medida de la sanción en relación con la magnitud de los resultados producidos.

Pero si, pese a tales diferencias normativas, se postula una similar interpretación del alcance del tipo penal, en el sentido de que riña es todo el episodio caracterizado por el acometimiento recíproco de varias personas y las consecuencias lesivas han de derivarse de la riña en general, surge el interrogante relativo a por qué razón solo serán, conforme al texto legal, autores de la riña y, por tanto, únicos sujetos punibles, aquellos que hayan ejercido violencia sobre quien resulta muerto o lesionado y no todos los intervinientes en la reyerta.

Si en respuesta a estas reflexiones se remitiera a que el recorte de autores posibles lo habría establecido ya el legislador, entonces, simplemente se trasladaría el cuestionamiento, ya que quedaría sin explicación razonable la decisión legal de no incriminar a todos los intervinientes en la confrontación. ¿Por qué debería merecer pena aquel que, p. ej., en el contexto de una riña violenta, da algunos golpes sin mayor importancia a quien en ese marco muere al caer inconsciente en el pavimento luego de recibir en la cabeza el golpe de un tablón arrojado al aire por otro participante, y no la merecería, dados los presupuestos típicos fijados, también aquel que, a diferencia del primero, tuvo a su favor la suerte de asestar sus golpes a quien, en cambio, en ese mismo contexto, salió prácticamente ileso de la gresca? Todos han sido parte de la riña violenta en cuyo desarrollo se produjo una muerte, pero solo a algunos se les reprochará penalmente el hecho. La responsabilidad

[46] Esto no significa, vale aclararlo aunque no se desprenda del texto, que la punibilidad no alcance a quienes participan en sentido estricto (instigadores y cómplices) en el hecho ilícito del autor de un homicidio en riña. Es decir, se debe distinguir *la mera participación —no punible— en la riña* de la *participación —punible— en el homicidio en riña*. El abordaje jurídico del hecho comprende tanto la definición de la infracción propia del autor, como la determinación de otros intervinientes punibles conforme a las reglas generales de la participación criminal y así, p. ej., quien facilita al autor la botella con la que agrede a la víctima, será cómplice, mientras que el líder del grupo que, en medio de la reyerta, dirige contra uno de sus rivales al más aguerrido de sus integrantes, podrá ser responsabilizado como instigador. Sobre las características que ha de reunir la conducta del autor para ser típica de homicidio en riña, cfr. *infra* VIII. Agradezco a José Béguelin su observación acerca de la necesidad y pertinencia de esta aclaración.

penal parecería asentarse así en el mero azar, en abierta confrontación con el principio de culpabilidad.

Pero además, si de acuerdo con los arts. 95 y 96, CP el monto de la sanción depende de la gravedad de las consecuencias para la víctima, ¿es posible afirmar la responsabilidad del autor sin establecer que su conducta haya tenido alguna incidencia en su producción?

El conflicto constitucional basado en el principio de culpabilidad podría quedar plenamente subsistente: *A* responde por la riña con resultado de muerte dado que *B* mató de un disparo a *C*, a quien el primero le había dado un golpe de puño en el abdomen de consecuencias indeterminadas. La sola exigencia de que *A* hubiera visto que *B* estaba armado no parece suficiente para hacer responder al primero por el episodio, cuando la responsabilidad se circunscribe solo a los que ejercieron violencia sobre la víctima muerta y la magnitud de la sanción se define en función de un resultado en particular al que el autor no contribuyó. Es que si de lo que se trata es del mero deber de no tomar parte en una gresca que puede terminar en graves consecuencias a causa de que alguno de sus intervinientes se encuentra armado, o bien, en general, debido al grado de violencia que se desarrolla en ese contexto, entonces, como lo ha hecho la legislación alemana, la responsabilidad por la infracción a ese deber tendría que recaer sobre todos los participantes en igual medida.

La proyección de la punibilidad sobre quienes atacaron a la persona que resultó muerta o herida en el contexto de la riña y la determinación de la escala penal de acuerdo con la gravedad de las consecuencias para esa víctima en concreto (según sea el resultado de lesiones leves, graves o gravísimas o bien de muerte; arts. 95 y 96, CP), parece exigir una vinculación especial entre la conducta y los resultados por los que en definitiva se responde: si no se establece una relación personal entre el autor y las consecuencias de las que depende no solo el sí o no de la sanción sino también su cuantificación, el conflicto de orden constitucional queda plenamente subsistente.

VIII. Un tipo penal difícil de interpretar

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, se presenta a continuación una propuesta de interpretación que en su recorrido intenta a la vez dar cuenta de la incidencia de categorías que se

suponen propias de la parte general en la reflexión sobre el alcance de los tipos penales de la parte especial del derecho penal.[47]

Una primera aproximación a la definición del ámbito de aplicación del delito de homicidio en riña sugiere que sus límites se fijan, ante todo, al diferenciarlo de otras figuras posiblemente concurrentes frente a un comportamiento que coincida literalmente con la descripción del art. 95, CP. Pues el ejercicio de violencia sobre una víctima que resulta muerta en el escenario de una riña en la que intervienen más de tres personas —incluso pese a que el agresor que provocó en definitiva la muerte no haya podido determinarse—, según se sostiene de modo uniforme en la doctrina, solo será típico de homicidio en riña en la medida en que la violencia ejercida sobre la víctima no haya constituido la ejecución de un plan previo de los agresores, es decir, en tanto pueda descartarse la coautoría, o bien, en términos más amplios, la participación criminal, en un homicidio doloso. Si en el marco de una riña uno de los participantes derriba de un golpe a la víctima y permite así que otro de los intervinientes, con quien actúa de manera conjunta, la apuñale mortalmente, se da un supuesto de participación en el delito de homicidio, aun cuando no pueda establecerse cuál de los dos agresores provocó la herida mortal. Idéntica conclusión cabe en el caso de un ataque simultáneo de tres participantes en la riña contra una víctima a la que golpean en conjunto hasta provocarle la muerte. La calificación del hecho como homicidio doloso no se ve modificada por la circunstancia de que, en ese contexto de actuación, no se sepa cuál de los atacantes aplicó en definitiva el golpe que resultó mortal. Aquí cobra un sentido concreto el requisito típico de espontaneidad mencionado en general por la doctrina nacional: la violencia ejercida debe haber sido decidida de modo unilateral (y no en concierto con otros) por cada uno de los atacantes.

[47] Un enfoque relacionado también con principios y categorías dogmáticas de la parte general ha sido presentado por YAPUR, *supra* nota 38, p. 60 ss. El autor, sin embargo, por un lado arriba a conclusiones que en gran medida limitan el alcance del tipo penal, al circunscribirlo a la tipificación de una participación imprudente en el homicidio doloso cometido por un tercero no identificado y, por otro, no justifica por qué sería constitucionalmente admisible basar la responsabilidad atribuida a quienes ejercieron violencia sobre la víctima que resultó muerta o herida en la riña, en la ineficiencia de la investigación estatal para determinar quién ha sido el autor del homicidio doloso, pues si este fuera identificado, según Yapur, decaería la responsabilidad en los términos del art. 95, CP. Parece claro, por lo demás, que si quisiéramos sostener que las limitaciones para individualizar al autor del crimen pueden ser cargadas a quienes crean las dificultosas condiciones en que se lleva adelante la investigación del hecho, tendríamos, por un lado, que acreditar que el modo en que se desarrolló la riña hizo imposible el esclarecimiento del caso y descartar todo déficit en la individualización de posibles testigos y en la recolección general de la prueba y excluir cualquier indicio de que los investigadores se hayan conformado con la atribución de responsabilidad en los términos del art. 95, CP y, por el otro, justificar la razón por la cual, como antes ya se expresó en el texto, solo habrán de responder quienes ejercieron violencia sobre la víctima cuando, como es evidente, el contexto que dificulta la averiguación de lo ocurrido es atribuible a todos los participantes en la riña.

Este mismo enfoque, que pretende fijar el alcance del art. 95, CP en el marco de su delimitación con el homicidio doloso, nos lleva al extremo opuesto al recién presentado, es decir, a aquellos casos en que la muerte es producto de un curso causal que opera de modo independiente de las otras causas concurrentes. Ejemplo: *A*, *B* y *C*, actuando cada uno en forma autónoma, golpean sucesivamente a *E* en distintas partes del cuerpo. Segundos más tarde, mientras *E* sigue participando en la gresca, *D* le asesta en la cabeza un golpe con una piedra que provoca su muerte inmediata ya por ese solo golpe y sin interacción con los demás. En este caso existe un único autor de la muerte de *E*, a saber: *D*, quien ha de responder por homicidio simple (art. 79, CP), y queda descartada la aplicación del delito de homicidio en riña. Esta consecuencia operará aun cuando la identidad de *D* no pueda ser establecida en el proceso, es decir, aunque el hecho se desarrolle en términos literalmente coincidentes con el tenor del art. 95 y se dé en el caso, precisamente, la condición de producirse una muerte en el contexto de la riña "sin que conste quién la causó". A esta segunda constatación se arriba en la medida en que por su incompatibilidad con principios constitucionales queda descartada la exégesis tradicional, según la cual esta figura sería aplicable en aquellos supuestos en que por un déficit probatorio no fuera posible establecer la identidad del autor del ataque mortal.[48] En definitiva, cuando un curso causal independiente haya conducido a la muerte en el contexto de una riña, será el autor de este (entre todos aquellos que también hayan atacado a la víctima) el único responsable penalmente por el homicidio, sin importar si en los hechos la investigación permite su identificación o no. Siempre que exista una causa autónoma del homicidio, la figura del art. 95, CP quedará desplazada por la aplicación del ilícito de autor único correspondiente —en el ejemplo, art. 79, CP—.

Sobre la base de estos puntos vista es posible ensayar una interpretación de la llamada cláusula negativa contenida en la formulación legal, relativa a que no exista constancia acerca de quiénes causaron la muerte, compatible con principios constitucionales. La fórmula contenida en el texto legal ha de ser entendida, en contraste con lo anterior, como exigencia de que no se haya verificado un curso causal, atribuible a uno o a varios agresores que obran en conjunto, que condicione por sí solo la muerte y, en esta medida, la frase *sin que conste quién la causó* significa, en el tipo de

[48] Un legislador que pretenda penalizar el hecho de que, precisamente, se genere una situación que impida identificar al autor de ese grave ataque, tendrá que prever, quizá como delito contra la administración de justicia (de manera similar a la regulación del encubrimiento), un tipo penal que fije la responsabilidad de todos aquellos que coadyuven a la creación de ese contexto en el que la comisión del crimen pueda quedar impune, es decir, todos los participantes en la riña. Pero nada de esto se corresponde con la responsabilidad derivada del art. 95, CP, que, en su regulación como delito contra las personas, limita la punibilidad a quienes ejercieron violencia sobre la específica víctima que resultó muerta o lesionada y gradúa la sanción en función de la gravedad de las consecuencias.

interpretación, *sin que conste que alguien, autónomamente*, esto es, con prescindencia de la actividad de otros agresores de la víctima no concertados con aquel, *haya causado el resultado*; pues si se descarta la participación criminal y también la vinculación causal de la conducta de cada agresor de la víctima con el resultado de muerte (solo uno de los aportes ha sido relevante) no existirán bases para sostener la responsabilidad de cada atacante por ese desenlace fatal.[49]

Entre ambos extremos, esto es, el del homicidio doloso (simple o calificado) en participación criminal y el del homicidio doloso (simple o calificado) de autor único, se ha de encontrar el ámbito propio de aplicación de la figura de homicidio en riña: si quienes ejercieron violencia sobre la víctima, sin ser autores ni partícipes en un homicidio doloso, han de responder por su muerte, el hecho típico se ha de caracterizar, para asegurar una mínima vinculación personal del autor con el resultado, cuando menos por la convergencia de sus aportes independientes en la producción del resultado de muerte. Pero esta identificación del hecho típico como una forma de intervención paralela, obliga todavía a encontrar un motivo por el cual esa consecuencia más grave, derivada de la sumatoria de cada actuación individual, pueda ser atribuida a todos los que de manera inconexa agredieron a la víctima.

Como primera aproximación, la situación típica de este ilícito, con esos rasgos elementales, remite al problema, bien conocido en la dogmática penal, de la causalidad acumulativa que se presenta cuando el resultado es producto de diversos cursos causales por sí mismos insuficientes para alcanzarlo y cuya confluencia no ha sido planeada por los autores.[50] Ejemplo usual: *P* y *Q*, actuando cada uno en forma independiente y sin conocer la conducta del otro, colocan en el té de *R* el 50% de la dosis de veneno que resultaría eficaz para provocar su muerte. El fallecimiento efectivamente se produce por la interacción de ambas dosis. En este supuesto, cada aporte ha sido causa del resultado, pero en la medida en que a cada interviniente no le es imputable la acción del

[49] A la inversa, esta interpretación supone, como se sostiene más adelante en el texto, que el tipo penal no descarta su aplicación por la mera identificación de aquel que provocó la muerte (p. ej., está acreditado que A aprovechó el desconcierto de B luego de haber recibido varios golpes de otros contendientes en la riña para poder apuñalarlo y provocar así su muerte), sino que para desplazar esta figura se requiere que alguien haya producido ese resultado de manera autónoma, lo cual se deriva como una consecuencia inevitable de la necesidad, conforme a la jurisprudencia de la Corte y por imperio del principio de culpabilidad, de verificar cuando menos un nexo de causalidad entre la violencia ejercida por los agresores y el desenlace fatal. Si esto es así, es claro que la sola circunstancia de que "conste quién causó la muerte" no puede desplazar la aplicación de la figura, porque verificar que los atacantes efectivamente "causaron" es presupuesto de su operatividad constitucionalmente admisible: una misma circunstancia no puede, a la vez, tornar aplicable e inaplicable el tipo penal.

[50] Cfr. WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*, 46.ª ed., Lima, 2018, trad. de Raúl Pariona Arana, n.º m. 223; OTTO, *Manual de Derecho Penal*, 7.ª ed., Barcelona, 2017, trad. de José Béguelin, § 6, n.º m. 20 s., § 7, n.º m. 82 ss.; FRISTER, *Derecho Penal, Parte General*, *supra* nota 25, cap. 9, n.º m. 9, p. 181.

otro (ya por falta de conocimiento y de previsibilidad fallarían tanto la imputación dolosa como la imprudente), ninguno responderá por delito consumado, sino a lo sumo por tentativa. Es claro que esta solución dogmática no resuelve la cuestión de la responsabilidad por el homicidio en riña, precisamente porque la conclusión para el problema de la causalidad acumulativa es, por regla, la de la imposibilidad de atribuir el resultado a cada uno de los intervinientes. Sin embargo, el planteo ayuda a poner en evidencia las condiciones mínimas para pensar por qué podría llegar a ser posible atribuir la muerte a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima en el marco de la riña, a saber: porque todos contribuyeron a provocarla.

La tipicidad del comportamiento exigirá entonces, en primer lugar, que la violencia ejercida por cada uno de los atacantes haya sido co-causal del resultado, es decir, que la muerte sea la consecuencia conjunta, p. ej., de los múltiples golpes recibidos. Así, en el caso anterior en que *A*, *B* y *C*, actuando independientemente entre sí, golpean sucesivamente a *E* en distintas partes del cuerpo, será necesario que la muerte sea derivación de la totalidad de las lesiones producidas, es decir, que la interacción de cada uno de los golpes haya provocado un deterioro tal de la integridad física del agredido, que conduzca finalmente al desenlace fatal. Se cumpliría así un *primer requisito* de la imputación del resultado a todos los intervinientes: la co-causalidad.

Esa conexión objetiva entre autor y resultado quedará satisfecha de modo más general —es decir, más allá de la configuración particular del caso presentado— en todos aquellos supuestos en que el actuante, mediante su acción, condicione positivamente la realización del resultado. Ejemplo: en el marco de una riña, *A* golpea fuertemente a *B* en la cabeza, dejándolo aturdido y sin visión por unos instantes. Esta situación es aprovechada por *C*, un contendiente que fuera de ese supuesto no habría tenido chance alguna ante un enfrentamiento con *B*, para asestar contra este un golpe letal. En este supuesto, *A* podría hacerse responsable en los términos del art. 95, CP, mientras que *C* lo sería por homicidio doloso.[51]

Pero dado que por falta de plan criminal esa primera constatación objetiva es insuficiente por sí para hacer responder a todos los intervinientes por el resultado co-causado (conclusión propia del problema de la causalidad acumulativa), se necesitará aún, como *segundo requisito*, establecer una razón que permita afirmar que, pese a la ausencia de acuerdo previo, los aportes de cada uno son

[51] Si, p. ej., por la similitud de rasgos físicos entre A y C, no pudiera acreditarse en el proceso quién fue el que asestó el golpe mortal, *in dubio pro reo*, ninguno de ellos lo hizo y ambos responderán por homicidio en riña.

recíprocamente imputables y por ello al autor se lo hará responsable no solo de las lesiones provocadas por él de manera directa, sino también de las más graves consecuencias derivadas de la conexión de su conducta con la de otros intervinientes en la gresca. Es decir, aquel resultado de muerte, alcanzado solo por la interacción de diversos cursos causales introducidos de modo independiente por los autores, podrá ser reprochado a todos solo en la medida en que exista también un fundamento que permita sostener que la actuación de los otros es asunto de cada uno de los que ejercieron violencia sobre la víctima y contribuyeron causalmente a alcanzar la consumación.

Un primer argumento podría rezar: en el contexto de la riña, es posible prever la interconexión de la conducta de cada uno de los intervinientes en el pleito. Sin embargo, es sabido que la sola previsibilidad del resultado típico es insuficiente para fundar la responsabilidad penal. Ejemplos usuales: al conductor del automóvil le está permitido, con semáforo habilitante, cruzar la bocacalle sin disminuir la velocidad, pese a la previsibilidad, estadísticamente comprobada, de que un motociclista que circule por la otra vía no respete la prohibición de paso de la luz roja; está permitido prestar al vecino un filoso cuchillo parrillero pese a la eventual previsibilidad, derivada de pasadas discusiones altamente agresivas entre el vecino y su esposa, de que termine por ser utilizado en un ataque mortal.

Como contrapartida de tales supuestos en los que, pese a afirmarse tanto la causalidad como la previsibilidad, no es posible conectar al autor con un resultado lesivo derivado de la interacción de su conducta con el comportamiento contrario a derecho del otro interviniente (en los casos dados: muerte ocasionada por la colisión de los vehículos ante el cruce intempestivo del motociclista; homicidio de la mujer a manos de su esposo, con el cuchillo del vecino; casos de atipicidad del comportamiento del automovilista y del dueño del cuchillo, respectivamente), se presentan en la doctrina reglas a partir de las cuales pueden abordarse supuestos en los que ya no es posible confiar en un comportamiento fiel al derecho de los demás intervinientes en el contexto de actuación en que se produce el hecho y, por tanto, se impone al autor el deber de evitar su conducta. Así, siguiendo los mismos ejemplos, si el motociclista ha emprendido ya el cruce en infracción, el automovilista carga con el deber de disminuir la velocidad para evitar la colisión (lo propio sucedería si, pese a no haber iniciado el cruce, fuera manifiesto para el automovilista que no va a poder acatar la prohibición de paso, p. ej. por la escasa distancia hasta la bocacalle y la excesiva velocidad con que conducía), al igual que el vecino ha de abstenerse de entregar el cuchillo si se dispone a hacerlo cuando una nueva disputa físicamente violenta entre la pareja se está ya desarrollando. La realización del comportamiento en tales supuestos hace responsable al autor por el devenir de un suceso que se

desarrolla de la mano del comportamiento contrario a derecho de un tercero que también ha de responder por su infracción.[52]

A partir de este tipo de supuestos, planteados en la dogmática penal como problemas de imputación objetiva,[53] es posible continuar el estudio de las exigencias típicas del homicidio en riña. El abordaje desde la perspectiva de estas categorías permite observar que, en el contexto de la riña, no se trata de la sola previsibilidad del resultado típico, sino que se configura precisamente el supuesto de excepción a la exclusión de responsabilidad ligada a la posibilidad de confiar en el comportamiento ajustado a derecho de los demás actuantes, esto es, el supuesto en el que el posible quebrantamiento de la norma por parte de ellos se halla suficientemente condicionado y estas circunstancias son conocidas por el autor.

Como segundo requisito de la configuración típica puede entonces afirmarse que el tomar parte en una riña implica actuar en un contexto en el cual se debe contar con que otros intervinientes puedan golpear o hayan golpeado a la misma víctima, es decir, forma parte de los riesgos con que carga cada uno de los participantes el que el agredido pueda ya encontrarse físicamente debilitado por golpes recibidos en ese marco o bien el que todavía sea objeto de nuevas embestidas. Estos riesgos, por lo demás, no solo le son previsibles al autor sino también imputables dada la inmediatez del contexto en que actúa, pues en una situación tal decae para el autor su derecho a confiar en el comportamiento ajustado a derecho de los demás intervinientes.

De esta manera, al ejercer violencia física sobre un contendiente en la riña se genera, en primer lugar, el riesgo concreto, dominado por el autor, de provocar una lesión producto de los golpes asestados (hecho propio del obrar doloso), pero también riesgos abstractos, difusos o todavía no perfectamente determinados (característicos del obrar imprudente), *previsibles e imputables* al autor,

[52] En el caso del motociclista, la solución se ve quizá todavía con mayor claridad si, con motivo de la colisión, se lesiona a un transeúnte que caminaba por la vereda.

[53] Estas cuestiones son tratadas, especialmente, en el marco de las categorías de principio de confianza y prohibición de regreso. Cfr. ROXIN, *supra* nota 25, 24/21 ss., 24/26 ss., JAKOBS, *supra* nota 23, 7/51, 7/56 ss., FRISTER, *supra* nota 25, cap. 10, n.º m. 10 ss., p. 202 ss. Aunque puede objetarse que, en los ejemplos dados, se trata de definir el carácter prohibido o permitido del comportamiento, mientras que en el ejercicio de violencia sobre la víctima, en el marco de la riña, se está de antemano frente a un comportamiento prohibido por el delito de lesiones (arts. 89 ss., CP), lo cierto es que en la medida en que el legislador ha pretendido responsabilizar al autor por resultados que exceden las meras lesiones causadas de manera dolosa por su actuación, se trata aquí de determinar si su conducta se encuentra prohibida también por generar el riesgo, no concreto y determinado (no doloso), de que esa violencia derive en más graves consecuencias por su interacción con la ejercida por terceros en ese contexto. En esa medida se trata de la definición del alcance de la prohibición y por tanto de si se ha generado o no un riesgo prohibido a este respecto.

de que esas lesiones, por la dinámica propia de la riña,[54] entren en interacción con otras producidas en ese contexto y conduzcan a resultados más graves, sea por la sumatoria de lesiones, sea porque la situación debilitada de la víctima posibilite que otro interviniente en la gresca pueda provocar un ataque mortal.[55]

En definitiva, sobre la base de que en el momento en que el autor ataca a la víctima, o bien desconoce que esta ha sido objeto de una violencia tal que su intervención podría ya resultar letal (caso contrario: autoría de homicidio doloso), o bien actúa en un contexto en que los riesgos de nuevas embestidas resultan todavía indeterminados (caso contrario, esto es, si interviene junto a otros en un ataque común: participación en el delito de homicidio), la figura viene así a plasmar en un texto legal una especial forma de delito preterintencional, a saber, aquel en que el hecho doloso del autor se interconecta con riesgos propios del ilícito imprudente, no condicionados por el autor sino derivados del actuar de terceros intervinientes en la riña.

El ilícito propio del homicidio en riña, en suma, compuesto así de una atribución dolosa, relativa a la violencia ejercida por el propio actuante, y de una atribución imprudente del resultado más grave alcanzado por la concurrencia de todos los aportes co-causales, contiene la formulación de un reproche penal que se sustenta en la responsabilidad personal del autor por el hecho.

Esta explicación permite además una adecuada inserción sistemática de esta figura legal. Pues, así interpretado, el delito de homicidio en riña presenta una diferencia estructural que justifica su regulación especial frente al ilícito del homicidio preterintencional del art. 81, inc. 1, b) del Código Penal, y prevé una sanción (reclusión o prisión de dos a seis años) que, con justificada atención al riesgo —aun cuando en cierta medida indeterminado, pero igualmente particularmente alto— de

[54] En cambio, pese a afirmarse la relación causal, quedan fuera del alcance del tipo penal aquellos supuestos en que falta la realización del riesgo prohibido creado por el autor, o bien, en otros términos, se realiza un riesgo no abarcado por el ámbito de protección de la norma que prohíbe el homicidio en riña, es decir, casos en que quede descartada la llamada relación de riesgos. Así, p. ej., es posible que una víctima debilitada por los golpes se encuentre tendida en el piso casi desmayada y que, en esa situación, sea alcanzada por el disparo de un vecino que, harto de los ruidos de una gresca de medianoche, hace algunos disparos desde la terraza para disuadir a los contendientes. En este supuesto, el haber golpeado a la víctima hasta dejarla tendida en el suelo condicionó el resultado de muerte; sin embargo, no pertenece a los riesgos alcanzados por el tipo penal del homicidio en riña aquel generado por la conducta del vecino que mediante disparos quiere dispersar a los contendientes. En este tipo de supuestos, subsiste la responsabilidad penal del autor por las lesiones dolosas provocadas pero, por regla, fallará la imputación de la muerte de la víctima.

[55] En este sentido, puede entenderse la exigencia del tribunal superior neuquino, avalada por la Corte en el caso "Antiñir", de que el ejercicio de violencia sobre la víctima en el contexto de la riña importa desarrollar una conducta que resulta "generalmente idónea para producir el resultado de muerte o de lesiones".

que un resultado de muerte pueda producirse por la actuación violenta de los diversos intervinientes en la riña, descarta la eventual aplicación de la más leve de las penas contenidas en aquella disposición (prisión de uno a tres años) y coincide en su máximo con la más grave de las previstas para esa figura (seis años de reclusión).

Estas reflexiones coinciden, por último, con dos pautas centrales de la interpretación jurisprudencial actual, esto es, por un lado, la caracterización de esta infracción como delito preterintencional y, por el otro, la irrelevancia de que efectivamente se sepa quién dio el golpe que en definitiva resultó fatal: si los restantes presupuestos están cumplidos (causalidad de los aportes e imputación objetiva —entre las demás exigencias típicas del ilícito—), la figura resultaría aplicable "aunque esté probado quién fue el responsable de lo más grave",[56] e incluso aunque este hubiera actuado dolosamente y, por ello, deba responder por homicidio simple (o calificado, según las circunstancias). Conforme a otros ejemplos dados: en el contexto de la riña, *A* encuentra a *B* malherido y tendido en el suelo. Consciente de que es altamente probable que *B* no pueda resistir ya una nueva embestida, descarga contra él una feroz patada en su abdomen que, en conexión con sus restantes lesiones, provocadas por *X* y *Z*, conduce a una hemorragia interna mortal. *A* debe responder como autor de homicidio simple (o eventualmente agravado), mientras que *X* y *Z* serían punibles por homicidio en riña.

IX. Conclusiones

Los distintos abordajes presentados a lo largo del trabajo dan cuenta de los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia por superar el conflicto entre el interés general en que hechos de tan graves consecuencias como los aquí analizados no queden impunes y el resguardo de principios fundamentales rectores en el ámbito penal; un conflicto generado por una redacción legal que parece haberse desentendido de parámetros constitucionales elementales para concentrarse, sin atender a los costos, en evitar la impunidad.

En este marco, se ha sostenido una interpretación que toma en consideración la cuestionable fórmula "sin que constare quiénes causaron" los resultados lesivos producidos en el contexto de la riña, y brinda razones que, previa delimitación del ámbito propio de aplicación del homicidio en riña frente al homicidio doloso, permiten sostener una imputación personal de esos resultados y

[56] Cfr. dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la H. Cámara de Senadores que se describe en el consid. n.º 13 del voto de mayoría.

justifican, por un lado, que la punibilidad recaiga solo sobre quienes ejercieron violencia sobre la víctima y, por otro, que la medida de la pena se determine en función de la gravedad de las consecuencias. Bajo las pautas presentadas se ha pretendido, a la vez, resguardar adecuadamente principios constitucionales rectores en materia penal.

A modos de síntesis, tales argumentos rezan:

– En los supuestos de homicidio en riña la *violencia* ejercida tiene que haber sido *decidida de modo unilateral* por cada uno de los atacantes, y no en concierto con otros, pues si los intervinientes obran de manera acordada, se configura un homicidio doloso en participación criminal.

– En aquellos casos en que la muerte sea producto de un *curso causal* que opera de modo *independiente* de las otras causas concurrentes, la figura del art. 95, CP quedará desplazada por la aplicación del *ilícito de autor único correspondiente*, p. ej. art. 79, CP. Preservar la vigencia del *principio de culpabilidad* obliga, en tales supuestos, a *responsabilizar por la muerte solo a aquel que la causó o aceptar la impunidad* en caso de que el autor no pueda ser determinado, pues impide en términos absolutos atribuir ese resultado, incluso con una pena disminuida (art. 95, CP), a aquellos respecto de quienes solo se tiene la sospecha de que pueden ser los autores por haber atacado a la víctima en el contexto de la riña.

– La cláusula "sin que conste quién causó la muerte" significa, siguiendo esta interpretación, *sin que conste que alguien, autónomamente*, esto es, con prescindencia de la actividad de otros agresores de la víctima no concertados con aquel, *haya causado el resultado*. Recién a partir de esta constatación, puede establecerse el ámbito de aplicación del art. 95, CP.

– El *hecho típico propio de la figura de homicidio en riña* se caracteriza —más allá de los requisitos no problemáticos, relativos al contexto de riña y al número mínimo de intervinientes—, en primer lugar, por la *convergencia de aportes independientes* en la producción del resultado de muerte: la violencia ejercida por cada uno de los atacantes debe ser co-causal del resultado. Esta forma de intervención paralela que da lugar a una causalidad acumulativa asegura una mínima vinculación personal del autor con el resultado.

– Tras esa primera verificación, se presenta en este contexto, en segundo lugar, una razón que permite afirmar que, *pese a la ausencia de acuerdo previo, los aportes de cada uno son recíprocamente imputables* y por ello al autor se lo hará responsable no solo de las lesiones provocadas por él de

manera directa, sino también de las más graves consecuencias derivadas de la interconexión de los distintos ataques a la víctima: *en el marco de una riña decae para el autor la posibilidad de confiar en el comportamiento ajustado a derecho de los demás intervinientes*, es decir, forma parte de los riesgos con que carga cada uno de los participantes el que el agredido pueda ya encontrarse físicamente debilitado por golpes recibidos o bien el que todavía sea objeto de nuevas embestidas.

– El art. 95, CP contiene una *especial forma de delito preterintencional* en la que el hecho doloso del autor se interconecta con riesgos propios del ilícito imprudente, no condicionados por él sino derivados del actuar de terceros intervinientes en la riña.

Con estos fundamentos, en suma, se ha intentado presentar una interpretación del tipo penal que, sin entrar en contradicción con el texto constitucional, contemple una descripción de sus exigencias típicas que permita tanto deslindar la aplicación de esta figura de casos propios del delito de homicidio doloso, como circunscribir una situación de hecho característica del homicidio en riña que tenga una clara referencia práctica. Si estas ideas llegan a la discusión de la doctrina y a los análisis de la jurisprudencia, podrá evaluarse si algunos de esos objetivos pudieron ser cumplidos.[57]

X. Bibliografía

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, "Sobre riñas y muertes", La Ley 2006-F, Buenos Aires, p. 235.

CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, t. I, 3.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1990.

CREUS, Carlos / BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal, Parte especial*, t. 1, 7.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007.

FRISTER, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, trad. de Marcelo A. Sancinetti.

GARCÍA, Jorge A. L., en: Baigún / Zaffaroni (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. III, 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

[57] Agradezco aquí la generosidad con que el juez Javier de la Fuente consideró la posición sostenida ya en "¿'Presunción de autoría' en el delito de homicidio o lesiones en riña (art. 95 CP)?" (ver nota *), al emitir su voto en el caso "S., O. M. y otros s/ lesiones en riña" (causa n.° 303, del Tribunal Oral en lo Criminal n.° 27, 12/4/2012).

IELLIN, Dalia / PACHECO Y MIÑO, Julio A., en: D'Alessio (dir.), *Código Penal comentado y anotado*, t. II, 2.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.

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

KISS, Alejandro, "Homicidio y lesiones en riña", en: Pastor [dir.], *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 306.

NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, t. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.

OTTO, Harro, *Manual de Derecho Penal*, 7.ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, trad. de José R. Béguelin.

PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Carl Heymanns, Köln, Berlín y otras, 1999.

—, "¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos conforme al § 263 StGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas", en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, n.º 4/2008, p. 541-551, trad. de Paola Dropulich.

—, "¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación?", en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n.º 5/2011, p. 809-815, trad. de Paola Dropulich y Martiniano Guerra.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1997, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal.

SANCINETTI, Marcelo A., "La relación entre el delito de 'abandono de persona' y el 'homicidio por omisión'", en: Ziffer (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 247.

STREE, Walter, en: Schönke / Schröder, *StGB Kommentar*, § 231, 27.ª ed., Beck, Múnich, 2006.

SIMAZ, Alexis, "El homicidio en riña y su problemática interpretación constitucional", en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n.º 3/2012, p. 407.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, 4.ª ed., 11.ª reimpr., TEA, Buenos Aires, 2000.

VARACALLI, Daniel C., "Antiñir: un caso de responsabilidad penal para civilistas", en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n.º 4/2007, p. 666.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*, 46.ª ed., Instituto Pacífico, Lima, 2018, trad. de Raúl Pariona Arana.

WESSELS, Johannes / HETTINGER, Michael / ENGLÄNDER, Armin, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 42.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2018.

YAPUR, Ariel, "La dudosa adecuación constitucional de las figuras de homicidio y lesiones en riña: a la vez un estudio sobre los alcances del principio de culpabilidad", en: Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 61.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 9, pp. 40-55.

LA NO TAN SANA CRÍTICA RACIONAL

Dr. Diego DEI VECCHI*

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2019
Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2019

Resumen
El artículo intenta hacer explícitas las razones por las cuales los sistemas jurídico penales actuales son deficientes a la hora de proporcionar criterios adecuados para determinar cuándo las premisas fácticas de las decisiones judiciales están suficientemente justificadas. Recurriendo a una serie de distinciones provenientes del campo de la epistemología y de la filosofía del lenguaje se elucidan las razones de esa deficiencia y se muestra cuáles son los obstáculos que debe enfrentar toda empresa que pretenda solucionar el problema. A partir de allí, el texto reconstruye las dos principales líneas de pensamiento que, en la actualidad, intentan desde el ámbito académico proporcionar las herramientas adecuadas para superar esos obstáculos.

Palabras clave: sana crítica racional – estándar de suficiencia probatoria – prueba – verdad

Title: Not so Sound Rational Critique

Abstract
The article attempts to make explicit the reasons why current criminal justice systems are deficient in providing adequate criteria for determining when the factual premises of judicial decisions are sufficiently justified. Using a series of distinctions drawn from the field of Epistemology and the Philosophy of Language, it elucidates the reasons for this deficiency and shows what obstacles any attempt seeking to solve the problem must face. From there, the text reconstructs the two main lines of thought that, at present, try to provide the adequate tools to overcome those obstacles.

Keywords: Sound Rational Critique – Standards of Proof – Evidence – Truth

Sumario: I.; II.; III.; IV.; V.; VI.; VII. Bibliografía.

* Investigador, Universidad de Girona. Agradezco a Jordi FERRER BELTRÁN por sus comentarios a una versión preliminar de este texto así como también a las dos personas que dictaminaron la versión final en modo anónimo.

"La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un *juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente* y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no o se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que esta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado".[1]

I.

En el ámbito de la filosofía del lenguaje hay quienes piensan que el acto lingüístico de aseverar tiene una importancia crucial. Para algunos esto se debe a que se trata de un acto de habla prioritario respecto de otros actos lingüísticos, como los de preguntar, ordenar, alertar, etc. Pero, ante todo, esa prioridad residiría además en que al aseverar asumimos compromisos que dejan entrever presupuestos filosóficos más profundos acerca de cómo está constituido el mundo.[2]

Entre esos compromisos, dos resaltan especialmente. El primero es el compromiso con algún concepto de verdad y con ciertas formas de corrección. Más específicamente, en cada aserción que llevamos a cabo nos comprometemos con que el contenido aseverado es verdadero a la luz de una noción más profunda de "verdad". P. ej., quien asevera que "Dios existe" se compromete con la verdad de la proposición expresada en ese enunciado, es decir, con que Dios, en efecto, existe. El segundo compromiso es con el tipo de razones disponibles para mostrar a su interlocutor que la proposición es verdadera. No toda razón que alguien pueda alegar en favor del contenido de una aserción es el tipo de razón adecuada para ello.[3]

Un caso de recurso al tipo de razones inadecuado es el de PASCAL, al menos si se lo entiende como un argumento para creer en la existencia de Dios. PASCAL afirmaba que, como toda otra proposición, aquella según la cual Dios existe podía ser verdadera o no serlo. Ahora bien, si

[1] CSJN, "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", 20 de septiembre de 2005 (Fallos: 328:3399). El resaltado es propio.

[2] Véase QUINE, "Acerca de lo que hay", en *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona, Orbis, 1984.

[3] Sobre la noción de *aserción* aludida véase ALSTON, *Illocutionary Acts & Sentence Meaning*, Ithaca, N.Y. - London, Cornell University Press, 2000, p. 120, y algunas consideraciones sobre su especial carácter en SBISÀ, "Assertion among the Speech Acts", en GOLDBERG, *The Oxford Handbook on Assertion* (*forthcoming*), Oxford, Oxford University Press, 2009. La idea de *razones del tipo adecuado* se remonta a STRAWSON, "Libertad y resentimiento", en STRAWSON, *Libertad y resentimiento y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1995 [1968]. Véase también DARWALL, *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, Cambridge - Massachusetts - London, Harvard University Press, 2006.

creyésemos que fuera verdadera y si ese fuera el caso, luego de nuestra muerte viviríamos eternamente en el paraíso (por cierto, siempre que además hubiéramos hecho algunas cosas más, "incluso aquellas que contradicen a las otras"). En cambio, si tuviéramos esa creencia y Dios no existiese, nada ocurriría que no hubiera ocurrido de cualquier modo, siendo o no creyentes. En contraste, si no creyésemos en Dios y la proposición fuera, sin embargo, verdadera, luego de nuestra muerte estaríamos condenados a vivir en el infierno. Por lo tanto, parece, tenemos "razones" para creer en Dios.

Algo parecido sucede con aquellas personas creyentes que, a efectos de justificar su creencia en Dios, alegan el hecho de que esa creencia les depara paz o algún tipo de bienestar en su vida cotidiana. Quizás el nivel de sospecha aumentaría frente al astrónomo que asegurara que hay vida en otros planetas y apoyara su aserción en consideraciones relativas a la magnánima felicidad que esa creencia le deparara o en lo irrefrenable e intenso de la convicción que sintiera al respecto. Mucho menos indulgentes seríamos con el médico o la médica que nos garantizara que no tenemos una determinada enfermedad y alegara en favor de su aserción el hecho de que, si tuviéramos esa enfermedad, debería intervenirnos quirúrgicamente y eso le impediría hacer el viaje que tiene planeado. Simétricamente, ninguna gracia nos causaría recibir una condena penal o ser sometidos a una medida de coerción porque las personas que nos juzgan determinan que hemos cometido el delito del que se nos acusa o que somos peligrosos para el proceso iniciado en nuestra contra, todo sobre la base de que si así no lo creyesen y aseverasen la prensa hablaría mal de ellas o, simplemente, invocaran una corazonada vehemente respecto de que somos culpables o peligrosos.

Lo que está mal respecto de los argumentos delineados en todos los ejemplos precedentes es que no recurren al tipo adecuado de razones para la conclusión que quieren sustentar. En efecto, como decía QUINE, el procedimiento fundamental para determinar la verdad de un enunciado es compararlo de un modo u otro con el mundo o, al menos, con nuestra experiencia del mundo.[4] Ni los estados emocionales ni los beneficios que la verdad del enunciado depararía son modos de contrastar el enunciado con la realidad. En todo caso, a la inversa, es precisamente el estar convencido o tener la certeza acerca de la verdad del enunciado lo que requiere de una genuina

[4] QUINE, *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 25.

justificación, al tiempo que lo beneficioso o agradable que ello pueda resultar son razones inaptas a estos efectos.[5]

Esto conduce a la necesidad de distinguir entre dos tipos de razones de muy distinta índole, a saber: las razones epistémicas y las razones para la acción. En términos muy generales, quizás algo rudimentarios pero suficientes en este marco, las razones para la acción son aquellas que justifican hacer algo, al tiempo que las razones epistémicas son aquellas que justifican el contenido de nuestros enunciados acerca del mundo. En la filosofía esta distinción suele ir a la par de la distinción entre razonamiento teórico y razonamiento práctico, distinción no pacífica, claro está.[6]

II.

Pues bien, lo que la CSJN nos está diciendo en el fallo del que se toma el epígrafe (y lo que las cortes suelen decir a lo largo y ancho del planeta) es que para decidir si imponer o no una pena a una persona es necesario determinar antes si ella ha cometido el delito por el que se la acusa acudiendo al tipo de razones adecuadas para ello. Al menos en un mundo gobernado por una visión cientificista como el nuestro, el único tipo de razones que justifican una reconstrucción determinada de un hecho pasado son las razones epistémicas o, más simplemente, las pruebas.[7] Hay que desarrollar a estos efectos un razonamiento teórico para lo cual alcanza con limitarse a acudir a la sana crítica racional (SCR). O al menos esto es lo que parece pensar la Corte, en consonancia con

[5] Esta es una de las razones por las cuales se rechazan los criterios probatorios que identifican la suficiencia probatoria con estados mentales, aun cuando se trate de estados proposicionales. En estos casos, se dice "el derecho procesal penal hace que el EdP sea parasitario del nivel de confianza que el investigador o juzgador de los hechos (en este caso, el jurado) tenga en la culpabilidad del acusado. De modo que, para el derecho, tenemos una prueba de la culpabilidad del acusado cuando los miembros del jurado se sienten fuertemente persuadidos de ello (o cuando asignen a la hipótesis de la culpabilidad una probabilidad mayor a x, en el caso de un estándar probabilístico). Sin importar cómo hayan llegado a tener ese alto nivel de confianza, está probado. Esto pone las cosas precisamente del revés" (LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 126). En el mismo sentido LAUDAN, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en ÍDEM, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 70.

[6] Véase SCHROEDER, "The Unity of Reasons", en STAR, *The Oxford Handbook to Reasons and Normativity*. Oxford, Oxford University Press, 2018.

[7] No creo necesario discutir mayormente esta afirmación aquí, pero téngase en cuenta que no hay acuerdo acerca del carácter *objetivo* de considerar adecuadas a las razones que *nuestra* epistemología considera tales. Véase RORTY, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, Princeton University Press, 1979. Cfr. ALSTON, "Concepts of Epistemic Justification", *Epistemic justification. Essays in the theory of knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 1989 [1985]; HAACK, *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2009 [1993], cap. 9; BOGHOSSIAN, "How are objective epistemic reasons possible?", en *Philosophical Studies*, n.º 106, 1-2, 2001, BOGHOSSIAN, *Fear of Knowledge: against Relativism and Constructivism*, Oxford - New York, Clarendon Press - Oxford University Press, 2006.

muchos otros tribunales. Es más, la exigencia de que así se decidan las cuestiones de hecho en sede judicial parece "elevarse" a la categoría de derecho fundamental.

No obstante, analizada rigurosamente, la cuestión no es tan sencilla. La SCR suele ser considerada un sistema de valoración de la prueba, es decir, un método para atribuir peso probatorio a determinados elementos de prueba individualmente considerados y en su conjunto. Se trata de un método según el cual lo que determina el peso probatorio concreto de una prueba o de un conjunto de elementos de prueba es su valor estrictamente epistémico. Ese peculiar tipo de valor remite a los criterios comunes de justificación epistémica. De allí que usualmente se diga entre procesalistas que la SCR está constituida por las reglas de la lógica y de la experiencia común.[8]

La experiencia común nos permite generar máximas (a modo de reglas generales) en virtud de las cuales inferimos ciertas conclusiones. P. ej., quien una lluviosa mañana de otoño vea que el dorso de la campera para lluvia de su compañero o compañera de trabajo recién llegada tiene una salpicadura discontinua de chispas de barro que emulan una columna vertebral, puede inferir (abducir, dirán algunos) que esa persona ha llegado en bicicleta e incluso que esa bicicleta carece de guardabarros. Esa inferencia se justifica, luego, acudiendo —por lo menos— a una máxima construida a partir de la experiencia pasada. Las máximas de experiencia suelen justificarse mediante razonamientos de tipo inductivo.[9] Nuestro catálogo de máximas nos permite *explicarnos* eventos individuales por medio de lo que suele denominarse razonamiento abductivo. Y una conclusión abductiva, una explicación, suele justificarse por medio de cadenas de razonamientos deductivos que consisten en subsumir observaciones individuales en las máximas de experiencia, como reglas generales.[10] Pero ¿cuándo una explicación es lo *suficientemente buena* como para ser tenida por verdadera?

[8] Sobre los criterios de justificación epistémica puede verse el luminoso trabajo de HAACK, *supra* nota 7, especialmente los cuatro primeros capítulos. Para una introducción a la enorme gama de discusiones relativas a esos criterios, véase la compilación de artículos que propone POJMAN, *The Theory of Knowledge. Classical and Contemporary Readings*, Belmont [etc.], Wadswort, 1993. En el eslogan empleado muchas veces para "explicar" el sistema de valoración de la sana crítica, a las reglas de la experiencia común y las de la lógica se agregan las "reglas de la psicología". Nunca me ha quedado claro qué reglas epistemológicas aceptables pueda emplear la psicología para fundamentar sus aserciones más allá de las reglas de la lógica y las de la experiencia. Si existiesen reglas tales, cabría preguntarse en qué sentido son aceptables y sobre la base de qué parámetros lo son (¿los de la lógica y la experiencia común?).

[9] Sin embargo, hay máximas injustificadas o máximas eminentemente valorativas. Su carácter epistémicamente pertinente es, como mínimo, altamente dudoso. Véanse MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 89-92; GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México D.F., Fontamara, 2013.

[10] Véase TUZET, *La prima inferenza : l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, G. Giappichelli, 2006.

III.

El momento en que la CSJN emitió el fallo citado al inicio —cuya enorme repercusión se encauzó más hacia reflexiones relativas al llamado principio de inmediación que hacia las concernientes a la suficiencia probatoria— se sitúa temporalmente dentro de un periodo en el que la discusión en materia de prueba comenzaba a cobrar un espacio medular tanto en el marco del derecho procesal, donde se la había descuidado por mucho tiempo, cuanto en el ámbito de la filosofía del derecho. El lugar central en esa discusión lo ocuparía desde entonces el movimiento que hoy suele denominarse concepción racionalista de la prueba.

No es fácil decir cuáles son los postulados que caracterizan a esa concepción, pero podríamos decir que uno de sus ideales de fondo reside en hacer epistémicamente inteligibles las decisiones sobre la suficiencia probatoria o, en el mejor de los casos, colaborar con la legislatura aportándole criterios estrictamente epistémicos dirigidos a determinar cuándo un enunciado fáctico podrá considerarse probado en diversos contextos de decisión.[11] Llamaré a los partidarios de esta concepción "epistemólogos esperanzados", pues muchos confían en que es posible identificar y proponer límites de suficiencia probatoria genuinamente epistémicos. Ellos abogan, en definitiva, por un anhelo semejante al que la CSJN expresaba en el citado pasaje.

Sin embargo, el epistemólogo esperanzado no es tan ingenuo como para creer que el llamado a la epistemología o la remisión a las reglas de la SCR resuelvan todos sus problemas, sin más.[12] Por

[11] Véase, para una caracterización de la *concepción racionalista* y de sus presupuestos filosóficos, ACCATINO, "¿De qué hablamos cuando hablamos de concepción racionalista de la prueba jurídica?" (borrador en proceso de publicación proporcionado por la autora), 2018.

[12] De aquí que la distinción que trazo entre epistemólogos esperanzados y desengañados no deba confundirse con la que FERRAJOLI trazaba otrora entre ilustrados ilusos y desilusionados (véase FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005 pp. 62-64). Para FERRAJOLI el ilustrado se torna iluso si cree "que se puede alcanzar la verdad 'objetiva'", al tiempo que la verdad alcanzada en un proceso es siempre *relativa* o *aproximativa* (véase, p. ej., pp. 45, 50, 55, etc.). El desilusionado, por su parte, es quien cree que la verdad objetiva no es nunca alcanzable y que, por lo tanto, las decisiones sobre hechos en los procesos judiciales quedan libradas al más crudo subjetivismo, desatado de todo criterio de corrección. Ahora bien, la bipartición que hace FERRAJOLI me parece problemática, confusa, en tanto no distingue entre enunciado fáctico y enunciado probatorio, al tiempo que la distinción resulta, en este punto, crucial. A diferencia de cuanto afirma FERRAJOLI, la verdad que puede alcanzarse en el proceso (o en cualquier disciplina científica) respecto del *enunciado fáctico* (e.g. '*p*') no es *relativa*. Lo relativo son las razones en favor de ese enunciado, la prueba en su apoyo; si se prefiere, lo relativo es la corrección del *enunciado probatorio* (el que asevera que hay pruebas suficientes para aceptar que '*p*' es verdadero). La corrección de ese enunciado es relativa a un determinado conjunto de elementos probatorios a la luz de un cierto contexto práctico, un contexto en que debe adoptarse un determinado curso de acción (sobre el punto, véanse FERRER BELTRÁN,

el contrario, la irrupción del movimiento racionalista en materia probatoria trajo consigo una constatación que muchas de las figuras más representativas, acaso todas, pusieron rápidamente de manifiesto, a saber: al ser un método o sistema de valoración, la SCR no establece ni impone un criterio específico de suficiencia de las pruebas. A decir verdad, esto resulta bastante evidente, pues dentro de las reglas de la lógica a las que la SCR debe responder, suelen decir desde antaño los y las procesalistas, está el principio de razón suficiente. De modo que resolver de acuerdo con la SCR si una acusación contra una persona está o no probada exige aplicar un principio (¿realmente lógico?) cuyas condiciones de satisfacción no están dadas por la SCR misma.

Y todavía más, lo cierto es que ni la lógica ni la epistemología ofrecen límite de suficiencia alguno a partir del cual una hipótesis pueda considerarse probada. No es este tampoco el espacio adecuado para profundizar en este problema, pero pongámoslo así: toda máxima de experiencia se remonta, tarde o temprano, a un razonamiento de tipo inductivo y no hay criterios lógicos para establecer cuándo un razonamiento inductivo es suficiente: ¿cuántos experimentos u observaciones son necesarios para que la generalización de la que se trate pueda considerarse suficientemente justificada? Por su parte, la epistemología tampoco proporciona un criterio categórico que nos permita decir cuándo una justificación es epistémicamente suficiente. En el mejor de los casos, lo que la epistemología pone a nuestro alcance es algo así como un criterio de resignación según el cual la mejor hipótesis ha de tenerse por la verdadera (sea lo que fuere que la hace mejor), aun si esa hipótesis se presenta, aisladamente, como improbable.[13]

Esto se vincula con un problema que trasciende con creces a la órbita de la decisión judicial y que afecta con la misma intensidad a toda empresa cognitiva. La justificación epistémica es falible en todo ámbito: en las ciencias, en el diagnóstico clínico, en la historia, en la investigación de crímenes y, naturalmente, en el marco de las decisiones judiciales. Por más que contemos con una robusta justificación epistémica, con innumerables observaciones y con máximas de experiencia bien sustentadas en estas, la proposición aseverada, aquella en favor de la cual esa justificación se

"Está probado que p", en TRIOLO (Ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (Vol. I,), Torino, G. Giappichelli, 2001, pp. 73-96; FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid Barcelona, Marcial Pons, 2005). Asumo aquí que tanto la versión esperanzada cuanto la desengañada de la epistemología son conscientes de ello. Lo que genera la contienda entre estas dos facciones es que, mientras la primera cree que es posible fijar criterios de suficiencia epistémica *a priori*, la segunda lo niega. Agradezco a un o una dictaminadora anónima por sugerirme hacer referencia a la distinción *ferrajoliana*.

[13] Lo que ahora llamo "principio de resignación" puede identificarse con la noción de *inferencia a la mejor explicación*, que se remonta a HARMAN, "The inference to the Best Explanation", en *The Philosophical Review*, n.º 74, 1965. Véase también LIPTON, *Inference to the best explanation*, London-New York, Routledge, 1991; AMAYA, "Inference to the Best Legal Explanation", en KAPTEIN (*et. al.*), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham, Ashgate, 2009.

alega, puede ser falsa. Los seres humanos estuvieron alguna vez justificados en creer que la tierra era plana, pero hoy parece que esa creencia era falsa ya entonces a despecho de esa justificación; podríamos tener excelentes razones epistémicas en favor de la conclusión de que el paciente tiene lupus, pero podría no ser ese el caso; podríamos tener razones epistémicamente adecuadas en favor de que el acusado cometió el delito, pero él o ella podrían ser inocentes.

En estas condiciones, si no es la verdad de la proposición la que nos dota de justificación, dado que una proposición justificada puede siempre ser falsa ¿qué es lo que nos dice cuándo estamos epistémicamente justificados para aseverar cualquiera de esas cosas? Según lo dicho, en la medida en que nos limitemos a invocar a la SCR, aunque estaremos ponderando las razones del tipo adecuado, no tendremos criterios para decidir sobre la suficiencia de esas razones. A menos, por cierto, que estemos dispuestos a actuar sobre la base del principio de resignación. Pero este no parece tampoco ser el caso.

En efecto, una suposición adicional común entre epistemólogos esperanzados, incluso entre aquellos que actualmente revisan los postulados del garantismo clásico, es que actuar sobre la base del principio de resignación no es aceptable en ciertos ámbitos. Esta suposición se remonta al siglo XVIII y se esparce ampliamente tanto en la judicatura como entre juristas y la ciudadanía en general. En especial, actuar resignadamente no es admisible en el marco de la decisión judicial, sobre todo cuando la decisión entraña, p. ej., encarcelar a una persona. Para adoptar este tipo de decisión, se asume, hacen falta hipótesis especialmente robustas desde el punto de vista epistémico. Lo inadmisible de actuar resignadamente a la luz de una hipótesis improbable, aun si es la mejor, es producto del modo en que se evalúan moralmente las consecuencias posibles de la decisión. Nadie parece poner en duda que condenar a un inocente es moralmente más indeseable que absolver a un culpable (o al menos nadie parece estar dispuesto a decirlo abiertamente). De modo que para actuar de un modo moralmente justificado al emitir un fallo condenatorio serán necesarias más pruebas que aquellas que satisfacen al principio de resignación. Esto muestra que, aun cuando el sistema de valoración de la prueba sea el de SCR, la suficiencia de las razones del tipo adecuado (esto es, las epistémicas) será función de un juicio *moral*.[14]

[14] La idea de que condenar a un inocente es mucho más indeseable que absolver a un culpable es un lugar común que suele remitirse a la que hoy se conoce como *ratio* de Blackstone, para quien lo primero era diez veces peor que lo segundo (BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia, J.B. Lippincott Co, 1893, p. 359). Hoy es más usual plantear

IV.

Pero ¿quién dijo que todo está perdido? El epistemólogo esperanzado piensa que el solo hecho de que la completitud de la justificación epistémica esté ligada a consideraciones prácticas no nos condena necesariamente a claudicar ante el juicio moral *de cada juzgadora* o juzgador.[15] Si se quiere evitar dejar ese juicio librado a la discreción de quien decida, dice aquel, es necesario generar y emplear criterios de suficiencia epistémica especiales, criterios que en las últimas décadas se han ido instalando en la discusión bajo la etiqueta de *estándares de prueba*. En este orden de ideas, vimos que con una justificación epistémica cualquiera, por buena que sea, se corre el riesgo de, p. ej., condenar a una persona inocente o dejar libre a una culpable. Ante esto, ha de recurrirse a los estándares de prueba para fijar umbrales de suficiencia que, elevando la exigencia probatoria respecto del principio de resignación, atiendan a cuánto queremos disminuir cada riesgo a la luz del tipo de decisión a adoptar. Para poner un ejemplo: según nuestras convicciones morales (permítaseme suponer) condenar por error a una persona inocente y ejecutarle el patrimonio es menos grave que condenarla y encerrarla por un periodo considerable de tiempo en la cárcel. De modo que, en apariencia, sería "racional" contar con un estándar de prueba más exigente para casos como este último que para casos como el primero. Al mismo tiempo, de acuerdo con la ponderación de los valores en juego, los estándares de suficiencia probatoria podrían ser menos exigentes a efectos de imponer medidas cautelares "leves" como un embargo de bienes y aumentar la exigencia para otras más graves, como la prisión preventiva. Lo que determinaría en cada caso el nivel de suficiencia probatoria es, en definitiva, un juicio moral subyacente al estándar de prueba.

El epistemólogo esperanzado piensa que la fijación de estándares de prueba no implica dar la batalla por perdida y abandonar el sistema de valoración racional de la prueba, en particular, el de

la cuestión en términos de distribución de errores (LAUDAN, *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemilogy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; LAUDAN, "La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal", en VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, LAUDAN, *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes, Lightning Source, 2016) o distribución de riesgo de errores (NANCE, *The Burdens of Proof*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, § 2.2; FERRER BELTRÁN, "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea", en PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona-Sao Paolo-Buenos Aires, Marcial Pons, 2018 [en prensa], p. 406-407, nota 12), y el juicio moral aludido suele manifestarse diciendo que esos errores o esos riesgos deben ser tratados *asimétricamente* (WALTON, *Legal Argumentation and Evidence*, University Park, Pa., Pennsylvania State University Press, 2002, p. 13-14) o con *sensibilidad más que mínima* (BAYÓN MOHINO, "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2009-2010, 1, 2009, p. 23-24).

[15] Cfr. STEIN, *Foundations of evidence law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2005, p. 117-119.

la SCR, ni en favor de sistemas tasados ni en favor de sistemas de íntima convicción. Basta con que los estándares distribuyan el riesgo de error, de acuerdo con el juicio moral correspondiente, fijando rigurosamente el nivel de suficiencia exclusivamente por medio de criterios epistémicos (*i. e.*, sin remitir a estados mentales o a otras razones del tipo inadecuado). En otras palabras, lo único que hay que hacer es delimitar cuál es el grado de justificación *epistémica* al cual se deja supeditada la adopción de cada tipo de decisión.[16] Aunque la epistemología no ofrezca por sí misma criterios de suficiencia tales, parece pensarse, por lo menos proporciona criterios que nos permiten cualificar de antemano, en abstracto, las hipótesis fácticas según su grado de justificación a la luz del tipo adecuado de razones. La tarea por realizar (idealmente por parte de las legislaturas) sería la de formular estándares que, acudiendo solo a esos criterios, gradúen las exigencias epistémicas para distintos tipos de hipótesis en consonancia con el tipo de decisión a adoptar. P. ej., un estándar que dijese que, a efectos de una condena, (a) la hipótesis se considerará probada solo si se han refutado todas las hipótesis alternativas plausibles, sería más gravoso que uno que dijese que (b) la hipótesis se considerará probada en la medida en que sea la mejor explicación de las evidencias con que se cuenta. O al menos así parece.

Es importante señalar que si los criterios de suficiencia (*i. e.*, los estándares) no se formulasen recurriendo exclusivamente a criterios epistémicos, entonces sí se renegaría del sistema de valoración de la SCR y la batalla habría de darse definitivamente por perdida. Esto se debe a que entre los sistemas de valoración y los estándares de prueba hay una relación biunívoca:[17] si el estándar no se formula y aplica sobre la base de aquello que el sistema de valoración considera relevante para determinar el peso probatorio, entonces este último perdería vigor, caería en desuetudo. Al mismo tiempo, todo estándar es propio de algún sistema de valoración determinado: el estándar que dice que es prueba suficiente el testimonio de, p. ej., dos personas con tales o cuales características, se inscribe dentro del sistema de prueba legal o tasada, al cual dotaría de vigencia por medio de su aplicación. Un estándar que diga que hay prueba suficiente cuando la jueza o el juez se sientan plenamente convencidos, o cuando no tengan dudas, o cuando tengan el estado mental del que se trate, se inscribe dentro del sistema de íntima convicción, sistema al cual dotaría de

[16] Aunque con posturas divergentes respecto de cómo lograr este cometido, véase, p. ej., LAUDAN, *Truth, error, and criminal law, supra* nota 14, cap. 3; FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007; FERRER BELTRÁN, "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana", en VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, FERRER BELTRÁN, *supra* nota 14, NANCE, *supra* nota 14, § 2.2.

[17] DEI VECCHI, *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara, 2018.

vigencia a medida que es aplicado a los casos. Precisamente por esto, como se veía en el epígrafe, la CSJN rechaza invocar esos criterios de suficiencia a efectos de decidir: porque implican el abandono de la SCR.

V.

Ahora bien, frente al optimismo del epistemólogo esperanzado, el epistemólogo desengañado señala que el de aquel es un anhelo tan noble como imposible. Las razones que informan su pesimismo son varias, pero quisiera enfatizar aquí solo una. El hecho de que la epistemología no proporcione de por sí estándares de suficiencia probatoria es en gran medida reflejo de que tampoco proporciona meta-criterios epistémicos de saturación de sus conceptos, *i. e.*, no dice cuándo una hipótesis puede ser calificada de acuerdo con los criterios epistémicos en cuestión. Veamos algunos de los criterios a los que el epistemólogo esperanzado ha intentado recurrir a efectos de proponer estándares acordes con su concepción, estándares *de lege* o *sententia ferenda*, claro está. Así, se requiere, p. ej., que la hipótesis sea plausible, o que no sea una hipótesis *ad hoc*, o se recurre a lo fácil o difícil de explicar la presencia de ciertas pruebas si la hipótesis en cuestión fuera verdadera o falsa, etc. Ahora bien ¿cuándo se verifican las condiciones que hacen que una hipótesis caiga dentro de la extensión de uno de esos conceptos?

Pareciera, piensa el epistemólogo desengañado, que determinar si las condiciones de aplicación del criterio epistémico del que se trata o de un conjunto de estos se han verificado, remite, una vez más, a la evaluación de la gravedad de los errores en juego según la decisión a adoptar. Es como si la epistemología padeciese de una dolencia autoinmune de carácter crónico. El estándar (a), p. ej., podría considerarse satisfecho con un conjunto de elementos de prueba x frente a un caso determinado, al tiempo que ese mismo conjunto x podría juzgarse como insuficiente para satisfacer ese mismo estándar en un caso distinto. Lo que determina la suficiencia o insuficiencia en uno u otro caso es, al parecer, el juicio moral relativo a los riesgos en juego. En este sentido, el epistemólogo desengañado es particularista respecto de la aplicación de los estándares de prueba y de los criterios epistémicos en general, pero no necesariamente por suscribir una posición meta-ética de corte particularista, [18] sino porque cree que los conceptos epistémicos adolecen de un tipo de indeterminación muy peculiar, un tipo de indeterminación que hace que calificar a una cierta hipótesis como una instancia de ese concepto (*e. g.* plausible, suficientemente plausible, no *ad hoc*,

[18] Cfr. DANCY, "Ethical Particularism and Morally Relevant Properties", en *Mind*, n.º 92, 368, 1983; DANCY, *Ethics without Principles*, Oxford - New York, Clarendon Press - Oxford University Press, 2004.

etc.) depende en un sentido crucial de cuán justificada se sienta la persona que debe decidir sobre la suficiencia probatoria para actuar en consecuencia.[19]

Si el epistemólogo desengañado creyese que las razones morales para actuar están "ahí afuera", quizás no sería tan agorero como aparenta. Pues, desde ese punto de vista, determinar si las pruebas con que se cuenta son moralmente suficientes para llevar a cabo una cierta acción (*i. e.*, para hacerse responsable por ello) termina siendo algo parecido, si no idéntico, a determinar si hay vida en otros planetas o si queda dulce de leche en la heladera. A la luz de un objetivismo moral tal (una especie de factualismo) la justicia en la distribución del riesgo de error, o la maldad o bondad de una acción cualquiera, son hechos externos, objetivamente constatables. Más generalmente, esta sería una concepción meta-ética que pondría seriamente en duda la plausibilidad de la distinción entre razonamiento teórico y razonamiento práctico. De modo que, aunque el límite de suficiencia se determinaría al momento del juzgamiento (cosa que el epistemólogo esperanzado quería en principio evitar por medio del recurso a estándares legislativos), esa determinación sería producto de un acto cognitivo: la suficiencia se descubriría como cualquier otro evento y como cualquier caso de "corrección moral". Ello permitiría objetividad y previsibilidad.

Por el contrario, si el epistemólogo desengañado suscribiese una meta-ética algo más modesta conjugada con una ontología más austera, sobre todo si fuera un escéptico que no solo niega que existan hechos morales sino que rechaza cualquier forma de objetivismo moral, entonces llegaría a la conclusión de que la suficiencia probatoria no solo se determina al momento del juzgamiento, sino que es además producto de un juicio subjetivo de quien debe decidir en cada caso. Todavía más, si él o ella fueran algo más radicales en su escepticismo moral, en la línea de ROSS, p. ej., dirían que la declaración de suficiencia de las razones epistémicas con que se cuenta para aceptar una hipótesis como verdadera y actuar en consecuencia equivale, como cualquier otro juicio moral, a dar un golpe sobre la mesa.[20]

Seguramente haya una buena cantidad de matices intermedios entre el optimismo del epistemólogo esperanzado y el pesimismo del desengañado escéptico en materia moral. Pero si este

[19] Algunos antecedentes respecto de estas inquietudes: BAYÓN MOHINO, *supra* nota 14, DEI VECCHI, "Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo", en *Doxa*, n.º 34, 2014, GONZÁLEZ LAGIER, "Prueba y argumentación", ponencia presentada en Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio I, Girona, 2018.

[20] ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2006 [1958], p. 267. Véase también GUASTINI, *Discutendo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paolo, Marcial Pons, 2017.

último estuviera en lo correcto, habría que reconocer entonces que la SCR padece de esa dolencia crónica que la fuerza a hacer una concesión crucial a la íntima convicción. Pues aun cuando lo que se tome en cuenta para decidir si una hipótesis fáctica está probada sean razones epistémicas auténticas, la suficiencia de estas quedará necesariamente supeditada en cada caso particular a un juicio moral, subjetivo, de la persona que debe decidir. Un juicio moral que determina que esas razones epistémicas son moralmente suficientes y que, por tanto, justifican adoptar la decisión de la que se trate y asumir la responsabilidad correspondiente por los posibles errores.

VI.

Creo que esta discusión y la exploración de los matices aludidos son decisivos para el desarrollo de la epistemología jurídica y para que ese desarrollo se traduzca en mejorías tangibles en la práctica decisoria, quizás no solamente la del ámbito judicial. Entre tanto, quizás puedan aprovecharse algunas de las enseñanzas que esa discusión nos depara hasta el momento a fin de identificar ciertos síntomas observables en la práctica judicial actual de declaración de "hechos probados".

En efecto, puede decirse sin más que se trata de una práctica que carece y prescinde de estándares acordes al ideal de los paladines de la concepción racionalista de la prueba; una que se limita en el mejor de los casos a evocar livianamente a la SCR y al principio de razón suficiente a fines de decidir si ciertos hechos están suficientemente probados o no. Se trata, además, de una práctica en la que, si existen criterios morales objetivos de distribución del riesgo de error, estos son desconocidos por quienes juzgan, lo cual se evidencia en que no hay siquiera criterios morales unánimemente compartidos al respecto. En estas condiciones, las argumentaciones (o pseudo-argumentaciones) relativas a las declaraciones de hechos probados, no solo no evitan reducir esas decisiones a un juicio subjetivo de valor, sino que lo implican: precisamente en virtud de esa liviana evocación, la constitución de la suficiencia probatoria en cada caso se torna producto de la íntima convicción (moral) de quien decide. Ante esto, y a falta de razones ulteriores que justifiquen esa convicción, desgraciadamente, la práctica termina asemejándose en demasía a la de decidir dando un golpe sobre la mesa.

VII. Bibliografía

ACCATINO, DANIELA, "¿De qué hablamos cuando hablamos de concepción racionalista de la prueba jurídica?", en *Borrador en proceso de publicación proporcionado por la autora*, 2018.

ALSTON, William P., "Concepts of Epistemic Justification", *Epistemic justification. Essays in the theory of knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 1989 [1985], pp. 81-115.

—, *Illocutionary Acts & Sentence Meaning*, Ithaca, N.Y. - London, Cornell University Press, 2000.

AMAYA, Amalia, "Inferest to the Best Legal Explanation", en HENDRIK KAPTEIN (*et al.*), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 135-159.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2009-2010(1) 2009, pp. 15-34.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia, J.B. Lippincott Co, 1893.

BOGHOSSIAN, Paul, "How are objective epistemic reasons possible?", en *Philosophical Studies*, n.° 106, 1-2, 2001, pp. 340-380.

—, *Fear of Knowledge: against Relativism and Constructivism*, Oxford - New York, Clarendon Press - Oxford University Press, 2006.

DANCY, Jonathan, "Ethical Particularism and Morally Relevant Properties", en *Mind*, n.° 92, 368, 1983, pp. 530-547.

—, *Ethics without Principles*, Oxford - New York, Clarendon Press - Oxford University Press, 2004.

DARWALL, Stephen, *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, Cambridge - Massachusetts - London, Harvard University Press, 2006.

DEI VECCHI, Diego, "Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo", en *Doxa*, n.° 34, 2014, pp. 237-261.

—, *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara, 2018.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005.

FERRER BELTRÁN, Jordi, "Está probado que p", en L. TRIOLO (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, vol. I, Torino, Giappichelli, pp. 73-96.

—, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2005.

—, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

—, "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana", en VÁZQUEZ, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 21-39.

—, "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba", en PAPAYANNIS, Diego/PEREIRA FREDES, Esteban (coords.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona-Sao Paolo-Buenos Aires, Marcial Pons, 2018, pp. 401-430 (en prensa).

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México D.F., Fontamara, 2013.

—, "Prueba y argumentación", ponencia presentada en Congreso Mundial de Razonamiento ProbatorioI Girona, 2018.

GUASTINI, Riccardo, *Discutendo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paolo, Marcial Pons, 2017, pp. 193-200.

HAACK, Susan, *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2009 [1993].

HARMAN, Gilbert H., "The inference to the Best Explanation", en *The Philosophical Review*, n.° 74, 1965, pp. 88-95.

LAUDAN, Larry, *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemilogy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

—, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en ÍDEM, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 57-86.

—, "La elemental aritmética epistémica del derecho II", en VÁZQUEZ, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 119-134.

—, *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

—, *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes, Lightning Source, 2016.

LIPTON, Peter, *Inference to the best explanation*, London-New York, Routledge, 1991.

MAZZARESE, Tecla, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996.

NANCE, Dale A., *The Burdens of Proof*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

POJMAN, L. P., *The Theory of Knowledge. Classical and Contemporary Readings*, Belmont [etc.], Wadsworth, 1993

QUINE, Willard Van Orman, *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Ariel, 1962.

—, "Acerca de lo que hay", en *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona, Orbis, 1984, pp. 25-47.

RORTY, Richard, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, Princeton University Press, 1979.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2006 [1958].

SBISÀ, Marina, "Assertion among the Speech Acts", en GOLDBERG, S., *The Oxford Handbook on Assertion*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

SCHROEDER, Mark, "The Unity of Reasons", en STAR, Daniel, *The Oxford Handbook to Reasons and Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

STEIN, Alex, *Foundations of evidence law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2005.

STRAWSON, Peter F., "Libertad y resentimiento", en ÍDEM, *Libertad y resentimiento y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1995 [1968], pp. 37-67.

TUZET, Giovanni, *La prima inferenza: l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, G. Giappichelli, 2006.

WALTON, Douglas N., *Legal Argumentation and Evidence*, University Park, Pa., Pennsylvania State University Press, 2002.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 9, pp. 56-77.

LOS TIPOS PENALES Y LOS ELEMENTOS DE REFERENCIA CONCRETIZANTE

José R. BÉGUELIN[*] [**]

Fecha de recepción: 5 de julio de 2019
Fecha de aprobación: 29 de octubre de 2019

Resumen
Algunos artículos de la parte especial del Código penal contienen, además de la conminación penal y del tipo, elementos que no describen la conducta y que, por tanto, no fundamentan el ilícito. Se trata de referencias veladas a otras normas (en especial a agravantes) y tienen la función de concretizar de manera rápida los verdaderos elementos del tipo. Son referencias negativas en el sentido de que su constatación es un indicador, en principio, de que la conducta no se subsume en otra norma vinculada (p. ej., en la agravante). No obstante, la forma en que están redactadas y su ubicación junto a la descripción de la conducta prohibida (p. ej., "con consentimiento" en el caso del aborto; "en poblado" en la agravante del robo) hacen pensar a la doctrina mayoritaria que efectivamente pertenecen al tipo. En el presente trabajo demostraré que, con los métodos teleológico y sistemático de interpretación, es posible identificar estos elementos y comprender por qué no fundamentan el ilícito. A su vez, analizaré las dificultades a las que conduce tomarlos como elementos típicos y me adelantaré a posibles reparos basados en el principio de legalidad.

Palabras clave: tipo penal – interpretación – principio de legalidad – matrimonios ilegales – agravantes del robo – aborto

Title: Offenses and Specific Concretizing Elements

Abstract
Certain offenses in the special part of the Criminal Code contain, in addition to the criminal sanction and the subjective and objective elements of the crime, other elements that do not describe the conduct and therefore do not constitute the legal wrong. These are veiled references to other rules (in particular to aggravating circumstances) and are intended to quickly identify the true elements

[*] Docente de Derecho penal (UBA). Ex becario DAAD (Univ. de Düsseldorf), ex becario Fulbright (Univ. Columbia de Nueva York). Contacto: jbeguelin@derecho.uba.ar. El autor agradece a Marcelo Lerman (UBA) y a Leandro Dias (Univ. de Wurzburgo) por sus comentarios a una primera versión, así como a Alejandra Verde (UTDT) por sus agudas observaciones. Asimismo, hace extensivo su agradecimiento a uno de los árbitros anónimos por sus valiosas críticas.
[**] Una versión abreviada de este artículo fue presentada oralmente el 15 de noviembre de 2019 en el Congreso de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA.

of the offense. They are negative references in the sense that their finding is an indicator, in principle, that the conduct is not subsumed under another related rule (e.g., aggravating). However, the way in which they are worded and their location next to the description of the prohibited conduct (e.g., 'with consent' in the case of abortion; 'in a populated area' in the aggravating circumstance of theft) make most scholars assume that they do indeed belong to the objective elements of the crime. In this paper I will demonstrate that, with teleological and systematic methods of interpretation, it is possible to identify these elements and understand why they do not constitute the legal wrong. At the same time, I will analyze the difficulties of considering them as elements of the crime and I will anticipate possible objections based on the nullum crimen sine lege principle.

Keywords: Offense – Interpretation – Legality Principle – Unlawful Marriage – Aggravating circumstances (Theft) – Abortion

Sumario: I. Introducción; II. Matrimonios ilegales; III. Robo agravado; IV. Aborto; V. Principio de legalidad; 1. Elementos del texto que restringen el poder punitivo; 2. Interpretación restrictiva; VI. Conclusión; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Ciertas normas penales de la parte especial contienen componentes que, en una lectura rápida, parecen ser elementos típicos, pero a través de la interpretación (principalmente, la teleológica y la sistemática) se demuestra que no lo son, pues solo integran lo que se denomina "tipo del texto", no así el "tipo de la interpretación". Por su parte, al "tipo de la interpretación" se llega con la técnica de la "construcción del tipo",[1] mediante la cual son depurados de la norma penal elementos que no lo integran. A partir del texto de la ley, el intérprete construye el tipo penal.

El tipo del texto es el artículo, el inciso, las palabras que el legislador escribió, mientras que el tipo de la interpretación es únicamente la descripción de la conducta prohibida.[2] En la mayoría de los casos, existe coincidencia entre ambos: el tipo del texto solo contiene una descripción de la conducta prohibida. Entonces, el método es útil para todo texto de una ley penal que presente elementos que, en los resultados, no fundamentan el ilícito, es decir, es un método generalizable, por tanto la cuestión en sí misma podría ser considerada como problema de parte general. No

[1] Al respecto, cf. SANCINETTI, *Casos de derecho penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pp. 60 ss. y p. 28, nota 13.
[2] Cf. SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 139, nota 36.

obstante, en razón de que, en definitiva, dependerá del tipo penal en concreto si presenta o no tales elementos y que, además, cada análisis remite a la discusión específica acerca de los elementos particulares del delito, al bien jurídico protegido, al fin de protección de la norma, etc., puede ser reputado como problema de parte especial.

Que los artículos de las leyes penales no contienen solamente una descripción de la conducta prohibida —la conducta que es disvaliosa por su potencial de afectación a un bien jurídico— queda claro tan pronto como se repasa la parte especial de los códigos penales. En el caso del argentino, p. ej., en primer lugar, la pena no forma parte de la conducta, pese a estar prevista en el artículo. En segundo lugar, los artículos también incluyen, en ocasiones, reglas de concursos, como cuando el art. 79, CP introduce a continuación del tipo penal la siguiente regla: "*siempre que en este código no se estableciere otra pena*". Pero aun cuando uno se concentra en la descripción de la conducta propiamente dicha, en ciertos casos se hallan elementos que si bien la describen, no es cierto que describan la conducta *prohibida*. A modo de ejemplo, la redacción del art. 79, CP (el homicidio *simple*) bien podría ser la siguiente: "el que matare a otro *sin que concurriere alguna de las circunstancias agravantes* del art. 80". Esta técnica no sería criticable en sí misma: en efecto, el § 212 del Código Penal alemán, referido al homicidio doloso simple,[3] contiene una referencia similar al asesinato: "(1) Será reprimido como homicida, con pena de privación de la libertad no menor a cinco años, quien *sin ser asesino* mate a una persona". Estas posibles descripciones de la conducta serían correctas, pero no describirían únicamente la conducta *prohibida*, pues lo prohibido, lo que afecta al bien jurídico vida, es únicamente matar a otro. Que no concurran circunstancias agravantes no es algo que esté prohibido ni que afecte a la vida como bien jurídico. Si el art. 79, CP estuviera redactado así, el jurista tendría que interpretarlo de tal manera que el *tipo de la interpretación* solo incluyera la parte que reza: "el que matare a otro". Lo demás sería un "elemento de referencia concretizante"[4] que no integraría el tipo penal, es decir, no formaría parte de la conducta prohibida. Al fin y al cabo, el concepto de tipo penal en sentido estricto "se refiere sólo a las circunstancias de hecho que

[3] La doctrina dominante en Alemania considera que el § 212 es el tipo básico de los homicidios dolosos, cf. WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 42.ª ed., Heidelberg, Müller, 2018, § 2, n.º 84; para una opinión minoritaria, GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 369 ss.

[4] Esta denominación está basada en la idea de OTTO, *Manual de derecho penal* (trad. de José Béguelin), 7.ª ed., Barcelona, Atelier, 2017, p. 87, que será desarrollada *infra*.

fundamentan el ilícito" y "su núcleo tiene que ser —en los delitos de acción— la descripción de la acción prohibida".[5]

Hechas estas aclaraciones previas, analizaré tres casos de textos legales que contienen tales elementos de referencia. Pese a que, según se verá, no integran el tipo de la interpretación —no son parte de la conducta prohibida o mandada—, son leídos por la doctrina como si la integrasen, lo que conduce luego a dificultades de interpretación. En primer lugar me referiré al caso de los matrimonios ilegales, luego a ciertas agravantes del robo y, por último, al aborto. A través del estudio de estos tres casos desarrollaré el concepto de "elementos de referencia concretizante", en contraposición a los puros elementos típicos, que son aquellos componentes que describen (parte de) una conducta con aptitud para afectar un bien jurídico, y presentaré reglas sencillas para detectarlos.

II. Matrimonios ilegales

El delito de matrimonios ilegales del Código Penal argentino ya no tiene relevancia práctica[6] —aunque, desde luego, que la tenga o no es contingente—, pero por sus características es paradigmático respecto de los problemas de construcción del tipo penal. Está previsto en el art. 134, CP con la siguiente redacción: "Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeren matrimonio *sabiendo ambos que* existe impedimento que cause su nulidad absoluta". La primera pregunta que debe formularse aquí es: ¿qué es lo disvalioso de esta conducta? La respuesta es sencilla: contraer matrimonio mediando impedimento que causa nulidad absoluta. No interesan ahora las cuestiones relativas a esos impedimentos, que están previstos en el Código Civil y Comercial, pero, solo a modo de ejemplo, un impedimento que causa nulidad absoluta es el de ligamen: la circunstancia de que uno de los contrayentes ya esté casado con otra persona (art. 403, inc. d, CCC). Si con conocimiento de tal impedimento una persona contrae nuevo matrimonio mientras subsiste el anterior, realizará la conducta prohibida.

Mas, si se lee con atención el tipo del texto, enseguida se da con un elemento que no integra el tipo objetivo, sino el subjetivo, y es el que dice "sabiendo ambos". Ese conocimiento (tipo subjetivo)

[5] STRATENWERTH, *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible* (trad. de Manuel Cancio Meliá / Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2005, § 8, n.º m. 1.

[6] Ya MOLINARIO señalaba: "hace años que nadie pone empeño en cometer este delito", ÍDEM, *Los delitos,* Buenos Aires, TEA, 1996, p. 516. Independientemente de si es o no efectivamente cometido, las búsquedas jurisprudenciales al respecto arrojan resultados negativos en las últimas décadas.

tiene como marco de referencia únicamente el impedimento (tipo objetivo). Una aclaración de este estilo ("sabiendo ambos") en general tiene cierto valor adicional, pues de otra manera no sería necesaria, dado que, según la técnica legislativa del Código Penal argentino, ante la falta de especificaciones en el tipo subjetivo es requerido el dolo.[7] ¿Qué sentido puede tener, entonces, esta aclaración? En general, la expresión "sabiendo" o "a sabiendas" implica que no es suficiente el dolo básico (el eventual)[8], sino que uno de los elementos del dolo es agravado; en el caso, el elemento cognitivo. Cuando se introducen estos elementos en el tipo penal no basta con la mera representación de que existe una probabilidad (suficiente para fundar el delito doloso), sino que se requiere conocimiento seguro: dolo directo de segundo grado.[9] Entonces por un lado, este elemento adicional agrava las exigencias respecto del dolo, que solo se satisface si es constatado en el caso el dolo directo de segundo grado. El que contrae matrimonio teniendo dudas acerca del impedimento no realiza el tipo penal —por falta de tipo subjetivo—, dado que para que su conducta sea típica es necesaria la concurrencia de conocimiento seguro referido al impedimento. Pero, por otro lado, el texto legal no dice solamente "sabiendo", sino que dice "sabiendo *ambos*". Y aquí comienza el problema de la construcción del tipo.[10] ¿Por qué se requeriría que ambos contrayentes supieran del impedimento? La pregunta que hay que hacerse es: ¿Qué pasaría si solo uno lo supiera? Y la respuesta natural es que, en ese caso, la conducta sería más grave. En efecto, el artículo siguiente, el 135, inc. 1.º, CP castiga "con prisión de dos a seis años: al que contrajere matrimonio cuando, *sabiendo* que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente".

En esta agravante se repite el especial elemento subjetivo del ilícito, el conocimiento seguro referido al impedimento ("sabiendo"), solo que aquí ya no está acompañado del elemento "ambos" y, además, se agrega el elemento "ocultare". Solo uno de los contrayentes conoce el impedimento y se lo oculta al otro. Si la agravante consiste en engañar al otro contrayente, entonces puede

[7] Cuando el tipo penal es imprudente, la ley contiene elementos tales como "imprudencia", "negligencia", "impericia en su arte o profesión", etc.

[8] Así, HILGENDORF / VALERIUS, *Derecho Penal, Parte General* (trad. de Leandro Dias / Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, § 4, n.º m. 80: "Cuando la ley no requiere expresamente la intención (son características, en esa medida, formulaciones como '… para…', 'con la intención de…') o el actuar a sabiendas (por ej., 'de mala fe' o 'a sabiendas'), basta el *dolus eventualis*, para afirmar que hay dolo".

[9] Respecto de la categoría de "dolo directo de segundo grado", también conocida como "conocimiento seguro o a sabiendas", véase FRISTER, *Derecho penal, Parte general* (trad. de Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2016, cap. 11, n.º m. 13; HILGENDORF / VALERIUS, *supra* nota 8, §4, n.º 79; OTTO, *supra* nota 4, p. 142, entre otros.

[10] He desarrollado el problema específico de este tipo penal en: "La cuestión de la construcción del tipo en los delitos de matrimonios ilegales", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 9/2008, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp.1507-1515.

inferirse que, al menos en situaciones normales, en el tipo básico no habrá engaño. Por tanto, en la figura simple *ambos* contrayentes saben del impedimento.

Pero si se pasa por el tamiz de la interpretación esa redacción que ha escogido el legislador y se pregunta cuál es el bien jurídico lesionado en el tipo básico y cuál en la agravante, se verá que el elemento "ambos" no integra la conducta prohibida. Cuando se contrae matrimonio ilegal básico se lesiona, según la doctrina dominante, un bien jurídico que es denominado "régimen jurídico matrimonial", o "matrimonio como acto jurídico", etc.[11] También se considera que el bien jurídico lesionado es el estado civil.[12] En todo caso, cualquiera que sea el bien jurídico afectado —matrimonio como acto jurídico o estado civil—, en la agravante se agrega un contenido de ilícito adicional que lesiona otro bien jurídico: la autonomía del otro contrayente, o bien su buena fe,[13] porque en razón del engaño del cual es víctima no puede decidir libremente respecto de celebrar un matrimonio que objetivamente es ilegal.

Entonces, ¿qué es lo que afecta el estado civil o el matrimonio como acto jurídico en el tipo básico? Precisamente, la decisión de contraer matrimonio con consciencia de que existe impedimento que causa nulidad absoluta. Es una decisión de actuar en contra del régimen jurídico matrimonial. Pero el hecho de que el contrayente B también sepa del impedimento no le agrega

[11] MIR PUIG, Santiago, "Matrimonios ilegales en el Código penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 27, Fasc/Mes 3, 1974, p. 473; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, t. V, 4.ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 175; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 61.ª ed., Múnich, Beck, 2014, § 172, n.º m. 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27.ª ed., Múnich, Beck, 2006, § 172, n.º m. 1, quien afirma que el fin del precepto alemán —que únicamente prohíbe la bigamia— solo puede ser el de impedir el estado ilegal consistente en que coexistan dos matrimonios formalmente válidos; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1964, p. 407; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Córdoba / Buenos Aires, Lerner, 1976, p. 157: "En este capítulo la ley penal reprime los atentados contra la legalidad del matrimonio civil"; CREUS / BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, 7.ª ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 272; DIEDRICH / DIVITO, en D'ALESSIO (dir.), *Código penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 303; BREGLIA ARIAS / GAUNA, *Código penal y leyes complementarias*, 6.ª ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 1131; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. II-A, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 20; CASTRO, en RIQUERT (dir.), *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, Buenos Aires, Erreius, 2018, p. 877; MOLINARIO, *supra* nota 6, p. 509.

[12] SOLER, *Derecho penal argentino*, 4.ª ed., t. III, Buenos Aires, TEA, 1987, p. 376; GÓMEZ, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, n.º m. 698; probablemente también NAVARRO/RAÑA en BAIGÚN / ZAFFARONI, *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 3, ss.; TAZZA, *Código penal de la Nación Argentina comentado. Parte Especial*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2018, p. 486.

[13] SOLER, *supra* nota 12, p. 387.

nada de ilícito a la conducta del contrayente A.[14] Al contrario, si el contrayente B no lo supiera, entonces solo en ese caso se agregaría un mayor contenido de ilícito en la conducta de A (por supuesto, si además A hubiera "ocultado" tal circunstancia). Si se aplica este filtro, se obtiene como resultado que el tipo del texto contiene el elemento "ambos" (en la parte de: "sabiendo *ambos*") y el tipo de la interpretación solo contiene el elemento "sabiendo". El único sentido que tiene la palabra "ambos" es el de ser un elemento de referencia concretizante, más precisamente, una referencia negativa a la agravante. También es una referencia negativa a la agravante el ya mencionado componente "*sin ser asesino*" del § 212 del Código Penal alemán. Son elementos que hacen referencia negativa a agravantes o a otras conductas para que sea más sencillo captar cuál es la conducta castigada. Pero siempre hay que tener en cuenta que una negación nunca integra un concepto. Esto se debe, en palabras de OTTO, a que la "*ausencia de algo nunca puede ser un elemento de un concepto, sino que puede ser únicamente una referencia concretizante de una situación de hecho ya conocida*", lo que luego es explicado con el siguiente ejemplo: "el enunciado de que alguien ha retirado una silla y un armario de una habitación es suficiente para que aquel que sabe que antes había allí una silla, un armario y una mesa fundamente su conocimiento de que ahora solo queda la mesa en la habitación. Si no lo sabe, la referencia de que la silla y el armario han sido retirados no le aporta ningún conocimiento sobre la presencia de la mesa".[15] Trasladado a esta discusión, se trata de la negación o la falta de afectación de un bien jurídico o, dicho con otras palabras, la negación o falta de un elemento que describa la conducta prohibida.[16]

En el caso de los matrimonios ilegales, el componente "ambos" es un indicador para el lector de que en el supuesto normal del delito básico ambos contrayentes conocerán el impedimento y que en el supuesto normal de la agravante uno solo lo conocerá y se lo ocultará al otro. Pero que el caso normal sea así, no significa *per se* que todo otro caso anómalo no sea punible. Son casos anómalos los de error de tipo y los de tentativa (estos últimos pueden ser vistos como casos de error de tipo al revés). La anomalía viene dada por el hecho de que falta algún elemento típico para que el tipo penal esté completo. En el error de tipo, el aspecto objetivo está completo, mientras que el

[14] Tampoco se advierten razones para suponer que solo la acción conjunta de ambos contrayentes tuviera capacidad para afectar el bien jurídico, o que únicamente fuera necesario, por razones de política criminal, castigar el mayor grado de ilícito representado por la intervención plural delictiva, dado que la acción del autor único también es punible (p. ej., en el art. 135, inc. 1.º, CP).

[15] OTTO, *supra* nota 4, p. 87.

[16] En el caso concreto, esa negación puede no estar expresada en término negativos. Así, en el aborto, según se verá *infra*, la falta está expresada positivamente: "con consentimiento". Pero el elemento "con consentimiento" indica que *no está presente* —es decir, que falta— la afectación al bien jurídico "voluntad de la mujer".

subjetivo está incompleto. En la tentativa, o error de tipo al revés, el tipo subjetivo está completo, mientras que el objetivo está incompleto. En estos casos de anomalía, la punibilidad no queda descartada sin más ni más, pues la tentativa, salvo excepciones, es punible según el Código Penal argentino y el error de tipo sobre el tipo básico doloso puede conducir, dado el caso, a la responsabilidad por imprudencia;[17] y si el error de tipo recae sobre la agravante, subsiste la responsabilidad dolosa por el delito básico.

Esta aclaración es relevante porque tentativa y error de tipo representan aquellos casos anómalos en los que también puede ser punible el autor. El artículo referido al delito básico de matrimonios ilegales está redactado de tal manera que contiene un elemento que no forma parte del tipo penal (tipo de la interpretación), sino que solo es parte del texto. Y está redactado así, según se ha visto, a modo de referencia negativa a la agravante, o referencia concretizante. Pero solo en los casos normales será correcta esa descripción del tipo del texto, solo allí describirá correctamente la situación de hecho del caso concreto: cuando estén completos el tipo objetivo y el subjetivo de ambos contrayentes que cometen el delito básico. En esos supuestos será cierto, pero a la vez irrelevante desde la perspectiva jurídico-penal, que ambos contrayentes saben del impedimento. Es irrelevante porque lo único que interesa a los efectos del contenido de ilícito de la conducta es que cada uno sepa —por separado— del impedimento;[18] es importante que el tipo subjetivo de cada contrayente esté completo para que *cada* contrayente sea punible. Si el contrayente B desconoce el impedimento, todavía no es posible afirmar que el contrayente A haya realizado el tipo agravado. Con esa información la conducta de A se sigue manteniendo en el tipo básico, en razón de que falta constatar que A haya ocultado la información.

Para entender cuál es la importancia de todo esto es necesario hacer primero una referencia a la interpretación que de este tipo penal hace la doctrina argentina. Por empezar, el tipo básico es denominado *matrimonio ilegal bilateral* y el agravado, *matrimonio ilegal unilateral*.[19] Así, se estructura toda la interpretación en el único elemento que no integra el tipo penal y a partir de allí se lo construye. Esto es incorrecto. La bilateralidad no es una característica del tipo básico y la

[17] Esto, desde luego, vale en general para la teoría del derecho penal, pero no para el delito analizado aquí, que solo prevé el tipo doloso.
[18] Respecto del análisis de casos, es importante recordar que "aun cuando aparezcan personas como coautores, su punibilidad, *en principio*, debe ser analizada *separadamente*", HILGENDORF / VALERIUS, *supra* nota 8, § 9, n.º 85.
[19] NÚÑEZ, *supra* nota 11, p. 408; CREUS / BUOMPADRE, *supra* nota 11, p. 272; DONNA, *supra* nota 11, p. 20; NAVARRO / RAÑA, *supra* nota 12, p. 15; TAZZA, *supra* nota 12, p. 491; CASTRO, *supra* nota 11, p. 877; BREGLIA ARIAS / GAUNA, *supra* nota 11, p. 1131.

unilateralidad tampoco lo es del agravado, según veremos a continuación. Por bilateralidad, la doctrina entiende que ambos contrayentes tienen que saber que se da el impedimento, y que si uno no sabe, entonces no puede darse un matrimonio ilegal básico.[20] Por unilateralidad, se considera que uno solo de los contrayentes debe saber del impedimento y el otro no; es decir, que se trata de un matrimonio ilegal agravado y que no puede darse uno básico.[21]

En contra de esto, que la conducta sea "bilateral" o "unilateral" es una contingencia no exigida por el tipo penal. Solo si uno interpreta a la ligera aquel elemento de referencia concretizante que es la palabra "ambos" como si fuera un verdadero elemento del tipo, entonces tendría sentido la interpretación que hace la doctrina, que según mi punto de vista es incorrecta. Sométase el tipo penal a casos de error y se hará más visible el problema.

Ejemplo 1: A contrae matrimonio con B sabiendo que subsiste su matrimonio anterior (el de A) con otra persona. A cree que B sabe de este impedimento y que aun así B quiere contraer matrimonio con A. Pero en realidad, B no sabe nada del impedimento.

Respecto de la agravante, podría haber consenso en general acerca de que A incurre en un error de tipo sobre la ignorancia de B, o acaso se podría decir, ya en el aspecto objetivo de la agravante, que A no ha "ocultado" el impedimento, si es que se considera que el "ocultar" exige, p. ej., algún acto positivo. (Esto, no obstante, remite a la interpretación del elemento "ocultare", que bien puede darse por omisión.) Pero, ¿qué sucede con el tipo básico? Según la doctrina ampliamente mayoritaria, este contiene el elemento "ambos" (en "sabiendo ambos"). Entonces respecto del básico, en el caso del ejemplo la doctrina afirmaría que no está completo el aspecto objetivo y que, si acaso, podría haber una tentativa inidónea o que la conducta sería directamente impune. En cambio, con una interpretación correcta del tipo penal —y correcta significa que tome en consideración que solo puede ser punible una conducta con aptitud para lesionar un bien jurídico— el tipo básico está completo. Lo único que el tipo básico describe, y que puede describir si se lo interpreta conforme al principio de reserva, es que una persona contraiga un matrimonio ilegal con conocimiento del impedimento que causa nulidad absoluta. El principio de reserva es relevante

[20] Así, p. ej., DONNA, *supra* nota 11, p. 39 s.

[21] Aunque, en verdad, no son tratados como delito básico y delito agravado, sino que son considerados tipos penales autónomos, según se verá enseguida; cf. CREUS / BUOMPADRE, *supra* nota 11, p. 277; probablemente DIEDRICH / DIVITO, *supra* nota 11, p. 311.

porque solo permite castigar conductas que "perjudiquen a un tercero"[22], en los términos del art. 19 de la Constitución Nacional. Al legislador y al juez les está vedado punir aquello que no perjudica a terceros. Y, desde el punto de vista de A y su ilícito personal, la circunstancia de que *el otro contrayente (B) conozca el impedimento* no perjudica a ese contrayente B ni a nadie, por lo tanto no puede integrar la conducta prohibida de A.[23] Precisamente, si el otro contrayente también conoce el impedimento, está consintiendo en ese matrimonio ilegal. Y si hay consentimiento no puede haber afectación del bien jurídico "autonomía". Solo habrá afectación del bien jurídico "matrimonio como acto jurídico" o "estado civil".

En el universo de casos de los matrimonios ilegales, o bien son simples porque únicamente se afecta el bien jurídico "matrimonio como acto jurídico", o bien son agravados porque además se afecta la autonomía del otro contrayente. La doctrina en general no lo interpreta así y entiende que son figuras que no tienen una base común; no se reconoce una relación de tipo básico a tipo agravado, pues se considera que en el primer caso se realiza un delito en cuya base se halla la "bilateralidad", mientras que en el segundo la base es la "unilateralidad".[24] Esto se debe al error de considerar que la palabra "ambos" integra el tipo de la interpretación y no solamente el del texto. En cambio, el universo de casos de matrimonios ilegales podría ser dividido en matrimonios ilegales con consentimiento del otro contrayente y matrimonios ilegales sin consentimiento del otro contrayente.[25] Con esto, se da la misma estructura de la redacción imaginaria del art. 79, CP, esto es, el homicidio *simple*: "el que matare a otro *sin que concurriere alguna de las circunstancias agravantes* del art. 80". Sería irrazonable entender que este artículo así redactado contendría un elemento que los homicidios agravados necesariamente no contienen, y que entonces no sería posible afirmar una relación de tipo básico a tipo agravado.[26]

---

[22] No en un sentido liberal e individualista a ultranza, sino en un entendimiento tradicional del principio de reserva, según el cual se afecta a un tercero tanto a través del menoscabo de un bien jurídico individual, como de uno supraindividual. Déjese de lado aquí si para ello es necesario recurrir también a los altamente problemáticos "orden y moral pública" del mismo art. 19, CN.

[23] Autónomamente, el conocimiento de B sí perjudica la institución matrimonial y fundamenta su propio ilícito, pero no por la vía indirecta del ilícito de A.

[24] Véase *supra* notas 19 y 21.

[25] Esto no significa que aquí se proponga implantar en la redacción de la norma el elemento "con consentimiento". Se trata tan solo de una clasificación. Respecto de los problemas que provocaría la introducción de una redacción semejante en el tipo del texto, véase *infra*, IV. Aborto.

[26] Desde luego que esto es válido si y solo si uno considera que la relación es de tipo básico a tipo agravado. Si, en cambio, uno considerase, mediante una interpretación alternativa, que la supuesta agravante no es tal, sino que en verdad es una

Piénsese ahora en otro caso de error. Se trata aquí del error de tipo al revés (tentativa).

Ejemplo 2: A sabe que todavía subsiste su matrimonio anterior, pero quiere casarse con B. Por miedo a que B no acepte el enlace en esos términos, le oculta esta circunstancia. Sin embargo, B sí conoce el impedimento.

Para la mayoría de la doctrina, con relación a la agravante hay una tentativa (inidónea), porque A intentó ocultarle la circunstancia impediente a B, pero esto nunca fue posible dado que B ya la conocía.[27] Y esta situación conduciría, para parte de la doctrina argentina, a que la tentativa no fuera punible.[28] Veamos qué sucede con el tipo básico: la mayoría de la doctrina afirma que están dados los elementos típicos básicos, en razón de que ambos contrayentes conocen el impedimento, pero niegan el tipo subjetivo, porque A no sabía que estaba realizando el tipo básico —entendido como si contuviera el elemento "ambos"—.[29] Entonces así se llega a una solución contra-intuitiva, según la cual A contrajo un matrimonio ilegal y además intentó ocultarle esta circunstancia a B, pero resulta que toda la conducta es impune. Una conducta, por cierto, que es aún más grave que contraer matrimonio ilegal "sabiendo ambos". Si se interpreta correctamente el tipo penal, se debería concluir que A sí realizó el tipo básico, porque lo único que exige el tipo básico es contraer un matrimonio ilegal a sabiendas del impedimento. Y esto es algo que A efectivamente hizo. Solo queda abierta la cuestión de la tentativa (inidónea) respecto de la agravante.

A modo de conclusión intermedia, el tipo del texto del art. 134, CP contiene el elemento "ambos", mas este no forma parte del tipo de la interpretación, no describe la conducta prohibida.

figura autónoma, ya no se aplicaría la regla, pues esta regla no tiene pretensión de validez respecto del contenido, sino de la forma. Para el caso alemán, respecto del asesinato como tipo penal básico y del homicidio como tipo privilegiado, cf. GRÜNEWALD, *supra* nota 3, pp. 369 ss.

[27] Respecto de las diferentes propuestas de solución de la doctrina expresadas en este párrafo, cf. la exposición en DONNA, *supra* nota 11, pp. 39 s.

[28] Cf. ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 832: "Hay supuestos de *tentativa aparente* —en que directamente no hay tentativa— por *ausencia de tipo* o, más certeramente, *ausencia de tipicidad (sistemática)* que pueden presentarse (α) cuando *falta algún elemento del tipo* legal o sistemático *(ausencia de tipo en sentido estricto)*, (β) cuando falta la cosa elegida como medio *(atipicidad por falta de medio)*; y (γ) cuando *ex ante* el medio elegido carece en absoluto de cualquier idoneidad para consumar el hecho *(atipicidad por falta de medio idóneo)*". Respecto de la opinión contraria, p. ej., BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2012, n.º m. 937 ss. Véase también FRISTER, *supra* nota 9, cap. 23, n.º m. 3.

[29] Ver referencias en nota 27.

El único sentido que tiene la palabra "ambos" es el de ser un elemento de referencia concretizante, más precisamente, una referencia negativa a la agravante.

III. Robo agravado

Esta tensión que se suscita entre el tipo del texto y el de la interpretación aparece también en otros tipos penales. SANCINETTI ha estudiado en profundidad muchos de estos casos y también ha advertido respecto de otros.[30] Veamos el caso de las agravantes del robo.[31]

El art. 167, inc. 2.°, CP conmina con pena de prisión de tres a diez años los robos cometidos "en lugares poblados y en banda". Por su parte, el art. 166, inc. 2.°, CP prevé la siguiente agravante: "Si el robo se cometiere… en despoblado y en banda", conducta que es reprimida con prisión de cinco a quince años. Existe consenso respecto de que el elemento "banda" afecta más intensamente el bien jurídico protegido, porque la agresión es más peligrosa.[32] El elemento "despoblado" también afecta más intensamente el bien jurídico, dado que la víctima está más desprotegida en lugares despoblados que en lugares poblados.[33] Pero, ¿qué pasa con el elemento "en poblado" del art. 167, CP? ¿Se afecta más intensamente el bien jurídico "propiedad" cuando el robo se produce "en poblado"? La respuesta es clara: no. Si ante la concurrencia del elemento "despoblado" la pena es más alta —precisamente por el mayor contenido de ilícito de la conducta— entonces no puede ser cierto que el robo en poblado también agrave el robo simple, pues ambos incisos tienen en común el componente "banda" y lo único que los diferencia es lo tocante a la población. Esto también puede explicarse con la ya mencionada regla del tercero excluido (*tertium non datur*). *De lege lata*, en el territorio de la República Argentina solo hay lugares poblados y lugares despoblados, nada más. No existe una tercera variante. Por tanto, el delito básico de robo necesita de un lugar ("neutro") en el que pueda ser cometido. No podría ser que *siempre* fuese agravado en función del lugar, dado que así se negaría la existencia de un tipo básico. ¿Dónde se comete, entonces, en casos *normales*[34] el

[30] A modo de ejemplo, véanse los casos de estupro y violación y de apropiación de cosa perdida y hurto en SANCINETTI, *supra* nota 2, pp. 107 ss. y 197 ss., respectivamente. Acerca del caso de los matrimonios ilegales, véase ÍDEM, *Casos de Derecho Penal*, t. 2, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 185, caso "Impedimento matrimonial".
[31] Véase SANCINETTI, *supra* nota 1, p. 28, caso "El pueblo artificial".
[32] AVACA / IRIARTE / MARUM, en D'ALESSIO (dir.), *Código penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 610: "mayor poder vulnerante de la actuación de la banda (pluralidad de los agentes)". Podrían ensayarse otras legitimaciones para esta agravante, pero no vienen al caso.
[33] SOLER, *supra* nota 12, t. IV, p. 290, explica: "Su razón de ser consistía en la disminución de las posibilidades de defensa, derivadas de la sola circunstancia de la dificultad de recibir socorro de otras personas".
[34] En el sentido de los casos normales y de las anomalías desarrollado *supra*.

robo básico? En lugares poblados. En efecto, no existe un robo agravado solo por haber sido cometido en lugares poblados. Aquí estamos en presencia de un elemento (el "poblado") que únicamente integra el tipo del texto, pero no el de la interpretación. Otra vez, se trata de un elemento de referencia negativa o de referencia concretizante. Es una referencia a la agravante del despoblado. Le recuerda al lector que existe otra agravante aún más grave, que además del elemento "banda" contiene el elemento "despoblado". Pero la mera referencia negativa, el elemento "poblado" (o "no despoblado"), no puede formar parte de la conducta prohibida, por la regla de que solamente puede ser prohibido aquello que tiene aptitud para perjudicar a terceros, o para perjudicar más intensamente a terceros. Y al tercero no lo afecta en nada la circunstancia de que el robo sea cometido en la ciudad, sino que lo que lo afecta es el robo en sí mismo. En cambio, si el hecho es cometido en despoblado, el tercero está en peores condiciones de defensa y es afectado más intensamente. En resumen, el tipo de la interpretación del art. 167 del Código Penal no reza "en poblado y en banda", sino solamente "en banda". El problema puede ser sometido a un caso de error:

Ejemplo 3: A, B, C y D le quitan pertenencias, con golpes y amenazas, a una persona que pasea por un estudio cinematográfico emplazado en un despoblado, que simula la construcción de varias casas antiguas. Solo A desconoce que se trata de un estudio y cree que efectivamente es un lugar poblado.[35]

Respecto del elemento agravante "despoblado" (art. 166, inc. 2.°, CP), A no tiene dolo. A falta de tipo subjetivo (y de un respectivo precepto imprudente), su conducta es atípica con relación a esta circunstancia agravante. En lo atinente al art. 167, inc. 2.°, CP ("en lugares poblados y en banda"), si se considera que el componente "en lugares poblados" efectivamente integra el tipo (de la interpretación) y, por tanto, la conducta prohibida, entonces la acción de A resultaría objetivamente atípica, dado que en la realidad no se trataba de un "lugar poblado". Por cierto, con esto decaería también el elemento "en banda", en razón de que la agravante contiene la conjunción copulativa "y". Solo subsistiría una tentativa (inidónea) de robo agravado "en poblado y en banda".[36] En cambio, si se toma en consideración que el elemento "en lugares poblados" referido en este artículo no implica ningún contenido de ilícito, de tal manera que no puede afectar ningún bien jurídico, sino que simplemente constituye una referencia concretizante a la agravante por "despoblado", entonces varía la solución. Dado que el único elemento que integra el tipo de la

[35] Tomado del caso "El pueblo artificial", de SANCINETTI, *supra* nota 1, p. 28.

[36] Desde luego que en el caso del ejemplo la responsabilidad por el tipo básico, esto es, robo simple, no presenta dificultades.

interpretación es el componente "en banda", y que efectivamente el robo fue cometido en banda y con conocimiento de tal circunstancia por parte de A, entonces la agravante del art. 167, inc. 2.º, CP está completa tanto en su faz objetiva como subjetiva.

IV. Aborto

En lo que aquí interesa, el Código Penal argentino, en su redacción actual, distingue entre abortos simples y abortos agravados por haber sido cometidos en contra de la voluntad de la mujer.[37] Se establece una pena de prisión de uno a cuatro años para el aborto "con consentimiento de la mujer" (art. 85, inc. 2.º, CP) y una de tres a diez años para el aborto "sin consentimiento de la mujer" (art. 85, inc. 1.º, CP). Una vez más, es aplicable la regla del tercero excluido: los abortos pueden ser cometidos con consentimiento de la mujer o sin este; no existe una tercera variante. Siendo ello así y dada la diferencia de la escala penal, necesariamente una de estas figuras tiene que ser la forma básica de cometer el delito y la otra, la agravada.

En el tipo penal básico, el bien jurídico protegido es la vida humana, más específicamente, la destrucción de un feto.[38] La agravante del art. 85, inc. 1.º, CP afecta adicionalmente el bien jurídico "autonomía" o "libertad"[39] de la mujer. Por tanto, el elemento textual "con consentimiento" nunca podría ser considerado como un elemento típico, dado que no agrega contenido de ilícito a la conducta, en tanto no perjudica a terceros en el sentido del art. 19, CN. Respecto de la conducta de la persona que le practica un aborto a una mujer, no es posible identificar ningún bien jurídico que sea afectado por la circunstancia de que la mujer lo consienta. Entonces esa figura básica, en el tipo de la interpretación, solo puede ser entendida como: "el que causare un aborto". La circunstancia de que se mencione que es realizado con el consentimiento de la mujer es, una vez más, un elemento de referencia negativa o concretizante que le recuerda al lector que existe un caso más grave que el mero aborto, y es el de obrar en contra de la voluntad de la mujer —sin su consentimiento—. Recuérdese que la falta de algo (en este caso, la falta de afectación al bien jurídico "voluntad de la mujer") nunca puede ser un elemento de un concepto.

---

[37] Respecto del delito de aborto y la construcción del tipo penal, ver en extenso SANCINETTI, *supra* nota 1, p. 59 ss.
[38] SOLER, *supra* nota 12, t. III, p. 10.
[39] SOLER, *supra* nota 12, t. III, p. 103: "en semejantes casos, no solamente la ley protege la vida del feto, sino también la libertad y maternidad de la mujer". En verdad, objetivamente la maternidad también se ve afectada en el aborto simple. La agravante solo menoscaba la posibilidad de la mujer de decidir libremente acerca de si desea o no la maternidad: lesiona la libertad.

La distinción entre el tipo básico y la agravante se torna aún más clara si se toma en consideración que, en caso de que tuvieran éxito los intentos de despenalización, toda conducta de realizar un aborto en contra de la voluntad de la mujer seguiría siendo punible, precisamente por la afectación del bien jurídico "autonomía" (de la mujer). Así, el proyecto de ley que fue tratado en junio de 2018 en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación mantenía casi sin modificaciones el texto vigente:

"Artículo 85. El que causare un aborto será reprimido:

1) con prisión de tres (3) a diez (10) años si obrare sin consentimiento de la mujer o persona gestante (…)".[40]

Ejemplo 4: El médico A cree que la embarazada B ha consentido en una interrupción del embarazo que no está indicada médicamente[41] y se la practica. Sin embargo, B no quería interrumpir su embarazo.

Con relación a la agravante, A no tiene dolo, dado que desconoce el elemento "sin consentimiento". Respecto del tipo básico, si "con consentimiento" es considerado como un elemento típico, entonces el médico, objetivamente, no ha cometido el delito de aborto simple,[42] dado que la interrupción no se produjo "con consentimiento". Según gran parte de la doctrina argentina, A sería impune.[43] En cambio, si "con consentimiento" es considerado como un mero elemento de referencia concretizante que no integra el tipo de la interpretación, entonces el médico A habría realizado el tipo básico del aborto.[44]

Ejemplo 5: El médico A cree que la embarazada B no ha consentido en una interrupción del embarazo que no está indicada médicamente, pero aun así se la practica. Sin embargo, B sí quería interrumpir su embarazo.

[40] Texto disponible en: https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/2018/despenalizacion-aborto/noticias_0595.html (enlace verificado el 11 de diciembre de 2019).
[41] Respecto del modelo de la indicación, cf. ROXIN, "La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal", *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 1194 ss.
[42] Déjese de lado la agravante del art. 86, 1.º párr., CP.
[43] Cf. nota 28.
[44] Que podría no ser punible si se aprobase una ley como la del proyecto citado en nota 40 y el aborto fuera realizado antes de la 15.ª semana de gestación.

En lo atinente a la agravante, si bien A tiene dolo, falta el tipo objetivo, dado que no se ha realizado un aborto sin consentimiento de la mujer. Se da, entonces, una tentativa (inidónea) respecto del tipo agravado, que para un sector de la doctrina argentina sería impune. Con relación a la figura simple, la conducta resulta subjetivamente atípica si "con consentimiento" es visto como un componente del tipo objetivo, dado que A suponía que estaba realizando un aborto "sin consentimiento", lo que lógicamente niega un "aborto con consentimiento". Por el contrario, si se considera que "con consentimiento" no integra la conducta prohibida básica, sino que esta consiste simplemente en "causar un aborto", entonces el tipo básico está completo, dado que la representación de A de que realiza una interrupción del embarazo "sin consentimiento" no es incompatible con su representación de que está "causando un aborto".

V. Principio de legalidad

Por último, cabe analizar una posible objeción basada en una interpretación —a mi juicio incorrecta— del principio de legalidad. La crítica parte de la base de que la faceta *lex stricta* de tal principio obligaría por regla a restringir el poder punitivo a través de la interpretación del tipo penal, de tal manera que también estaría prohibido tachar elementos del texto que reducen el ámbito de aplicación de la ley penal. El punto de partida puede ser correcto, pero en general viene acompañado de vicios que tornan inválida la crítica.

1. Elementos del texto que restringen el poder punitivo

En primer lugar, se debe revisar si tales elementos *efectivamente* reducen el ámbito de aplicación de la ley penal; si tienen el sentido y la finalidad de reducirla. Para ello, es necesario recurrir a las reglas clásicas de la interpretación, tal como se ha hecho aquí al analizar los tres casos presentados: hay que averiguar el contenido de la norma de prohibición o de mandato mediante el esclarecimiento de los conceptos particulares que la integran.[45] Si los métodos clásicos de la interpretación (gramatical, histórica, sistemática y teleológica) conducen a una construcción del tipo que no contiene el elemento en cuestión y le asigna otro sentido (como el de ser un elemento de referencia concretizante), entonces ya no se puede predicar que sea un componente que reduzca el ámbito de aplicación de la ley penal. Lo único que podría sostenerse es que *si* tal elemento

[45] Así, OTTO, *supra* nota 4, p. 55.

integrase la descripción de la conducta prohibida, entonces tendría como consecuencia una reducción del poder punitivo. El problema es que *no lo integra*.

2. Interpretación restrictiva

Para obviar esta objeción se recurre a la primera parte del enunciado que encabeza este acápite, según el cual el subprincipio *lex stricta* obligaría por regla a restringir el poder punitivo a través de la interpretación del tipo penal. De esta manera, sería obligatorio recurrir a alguna interpretación que explicara que el elemento en cuestión sí integra la conducta prohibida. En general, si tal fundamentación del aspecto *lex stricta* fuese llevada a un extremo, debería conducir a invalidar sin más ni más el poder punitivo, puesto que siempre sería hallable alguna lectura (incluso infundada) que redujese el ámbito de aplicación de un tipo penal, aun hasta arrasarlo. Si ese fuera el mandato correcto, se debería avalar toda interpretación, por incoherente que fuera, que tuviera por efecto reducir el ámbito de aplicación de la ley penal. Ulteriormente, conduciría a la desaparición de toda expresión del poder punitivo, un resultado que sus propios defensores no estarían dispuestos a aceptar.

La idea de que el principio de legalidad manda interpretar los tipos penales de manera restrictiva no es en sí misma errónea. Sucede que falta un pequeño ajuste: un correctivo que indica que la regla debe ser leída en el sentido de que, ante dos o más soluciones igualmente sostenibles según los principios fundamentales del derecho penal, se ha de preferir la solución más favorable al reo.[46]

En particular, en los supuestos que hemos visto, entender que los elementos de referencia concretizante integran el tipo penal solo conduce a reducir el ámbito de lo punible —en los casos anómalos analizados— por un mero azar. No se trata de una interpretación razonable que explique por qué no deberían ser punibles esos casos, sino que, por el contrario, utiliza una técnica de

[46] ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Principio de legalidad e interpretación de la ley penal", en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, vol. 8, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p. 176. Desde luego que esta solución no será compartida por quienes partan de la base de que no puede existir una situación en la que dos soluciones sean igualmente sostenibles, pues siempre debería primar una sobre la otra, es decir, solamente una de las interpretaciones en pugna sería correcta. Esto, a su vez, remite a la discusión acerca de si es posible trasladar el *in dubio pro reo* del derecho probatorio a problemas de interpretación jurídica, lo cual excede ampliamente el marco de este trabajo. Aquí solo puedo aclarar que no considero necesario abrazar la idea del traslado del *in dubio pro reo*, pues se debe diferenciar entre una situación de *duda respecto de los hechos* (falta de conocimiento, pero en definitiva los hechos se dieron de una única manera, solo que no pudo ser determinada) y una situación en la que *dos soluciones diferentes son sostenibles por igual* (y esto no remite a una falta de conocimiento, sino que, al menos en algunos casos, puede ser reconducido al dilema entre relativismo y objetivismo moral).

interpretación incorrecta (y por tanto arbitraria) para combinarla luego con otra mala interpretación, pero esta vez de un principio constitucional, que consistiría en reducir a toda costa el ámbito de lo punible. Si el principio realmente tuviese ese significado, no sería necesario siquiera echar mano de interpretaciones infundadas de los tipos penales.

En los casos analizados no existen dos soluciones igualmente sostenibles según los principios del derecho penal y las reglas clásicas de interpretación. La lectura propuesta aquí parte de la base, precisamente, de principios fundamentales del derecho penal, a saber, que solo puede ser punible aquello que perjudica a terceros y que, por tanto, no puede integrar un tipo penal un elemento que no represente ningún contenido de ilícito. Además, tal como se ha visto en los casos analizados, incluir en el tipo de la interpretación elementos que son de mera referencia concretizante conduce, en los resultados, a violaciones del principio de igualdad, en tanto no sería punible una persona que ha realizado un ilícito más grave que otra, que sí sería punible.[47] Esta situación de desigualdad solo sería tolerable si existiera una explicación racional, pero no si lo que se alega como base de la diferente solución es una interpretación incorrecta de una ley penal. En ese caso, la desigualdad conlleva una injusticia.

Tomar un elemento de referencia concretizante como si formara parte de la conducta prohibida *contradice* los principios generales del derecho penal, pues parte de la base irracional de que es posible prohibir aquello que no tiene potencial para perjudicar a terceros. Ya esta sola circunstancia es suficiente para descartarla como una posible solución sostenible que debiera ser preferida frente a otra por aplicación del principio de interpretación más favorable al reo.

Desde luego que el legislador puede incluir otro tipo de elementos que tampoco integran la conducta prohibida, pero que sí tienen la función expresa de reducir el ámbito de aplicación de esa norma. Dicho con un ejemplo que no es del derecho penal, sino del contravencional, pero que en definitiva aplica el principio de insignificancia, tomado de la dogmática jurídico-penal. El art. 88 del Código Contravencional de la ciudad de Buenos Aires prohíbe el uso indebido del espacio público. Luego de describir la conducta ilícita, agrega: "No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías…". Esta expresa aclaración tiene por fin restringir el ámbito de lo punible. En este caso, el legislador ha

[47] Pareciera que el problema de la igualdad está vinculado con la propia redacción escogida por el legislador. Así, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 46, p. 166: "una disposición laxa incrementa el riesgo de interpretaciones divergentes".

introducido conscientemente elementos que reducen la conducta prohibida, pero que no la integran. Tanto no la integran que quien realiza estos elementos no realiza la conducta prohibida.

Pero cuando, por una técnica legislativa deficiente, o más bien por una *interpretación* deficiente del tipo del texto se llega a la conclusión de que un elemento que no agrega ningún contenido de ilícito integra la conducta prohibida, ya no es posible, para salvarla, invocar el principio de legalidad. Los textos legales son siempre objeto de interpretación. Lo que prohíbe el principio de legalidad es una interpretación que fuerce el sentido de las palabras. Y aquí el sentido de las palabras es claro: se hace referencia negativa al tipo agravado, nada más. Una vez más: recordemos la redacción alternativa del delito de homicidio, que dijera: "el que matare a otro *sin que concurriere alguna de las circunstancias agravantes* del art. 80". Al jurista que considera que el que cree que está matando a su padre, pero en realidad está matando a un tercero, comete una tentativa inidónea y no punible de parricidio, a ese jurista nunca se le ocurriría que, ante esta redacción alternativa, esa persona tampoco podría ser penada por homicidio simple bajo el argumento de que así se violaría el principio de legalidad. Difícilmente consideraría impune ese homicidio simple. Por cierto, difícilmente se hallará una argumentación semejante en la interpretación del mencionado § 212 del Código Penal alemán, de similar estructura (*mutatis mutandi*) a la redacción imaginaria del art. 79, CP.

VI. Conclusión

A modo de cierre, es necesario distinguir entre el tipo del texto (aquello que escribió el legislador —artículo, inciso, etc.—) y el tipo de la interpretación, que es la construcción que realiza el jurista tomando en consideración principalmente el método teleológico y el sistemático. En general, hay una coincidencia entre cada elemento que introduce el legislador en el texto de la ley y cada elemento que describe la conducta prohibida. Sin embargo, en ciertas ocasiones el legislador introduce componentes pero no con la intención de describir la conducta prohibida, sino de que sea identificada de manera más sencilla. Y de eso se trata en el caso de estos elementos de referencia concretizante, o elementos negativos del tipo del texto.[48] Son componentes que hacen referencia a agravantes o a otras conductas prohibidas para facilitar una comprensión rápida de la conducta castigada en primer término.

No obstante, siempre hay que tener en cuenta que una negación nunca integra un concepto. Esto se debe, con las palabras ya citadas de OTTO, a que "la ausencia de algo nunca puede ser un

[48] Desde luego, no me refiero con esto a la doctrina de los elementos negativos del tipo.

elemento de un concepto, sino que puede ser únicamente una referencia concretizante de una situación de hecho ya conocida".[49] Con esta nota en mente, un método sencillo para detectar tales elementos negativos, que solo hacen referencia a la falta de estos por contraposición a otras conductas también prohibidas (ya sean agravantes, atenuantes, o alteraciones del tipo penal) que sí los tienen, consiste en analizar el elemento e identificar qué bien jurídico es afectado por esa parte de la conducta. Para ello, es necesario aislarlo del resto de la conducta prohibida, tal como se hizo en los casos analizados arriba. Si, una vez aislado, se demuestra que no tiene aptitud para lesionar ningún bien jurídico, entonces el elemento no forma parte del tipo de la interpretación; no integra la conducta prohibida.

Ello se vincula, a su vez, con el principio de reserva, según el cual al Estado solo se le permite prohibir una conducta cuando esta pueda lesionar un bien jurídico digno de protección. Si el elemento en cuestión no le agrega a la acción ningún contenido de ilícito —precisamente porque no lesiona ningún bien jurídico adicional o no aumenta la intensidad de la lesión—, entonces no puede integrar la conducta prohibida.

Por último, el principio de legalidad no obliga a interpretar como integrantes del tipo elementos que solo están expresados en el texto. El mandato de *lex stricta* obliga preferir la solución más favorable al imputado ante dos o más soluciones únicamente cuando estas sean igualmente sostenibles según los principios fundamentales del derecho penal. Este no es el caso cuando se ha identificado un elemento de referencia concretizante y se lo excluye del tipo de la interpretación.

VII. Bibliografía

AVACA, Diego / IRIARTE, Ignacio / MARUM, Elizabeth, en D'ALESSIO, Andrés José (dir.), *Código penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

BÉGUELIN, José, "La cuestión de la construcción del tipo en los delitos de matrimonios ilegales", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 9/2008, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 1507-1515.

[49] Ver nota 4.

BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar, *Código penal y leyes complementarias*, 6.ª ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2007.

CASTRO, Natalia, en RIQUERT, Marcelo Alfredo (dir.), *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, Buenos Aires, Erreius, 2018.

CREUS, Carlos / BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, 7.ª ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2013.

DIEDRICH, M. / DIVITO, Mauro, en D'ALESSIO, Andrés José (dir.), *Código penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.

DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. II-A, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.

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

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal*, t. V, 4.ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007.

FRISTER, Helmut, *Derecho penal, Parte general* (trad. de Marcelo A. Sancinetti, revisión de María de las M. Galli), Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940.

GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian, *Derecho Penal, Parte General* (trad. de Leandro Dias / Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

LENCKNER, Theodor, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27.ª ed., Múnich, Beck, 2006.

MIR PUIG, Santiago, "Matrimonios ilegales en el Código penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 27, Fasc/Mes 3, 1974, pp. 433-480.

MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos* (texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio), Buenos Aires, TEA, 1996.

NAVARRO, Guillermo / RAÑA, Andrea, en BAIGÚN, David / ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirs.), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1964.

—, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Córdoba / Buenos Aires, Lerner, 1976.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, "Principio de legalidad e interpretación de la ley penal", en ZIFFER, Patricia (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, vol. 8, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

OTTO, Harro, *Manual de derecho penal. Teoría general del Derecho Penal* (trad. de José Béguelin), 7ª ed., Barcelona, Atelier, 2017.

ROXIN, Claus, "La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal", *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 1189-1206.

SANCINETTI, Marcelo A., *Casos de derecho penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1986.

—, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

—, *Casos de Derecho Penal*, t. 2, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible* (trad. de Cancio Meliá / Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 4.ª ed., Buenos Aires, TEA, 1987.

TAZZA, Alejandro, *Código penal de la Nación Argentina comentado. Parte Especial*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2018.

WESSELS, Johannes / HETTINGER, Michael / ENGLÄNDER, Aarmin, *Strafrecht Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 42.ª ed., Heidelberg, Müller, 2018.

ZAFFARONI, E. Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 9, pp. 78-102.

CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LA SUCESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ARGENTINO

Juan Pablo MONTIEL[*] [**]

Fecha de recepción: 3 de septiembre de 2019
Fecha de aprobación: 15 de octubre de 2019

Resumen

La presente contribución se limitará a esbozar los principales problemas implicados en la cláusula de sucesión de responsabilidad penal de la persona jurídica prevista en el art. 3 de la Ley n.º 27.401. Se verá que la sola interpretación del tenor literal de la regulación dispara muy diversos problemas de gran envergadura, a los que se suman los desafíos vinculados al compliance y hasta cuestiones determinantes del mejor modelo de atribución de responsabilidad de la persona jurídica. Por esta razón, de los aspectos de la temática mencionados arriba solamente me ocuparé de lo relativo a la compatibilidad entre las reglas de sucesión y el principio de culpabilidad y personalidad de las penas, y también de lo que tiene que ver con la incidencia de los programas de cumplimiento en la sucesión de responsabilidad.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas – principio de culpabilidad – sucesión de responsabilidad – programas de compliance

Title: Problematic Issues of the Succession of Criminal Liability of Legal Persons in Argentine Law

Abstract

This contribution will be limited to outlining the main problems involved in the succession clause of criminal liability of the legal person provided for in Article 3 of Law No. 27,401. It will be seen that the mere interpretation of the literal wording of the regulation triggers a wide range of major problems, to which are added the challenges linked to compliance and even to determining the best

[*] Director de CRIMINT, Centro Virtual de Investigación Aplicada en Derecho penal (Argentina). Contacto: jpmontiel@crimint.com.ar

[**] Me gustaría expresar mi agradecimiento a Beatriz Goena Vives, Iñigo Ortiz de Urbina y Rodolfa Papa, por el material que me han facilitado para trabajar este artículo y el excelente espacio que me brindaron para discutir las cuestiones más problemáticas.

model for attributing liability to the legal person. For this reason, I will only deal with what concerns the compatibility between the rules of succession and the principle of culpability and personality of penalties, and also what has to do with the impact of compliance programmes on the succession of responsibility.

Keywords: Criminal Liability of Legal Persons – Principle of Culpability – Succession of Liability – Compliance Programmes

Sumario: I. Sucesión de personalidad: modificaciones societarias como problema de integridad; II. Alcance del art. 3, Ley n.º 27.401; III. ¿Modificaciones societarias maliciosas o simplemente negligentes?; IV. Medidas de compliance requeridas; V. El principio de personalidad de las penas: ¿un obstáculo insalvable?; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Sucesión de personalidad: modificaciones societarias como problema de integridad

En el mundo de los negocios es posible detectar que la mayoría de las compañías prefieren crecer hacia fuera, mediante operaciones de fusión o adquisición, en lugar de potenciar un crecimiento hacia dentro. A esta circunstancia cabe agregar que, como indican GERNER y HOMMEL, la experiencia ha mostrado que las transacciones de fusión o adquisición suelen ser creadoras de valor para la parte vendedora, mientras que, al contrario, la parte compradora suele tener que lidiar con un escenario complejo, dificultoso, más allá de que en última instancia resulte favorable.[1] Ambos factores explican, por un lado, la propensión de muchos empresarios a involucrarse en complejas transacciones de fusión o adquisición en la búsqueda de una expansión de sus negociaciones, pese a los costos, las dificultades y los riesgos inherentes a estos procesos y, por el otro lado, la necesidad de que el adquirente o nuevo socio adopte medidas de autoprotección de su negocio. Estas últimas medidas no solamente deben estar orientadas a proteger su patrimonio ante eventuales pasivos financieros ocultados por el vendedor, sino también su propia existencia o reputación frente a "pasivos de corrupción" disimulados.

[1] GERNER/HOMMEL, "Accounting for Real Options in the Due Diligence Process", en GLEICH *et al.* (eds.), *Value in Due Diligence. Contemporary Strategies for Merger and Acquisition Success*, Farnham, Gower, 2010, pp. 9-29, p. 29.

El art. 3 de la Ley n.º 27.401 establece las condiciones que permiten mantener una responsabilidad penal, pese a las mutaciones que pudiese experimentar la persona jurídica.[2] En este sentido, surge con claridad la necesidad *político-criminal* de disponer de una cláusula de sucesión de la responsabilidad de personas jurídicas, atento al dinamismo de las empresas y a los numerosos mecanismos legales que pueden facilitar la elusión de esa responsabilidad penal.[3] De este modo, el art. 3 de la Ley n.º 27.401 representa lo que la doctrina argentina en otro contexto ha calificado como "cláusula antifraude de ley".[4] Con todo, la determinación de una responsabilidad sucesoria toca fibras sensibles de un derecho penal liberal que se sustenta, entre otros principios, en el de culpabilidad y, especialmente, en el de la personalidad de las penas. De ahí que resulte necesario interpretar y aplicar la figura de la responsabilidad sucesoria de tal manera que sea posible todavía garantizar la vigencia de estas garantías. Como veremos, para buena parte de la doctrina esta es una lucha perdida de antemano, sin embargo, adelanto aquí que considero todavía posible hacer válido el principio de personalidad de las penas respecto de la persona jurídica y su responsabilidad sucesoria.

En general, con independencia de las características que exhiba cada regulación legal, existen tres aspectos de la temática de la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica que resultan fundamentales para su abordaje integral. En primer lugar, las reglas de imputación que explican y justifican la transferencia de responsabilidad de una persona jurídica a otra o, mejor dicho, que hacen posible seguir hablando de un mismo sujeto de imputación pese a haber mutado su formato societario. En segundo lugar y asociado a esto último, entran en escena la compatibilidad de esas reglas con garantías político-criminales elementales, esto es, las reglas de imputación anteriores deben estar en armonía con principios tales como el de culpabilidad, personalidad de las penas, legalidad, etc. En tercer lugar, la cuestión vinculada a los sistemas de *compliance* y

[2] Pueden encontrarse regulaciones equivalentes en otros países: art. 2, 2.º párrafo Ley n.º 30.424 (Perú), art. 18 Ley n.º 20.393 (Chile), art. 130 2.ª parte Código penal español, § 30 párr. 2.º OwiG. Especial atención merece el tratamiento de la cuestión en el derecho alemán, pues allí no existe la fuerte tendencia a aceptar como regla la sucesión de la responsabilidad administrativa. De hecho, hasta la reforma de la OWiG del año 2013 la sucesión de la responsabilidad no estaba prevista legalmente y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (BGH) únicamente la había aceptado cuando existía una "cuasi identidad económica", que únicamente se da ante meros cambios de forma. Al respecto, cfr. entre otros ALTENBURG/PEUKERT, "Neuerungen in § 30 OWiG", BB 2014, Heft 12, pp. 649-655; WIEDMANN/FUNK, "Umgehung von Kartellgeldbußen durch Umstrukturierung- Konzernhaftung als Lösung?", *BB* 2015, Heft 44, pp. 2627-2634. Luego una posterior reforma de 2017 amplió el régimen de la sucesión en el ámbito del derecho de cárteles, cfr. MÄGER/VON SCHREITTER, "Die kartellrechtliche Bußgeldhaftung nach der 9. GWB Novelle – Überblick und Kritik", *NZKart*, 2017, pp. 267 ss.

[3] En este sentido, Circular 1/2011 de la Fiscalía General de Estado (España) Apartado II. 3).

[4] RIGGI, *Interpretación y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 137 s., bajo la idea de una *Gleichstellung*.

concretamente a su incidencia en la evitación de la responsabilidad penal. En el terreno de la sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas es sobradamente conocido en la discusión y la legislación que el *compliance* puede incidir en el castigo de la persona jurídica, ora atenuando la pena, ora excluyéndola. Como se verá *infra*, esta cuestión tiene una enorme importancia para la discusión en la Argentina, por lo que se torna fundamental explicar las características que deben tener los programas de *compliance* para tener esos efectos benéficos para las organizaciones.[5]

La presente contribución se limitará a esbozar los principales problemas implicados en la cláusula de sucesión de responsabilidad penal de la persona jurídica prevista en el art. 3 de la Ley n.º 27.401, sin ninguna pretensión de exhaustividad. Como podrá observarse al final de la lectura, la profundidad y diversidad de los problemas hace necesario que un tratamiento exhaustivo del tema tenga lugar en un formato monográfico. Se verá que la sola interpretación del tenor literal de la regulación dispara muy diversos problemas de gran envergadura, a los que se suman los desafíos vinculados al *compliance* y hasta cuestiones determinantes del *mejor* modelo de atribución de responsabilidad de la persona jurídica. Por esta razón, de los aspectos de la temática mencionados arriba solamente me ocuparé de lo relativo a la compatibilidad entre las reglas de sucesión y el principio de culpabilidad y personalidad de las penas, y también de lo que tiene que ver con la incidencia de los programas de cumplimiento en la sucesión de responsabilidad. El estudio de la primera cuestión de los fundamentos y las concretas reglas de imputación que justifican la sucesión quedará fuera de este análisis por razones de espacio. En el fondo, esta cuestión pende de un tema más general y espinoso que tiene que ver con el modelo general de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas,[6] cuyo análisis riguroso excedería completamente las pretensiones de esta contribución.[7] Más bien, he preferido concentrarme en aquellos aspectos más problemáticos que presenta el tema a partir de la deficiente regulación que trae la Ley n.º 27.401.

---

[5] De hecho, puede observarse que en ámbitos en que la tematización de la sucesión de responsabilidad penal de empresas está más avanzada, la consideración del *compliance* en este terreno parece insoslayable. Al respecto, cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal económico y de la empresa*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, n.º m. 1983, p. 1650.

[6] Sobre esta cuestión, en general, cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial ('Compliance programs')", en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 95-125, pp. 115 ss.; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Madrid, Iustel, 2008, pp. 88 ss. Para un análisis de los modelos a la luz de la legislación local, cfr. MONTIEL, "Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de personas jurídicas en el Derecho argentino", *Revista En Letra Derecho penal*, vol. 6, 2018, pp. 124-150, pp. 129 ss.

[7] De igual modo, considero que ahondar en otras cuestiones de *compliance* no vinculadas a la sucesión de responsabilidad —como ser, p. ej., los límites a la conformación privada de reglas de comportamiento— sacaría de foco el estudio.

En definitiva, en una primera parte (II. y III.) me concentraré en el alcance de la responsabilidad sucesoria bajo la regulación argentina, lo que me llevará a enfocarme en los supuestos de modificaciones societarias contemplados y en el tipo de maniobra comprendida. En la segunda parte (IV.) me concentraré en la incidencia de las autorregulaciones empresariales en la sucesión de responsabilidad penal, lo cual nos llevará a reflexionar sobre si los programas de *compliance* pueden actuar atenuando o excluyendo la pena y además sobre las medidas concretas de *compliance* que resultan requeridas. Por último, en la parte final (V.) afrontaré los cuestionamientos que debe soportar la figura plasmada en el art. 3 por su problemática relación con los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

Y una última aclaración. Más allá de algunas pocas aportaciones de especialistas locales,[8] el tema de la responsabilidad sucesoria de la persona jurídica resulta casi desconocido para la doctrina y la jurisprudencia argentina. Incluso las escasas contribuciones se han concentrado principalmente en un análisis del texto de la ley a la luz de puras necesidades prácticas, dejando de lado otras cuestiones conceptuales más profundas que condicionan inevitablemente la aplicabilidad de esta institución. Ello me obliga a adelantar que los análisis y reflexiones que se vuelcan en este escrito toman como punto de partida la ley y el marco regulatorio nacional, pero se desarrollan a partir de considerar la jurisprudencia y literatura extranjera, especialmente española.

II. Alcance del art. 3, Ley n.º 27.401

Nuestro sistema de atribución de responsabilidad penal parte de la necesidad de que la persona que cometió el delito sea la misma que luego resulta pasible de imputación y pena. Lo que implica, en otras palabras, la identidad entre el sujeto al momento de la realización del injusto y la del sujeto en el juicio jurisdiccional. Así lo venimos entendiendo inveteradamente desde el reconocimiento de los principios de personalidad de las penas y de responsabilidad por el hecho propio. Ahora bien, como indica SILVA SÁNCHEZ, la identidad puede estar referida a dos aspectos distintos del sujeto: en primer lugar, a que sea la misma persona, el mismo ser "*de carne y hueso*" (*i.e.*, que sea quien ejecutó la acción delictiva, no su hermano gemelo), y, en segundo lugar, a que las condiciones relevantes

[8] Cfr. ANLLO, "Art. 3", en ÍDEM (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, pp. 120 ss.; MELHEM, "Los procesos de verificación (due diligence) y la transmisión de la responsabilidad en los procesos de fusión y adquisición de sociedades", en DURRIEU/SACCANI (dir.), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad penal empresaria*, Buenos Aires, Thompson Reuthers, 2018, pp. 123-132; FERNÁNDEZ, "Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones", en ídem en esta misma nota, pp. 133-139.

para la imputación penal sean las mismas, como ser que el autor del hecho mantenga su capacidad de culpabilidad también al momento del juicio jurisdiccional.[9] Evidentemente, el requisito de una identidad *corporal* parece poco relevante en el plano de la responsabilidad penal de personas físicas, dado que la discusión únicamente tendría sentido en los extraordinarios casos en los que el autor de un delito cambia su nombre (o incluso su sexo) poco después del hecho y antes de ser sometido a juicio. Sin embargo, la situación se torna más compleja en relación con las personas jurídicas, pues sus modificaciones no son en absoluto un fenómeno extraordinario. Justamente el art. 3 de la Ley n.º 27.401, bajo la consideración de que existen instrumentos legales que permiten y viabilizan las modificaciones societarias, ha previsto la posibilidad de una sucesión de la responsabilidad penal, incluso cuando *en apariencia* se ha roto la identidad de personalidad. En mi opinión, no estamos aquí ante una excepción *prevista legalmente*, sino antes bien frente a una cláusula que permite al juez seguir considerando que la persona jurídica "modificada" es la misma que aquella que ha cometido el delito.

La Ley n.º 27.401 reconoce aquellos tipos de modificaciones societarias previstas en la Ley de Sociedades n.º 19.550, las *transformaciones, fusiones* y *escisiones*, sin perjuicio de lo cual deja abierta la posibilidad de una sucesión de la responsabilidad ante supuestos de modificaciones similares ("o cualquier otra modificación societaria"). Según el art. 74 de la Ley n.º 19.550, en los supuestos de *transformación* la persona jurídica en cuestión adopta un tipo societario diferente al que hasta entonces mantenía. En este sentido, si bien la persona jurídica conserva su nombre de fantasía, se produce una mutación en la clase de sociedad que constituye.[10] La particularidad de estos casos consiste en que la sociedad no se disuelve ni tampoco se ven alterados sus derechos, y por esta razón parece razonable entender que aquí no habría en sentido estricto una modificación societaria, sino que la misma persona jurídica conserva la misma subjetividad solo que con un nuevo "ropaje" jurídico.[11] Así, de la regla prevista en el art. 3 de la Ley n.º 27.401 surge que, en caso de que la persona jurídica involucrada en un hecho de corrupción estuviese constituida bajo la forma de una sociedad de responsabilidad limitada e inmediatamente después mudase su forma hacia una sociedad anónima, esta transformación no impide que la persona jurídica resultante responda penalmente por los

[9] SILVA SÁNCHEZ, "Identidad en el tiempo y responsabilidad penal", en GARCÍA VALDÉS et. al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 661-692.

[10] Según la doctrina especializada, se estaría ante un mero cambio de forma que no conllevaría el cambio del objeto social ni ninguna reforma sustancial del estatuto social, cfr. VERÓN, *Sociedades comerciales. Ley 19550*, 2.ª ed., t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 763, 766 s.; BALBÍN, *Manual de Derecho societario,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 301. De otra opinión, enfatizando que la transformación puede implicar cambios más profundos en el contrato social, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario,* t. 10, Buenos Aires, Heliasta, 2006, pp. 217 ss.

[11] En sentido similar, MELHEM, *supra* nota 8, p. 126.

delitos cometidos bajo el viejo formato societario.[12] Por su parte, la Ley n.º 19.550 prevé dos supuestos de fusión (art. 82): dos o más sociedades se disuelven para conformar conjuntamente una nueva sociedad, o bien una ya existente se incorpora a otra. A diferencia de la transformación, aquí las sociedades fusionadas se disuelven sin liquidarse para incorporarse al *fusionante* o para dar vida a una nueva sociedad.[13] Finalmente, el fenómeno de la escisión puede asumir tres formas diferentes con efectos jurídicos diferentes (art. 88 Ley n.º 19.550). En la primera y segunda modalidad una sociedad escindente no se disuelve y simplemente destina parte de su patrimonio a: 1) ser integrado a una sociedad ya existente; 2) dar vida, junto a otra persona jurídica, a una nueva sociedad; y 3) crear una o varias sociedades nuevas.[14] Bajo la tercera opción, la escisión presupone forzosamente su disolución, aunque se mantiene sin ser liquidada y se constituyen con todo el patrimonio varias sociedades. A los ojos de la Ley n.º 27.401 la sociedad escindida o fusionada "conservará el ADN" de la persona jurídica involucrada en los hechos de corrupción y que le precede a la *target*.

Pese a su falta de claridad, el segundo párrafo del art. 3 de la Ley n.º 27.401 contempla situaciones diferentes, donde no existe en sentido estricto una cláusula de sucesión, sino más bien una cláusula "de pervivencia". Mientras que en los casos de transformación, fusión y escisión el precepto en cuestión traslada la responsabilidad penal de una persona jurídica a otra nueva —resultante de la operación de modificación societaria—, en el segundo párrafo del art. 3 el legislador establece la pervivencia de la responsabilidad, pese a no existir más *en apariencia* persona jurídica alguna. Puesto en términos de identidad temporal: mientras que en los supuestos del primer párrafo en el momento del juicio jurisdiccional hay una persona jurídica distinta de la que cometió el delito, en los casos que trae el segundo párrafo directamente no existiría más una persona jurídica al momento de la imposición de la pena. Así, el art. 3 contempla aquí el caso de las personas jurídicas que, buscando eludir toda responsabilidad penal, se disuelven *solo en apariencia,* pero mantienen clandestinamente su "actividad económica y (…) la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos".

Ahora bien, está claro que en el fondo no es correcto señalar que en los supuestos del segundo párrafo del art. 3 no existe persona jurídica alguna, pues en realidad la disolución ficticia lleva a la

[12] La doctrina alemana entiende de modo absolutamente dominante que estos son los supuestos más sencillos de modificación societaria, dado que aquí el titular de derechos no ha visto modificada su identidad jurídica, cfr. entre otros CORELL/VON SAUCKEN, "Verteidigungsansätze bei der Unternehmensgeldbuße", *wistra* (8) 2013, p. 298.

[13] Sobre las características generales del proceso de fusión societaria, cfr. entre otros, BALBÍN, *supra* nota 10, p. 308.; VERÓN, *supra* nota 10, pp. 798 y ss.

[14] Para una caracterización de estas tres modalidades, cfr. VERÓN, *supra* nota 10, pp. 841 ss.; BALBÍN, *supra* nota 10, p. 316.

persona jurídica a transformarse en una sociedad de hecho.[15] En mi opinión, no sería desacertado hablar aquí de una transformación *en sentido impropio*, dado que la persona jurídica simplemente muda de forma societaria pasando de un tipo societario determinado a una sociedad de hecho. Sería en sentido impropio, dado que una transformación en sentido estricto —*i.e.*, según lo estipulado por la Ley n.° 19.550— estaría reservada para los casos en los que se da un cambio entre los tipos societarios reconocidos por esa ley.[16]

III. ¿Modificaciones societarias maliciosas o simplemente negligentes?

Una cuestión adicional vinculada al alcance del art. 3 se relaciona con su aplicabilidad a modificaciones societarias normales o únicamente a supuestos en los que las empresas se valen *maliciosa* o *fraudulentamente* de las herramientas que les otorga la ley para diluir la responsabilidad penal. Esta pregunta comienza a tomar notoriedad especialmente en la literatura y la praxis jurisprudencial española. Para parte de la doctrina, una manera de racionalizar la interpretación de la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica consiste en limitarla a supuestos en los que la maniobra de transformación societaria responde a un plan fraudulento, destinado a eludir las consecuencias jurídicas (penales o civiles) de la empresa absorbida.[17]

Como se expresó *supra,* claramente la finalidad perseguida por el legislador argentino al introducir la figura de la responsabilidad sucesoria ha sido impedir la "fuga de responsabilidad penal" mediante maniobras de "ingeniería societaria" que permitan esconder a la persona jurídica competente por los hechos delictivos. Y en ese caso se está pensando principalmente en maniobras elusivas *dolosas*, en el sentido clásico del término en derecho penal, esto es, teniendo conocimiento de que se está modificando la sociedad involucrada en el delito con el fin de eludir cualquier tipo de responsabilidad. Sin embargo, existen buenas razones para entender que esta interpretación resulta demasiado estrecha y a la larga conduce a hacer infra-inclusivo el art. 3, pues la experiencia nos muestra que son más bien excepcionales los casos en los que la modificación es realizada deliberadamente para licuar la responsabilidad penal. En este sentido, considero que existen razones de peso para concluir que el art. 3 comprende por igual modificaciones societarias llevadas adelante

[15] También en este sentido, MELHEM, *supra* nota 8, p. 127.
[16] Cfr. VERÓN, *supra* nota 10, p. 767.
[17] DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLBERG, "La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa", en *Diario La Ley n.º 9126,* del 25 de enero de 2018. Así también en la jurisprudencia española, Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019, pp. 29 s.

deliberadamente para eludir la responsabilidad y modificaciones societarias gestionadas negligentemente y que conllevan la "filtración de responsabilidad" en las personas jurídicas resultantes.

A mi modo de ver, en esta dirección apuntan las reglas de *compliance* exigidas a nivel internacional ante este tipo de situaciones. Justamente, gran parte de los problemas de integridad asociados a los procesos de *M&A* surgen del comportamiento poco diligente de la empresa que impulsa la modificación, debido principalmente a no haber implementado un proceso de *due diligence* lo suficientemente riguroso. También en España la jurisprudencia se pronuncia a favor de esta interpretación.[18] Al mismo tiempo, entiendo que las diferentes *Guidelines* o recomendaciones que existen en el nivel nacional e internacional apuntan en esta dirección, pues recomiendan o exigen la implementación de una serie de medidas —ya la sola expresión *diligencia debida* apoya esta idea— destinadas a que sea posible disponer de la información relevante sobre "pasivos de corrupción" y de este modo evitar una asunción no consentida de responsabilidad por parte de la persona jurídica resultante.[19] Estas exigencias, por tanto, pretenden asegurar que la persona jurídica esté en condiciones de evitar verse involucrada *sin intención* en algún hecho de corrupción.

IV. Medidas de compliance requeridas

1. Regulaciones y recomendaciones de compliance en la Argentina y buenas prácticas internacionales en procesos de modificaciones societarias

Si bien el art. 3 de la Ley n.º 27.401 establece la transmisión de la responsabilidad penal a la persona jurídica resultante de un proceso de modificación societaria, en este precepto se omite cualquier tipo de referencia a las medidas de *compliance* recomendables para estos casos y menos aún se alude a la incidencia que podría tener su implementación en la responsabilidad penal. Como remarcaré con algo más de detalle *infra,* aquí se aprecia una diferencia notable entre el texto convertido en ley por el Senado argentino y el proyecto enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo, en el que efectivamente se contemplaba una cláusula con exigencias de *compliance*. Recién al enumerarse los elementos optativos de un programa de integridad (art. 23, 2.ª parte) aparece en el inciso VII la referencia a "[l]a debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y

[18] Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de Madrid, del 20 de marzo de 2019, p. 6.
[19] Al menos los Lineamientos de Integridad de la Oficina Anticorrupción (2019) y el documento *Evaluation of Corporate Compliance Programs* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (2019) no reducen la cuestión a supuestos dolosos.

adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas".

Complementariamente, los *"Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley nº 27.401 de responsabilidad penal de personas jurídicas"*, elaborados por la Oficina Anticorrupción de la Argentina, ofrecen a las empresas y a las autoridades encargadas de la persecución penal criterios para poder interpretar y aplicar correctamente el elemento plasmado en el mencionado art. 23, 2.ª parte, inc. VII. El documento destaca, en primer lugar, que los mecanismos de *due diligence* en el marco de modificaciones societarias no constituyen un componente imprescindible de un sistema de integridad adecuado, dado el carácter extraordinario que suelen tener estos procesos.[20] Al mismo tiempo, destaca que, en segundo lugar, cualquier medida de diligencia debida implementada en los mencionados procesos se orienta básicamente a detectar irregularidades cometidas y vulnerabilidades de la persona jurídica *target* que se puedan heredar.[21] Adquiere importancia la referencia a algunas medidas de *compliance* que sería necesario adoptar en el marco de estos procesos para la existencia de un *due diligence* satisfactorio, entre las cuales se menciona a las siguientes: i. verificación de cumplimiento anticorrupción por parte de la empresa *target*; ii. implementación de políticas anticorrupción por la empresa *target* (o adecuada conciliación de los programas existentes en una y otra); iii. capacitación en tales políticas a directores e integrantes de la empresa *target*; y finalmente iv. auditoría posterior al cierre.[22] En mi opinión, sin lugar a dudas aparecen aquí criterios relevantes a tener en cuenta a la hora de guiar la batería de medidas requeridas para un adecuado *due diligence M&A*. Sin embargo, todavía existe una importante orfandad de criterios en relación con, p. ej., la profundidad y alcance de la investigación que debe hacerse de los pasivos de corrupción de la empresa adquirida o fusionada, o cómo corresponde proceder según los diferentes escenarios que pueden darse (*v. gr.* ausencia total de un programa de integridad en la sociedad resultante o la existencia de una fachada de programa de integridad), especialmente en supuestos de fusiones por adquisición.

Con todo, una mirada a otros instrumentos internacionales muestra que esta exigüidad de las regulaciones y recomendaciones también se replica en otros países. P. ej., el documento del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, "*Evaluation of Corporate Compliance*

[20] Oficina Anticorrupción, *Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley n.º 27.401 de responsabilidad penal de personas jurídicas*, 2019, Sección 3.9, pp. 54 s.
[21] Ibídem, p. 54.
[22] Ibídem, p. 55.

Programs", referente internacional en la materia, tampoco detalla las medidas de integridad exigibles. Más allá de algunas referencias genéricas al proceso de *due diligence*, al de integración *M&A* o los mecanismos de remediación de contingencias, se destacan las siguientes precisiones:

"La debida diligencia defectuosa o incompleta puede permitir que la conducta indebida continúe en la empresa *target*" y ello conlleva su responsabilidad.[23]

"La medida en que una empresa somete a sus objetivos de adquisición a un escrutinio adecuado es indicativo de si su programa de cumplimiento es, como se implementó, capaz de hacer cumplir sus controles internos y remediar la conducta ilegal en todos los niveles de la organización".[24]

En mi opinión, el escaso detalle de las regulaciones y recomendaciones en esta materia deberían llevarnos a pensar que los Estados han decidido dejar que las propias empresas adopten las medidas que consideren necesarias para protegerse y evitar la transferencia de responsabilidad, atento a que cada proceso de modificación es único.[25] En definitiva, será el juez quien deberá valorar si, de acuerdo con las particularidades del proceso en cuestión, la persona jurídica resultante ha sido suficientemente diligente.

2. Diligencia debida y sistema de *compliance* "integrador"

Para entender adecuadamente la batería de medidas de *compliance* que es necesario implementar en los procesos de modificaciones de personas jurídicas considero necesario distinguir dos momentos: las etapas previas o concomitantes a las negociaciones y la etapa posterior, en la que la modificación societaria se encuentra consumada.[26] En general, las llamadas medidas de *due diligence M&A* suelen identificarse con las medidas de integridad que se adoptan en la primera de estas fases, puesto que se refieren al grupo de medidas dirigidas básicamente a identificar riesgos o irregularidades reales y disponer medidas de remediación. Cuando el proceso de modificación ya se encuentra terminado, los desafíos de *compliance* pasan por robustecer el modelo de prevención de la persona jurídica resultante, lo que puede implicar el diseño e implementación de un programa de

[23] Department of Justice, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, 2019, p. 8.
[24] Ibídem, p. 8.
[25] Así lo entiende en relación con la Ley n.º 27.401 MELHEM, *supra* nota 8, p. 129.
[26] Distingue también entre estas dos etapas FERNÁNDEZ, *supra* nota 8, pp. 136 ss., p. 138 s.

integridad "integrador" (fusión) o de un nuevo programa de *compliance* para la nueva persona jurídica (transformación, escisión).

Los desafíos más importantes en materia de *compliance* que se presentan ante el fenómeno de las modificaciones societarias están asociados a los procesos de fusiones y adquisiciones de empresas. En la medida en que las transformaciones constituyen una mera muda de ropaje jurídico que, por lo general, deja intacto el objeto social y lo esencial del contrato societario, parece comprensible que un *due dilligence* solamente resulte requerido en contextos excepcionales, en los que se produce un drástico cambio en la composición societaria. Hecha esta aclaración, es importante remarcar que según una mirada tradicional, el equipo encargado de llevar adelante la fusión o adquisición debe enfocar su tarea principalmente en el análisis económico de la empresa fusionada o adquirida, esto es, determinar los activos y pasivos económicos, con ayuda de los cuales podrá definir el valor de la empresa *target*. Sin embargo, los actuales marcos regulatorios incentivan a las empresas adquirentes o fusionantes a contemplar seriamente los posibles "pasivos de corrupción" (ocultos o manifiestos) de la empresa *target*, sobre todo por los efectos de reputación y jurídicos que ellos pueden acarrear. Indudablemente la afectación de la reputación, como así también eventuales sanciones por la comisión de delitos, suelen conllevar una significativa afectación patrimonial de la empresa.

Como plantean COBBLAH, GRAHAM y YAWSON, la diligencia debida debe comenzar en la compañía que realiza la adquisición antes de haberse tomado la decisión de adquirir o fusionar.[27] Esta primera aproximación "informal"[28] permite a la empresa adquirente o fusionante determinar si el objeto en el que se está enfocando resulta idóneo para la operación correspondiente. Sin embargo, el momento crucial para el análisis de integridad de las empresas *target* tiene lugar con el inicio formal de las negociaciones. En estas, la persona jurídica adquirente necesita investigar exhaustivamente si con anterioridad a la operación la *target* estuvo envuelta en algún delito que pudiese disparar una futura responsabilidad penal, con independencia de si el hecho está siendo investigado o no por el poder judicial. Pero, además, las medidas de comprobación deben identificar los concretos riesgos de corrupción a los que está expuesta la empresa *target* y los mecanismos de *compliance* con los que cuenta para inocuizarlos. Desde luego que toda esta información tiene una notable relevancia para hacer un cálculo más exacto del costo económico de la operación, pues no solo puede resultar necesario afrontar alguna multa, sino también calcular el grado de inversión que

[27] COBBLAH/GRAHAM/YAWSON, "Due Diligence on Strategic Fit and Integration Issues: A Focal Point of M&A Success", en GLEICH/KIERANS/HASSELBACH (eds.), *supra* nota 1, pp. 3-15, p. 5.
[28] La referencia al carácter informal también apunta a que su no realización no es determinante de un *due diligence* defectuoso.

debe hacerse en infraestructura de *compliance* una vez adquirida o fusionada la empresa. Esta información se torna fundamental en la toma de decisiones empresariales, ya que incluso la detección de una irregularidad en la persona jurídica absorbida o adquirida podría dar lugar a la discontinuidad del negocio o a una disminución del precio.[29]

Sin dudas, la pregunta más relevante desde el punto de vista práctico tiene que ver con las medidas concretas que en cada caso una empresa debe adoptar para asegurarse la implementación de un sólido *due dilligence*.[30] El tema está indisolublemente sujeto a las particularidades de cada caso, por lo que siempre será necesario atender a las particularidades de cada escenario para identificar la estrategia concreta que requiere la específica modificación societaria. Por razones de espacio me será imposible adentrarme en detalle en estas cuestiones, de allí que me limite en lo que sigue a esbozar las líneas rectoras que deben seguirse para encarar cualquier proceso de *due dilligence* en el marco de lo dispuesto por el art. 3 Ley n.° 27.401.

Como primera cuestión es importante resaltar que la diligencia debida en procesos de adquisiciones o fusiones necesita ir más allá de las meras cuestiones legales o financieras para ser verdaderamente exitosa. Por esta razón, se necesita incluir aspectos organizacionales, culturales, estratégicos y ligados a los recursos humanos,[31] siempre con un carácter dinámico.[32] Pero más allá de esta referencia genérica es necesario enfocarse en las directrices que toda empresa fusionante o adquirente debe seguir para excluir riesgos penales. Aquí no sería exagerado señalar que los procesos de modificaciones societarias constituyen valiosas ocasiones para testear la fortaleza del programa de integridad de la empresa fusionante o adquirente, pues requiere de un eficiente proceso de detección y reacción.

Las medidas de *compliance* que se ven envueltas en estos escenarios apuntan en dos direcciones: por un lado, a determinar si existe algún hecho de corrupción pasado, capaz de salpicar a la empresa

[29] MELHEM, *supra* nota 8, p. 131.

[30] Esta afirmación presupone que en cualquier contexto de *M&A* deben implementarse forzosamente medidas de *due diligence*, al no ser suficientes bajo ningún concepto las llamadas "manifestaciones y garantías". También en este sentido, ANLLO, *supra* nota 8, p. 121.

[31] A este respecto, CORELL/VON SAUCKEN, *supra* nota 12, p. 298 resaltan la importancia de hacer una adecuada selección del personal que trabajará en el proceso de modificación societaria.

[32] COBBLAH/GRAHAM/YAWSON, *supra* nota 27, p. 5.

target; por el otro, a identificar los riesgos de corrupción implicados en la actividad cotidiana de la persona jurídica.

En cuanto a lo primero, el sistema de *compliance* de la adquirente o fusionante necesita poner en funcionamiento todos sus procesos de detección sobre una persona jurídica distinta. Lógicamente el alcance de las específicas medidas necesarias depende del escenario con el que uno se encuentre. Así, p. ej., cuando la *target* cuenta con un programa de integridad sólido (o medianamente sólido) se simplifica la tarea de la contraparte, pues bastaría con prestar atención a las contingencias y alertas informadas por el sistema y al tratamiento que han recibido. En mi opinión, el hecho de que la persona jurídica resultante cuente con un buen modelo de prevención debería llevarle tranquilidad y permitirle a la adquirente o fusionante confiar en los datos del sistema de *compliance* ajeno. Aquí el proceso de *due diligence* deberá enfocarse principalmente a asegurarse de que el sistema de *compliance* de la empresa adquirida o fusionada es eficaz. Indudablemente el escenario se complejiza notablemente cuando la sociedad sometida al proceso de modificación no cuenta con un programa de integridad o dispone de uno manifiestamente defectuoso. En este caso, será necesaria la adopción de medidas investigativas mucho más amplias para que la empresa fusionante o adquirente logre recabar información fiable de cara a conocer realmente el estado de integridad de la contraparte. No debe perderse de vista, como advierte acertadamente FERNÁNDEZ,[33] el factor temporal, pues la indagación debe quedar limitada a los acontecimientos que tuvieron lugar dentro de los seis años inmediatamente anteriores a las negociaciones, atento a que el art. 5 de la Ley n.º 27.401 establece que la acción penal contra las personas jurídicas prescribe a los seis años.

Desde luego que la detección de algún hecho de corrupción pasado tiene un notable impacto en las negociaciones de *M&A*. Puntualmente, este evento puede motivar que las negociaciones queden descontinuadas o bien que continúen pero que el impacto de esa contingencia se traslade al precio o a las condiciones de la operación.[34] Está claro que en el escenario de una continuación de las tratativas es recomendable identificar los hechos con la mayor precisión posible y además adoptar medidas de remediación.[35]

Por su parte, el segundo grupo de medidas de *compliance* que se esperan de la persona jurídica adquirente o fusionante están orientadas a conocer los aspectos de corrupción vinculados a la

[33] FERNÁNDEZ, *supra* nota 8, p. 138.
[34] ANLLO, *supra* nota 8, p. 122.
[35] FERNÁNDEZ, *supra* nota 8, p. 136.

actividad de la *target*. Indudablemente, la identificación de los aspectos externos a la empresa —p. ej., las particularidades del concreto mercado, las exigencias regulatorias, el nivel de corrupción del país en el que se opera, etc.—[36] pueden ayudar a hacerse una idea de los riesgos concretos asociados a la actividad empresarial, pero en mi opinión están lejos de ser decisivos para un adecuado *due dilligence*.[37] Aquí corresponderá analizar el nivel de interacción con el sector público, la integridad de los clientes y socios de negocios, y también la solidez del programa de integridad de la *target*, entre algunas de las principales áreas de importancia.[38] Esto debería conllevar la formalización de un mapa de riesgo *M&A*, esto es, una operación de identificación, comprensión y valoración de los riesgos jurídico-penales asociados al proceso de fusión o adquisición.[39] [40]

Por último, conviene detenerse al menos superficialmente en otras medidas de *compliance* importantes que trascienden el proceso de *due diligence*. Tras la consumación de la modificación sería aconsejable que la persona jurídica resultante adoptara un programa de integridad. [41] Las características de esta última fase de *compliance* pueden variar según el tipo de modificación de que se trate, puesto que una fusión puede requerir decisiones diferentes en materia de integridad. Así, la constitución de un *holding* de empresas requerirá el diseño e implementación de un programa de *compliance integrador*, esto es, un modelo de prevención del grupo, que complemente el de cada una de las empresas del grupo. Por su parte, la incorporación de una empresa a un *holding* ya existente demanda una "actualización" del programa *integrador,* pero al mismo tiempo la adaptación del modelo de prevención de la nueva empresa a los criterios del grupo. Por último, y sin pretensiones de exhaustividad, la escisión de una sociedad en otras varias debería conllevar que las resultantes diseñen e implementen un nuevo programa de integridad.

[36] Como se aprecia en SACCANI, "Debida diligencia hacia terceros", en MONTIEL (dir.), *Lineamientos de integridad*, Buenos Aires, 2018, pp. 29-42, pp. 33 s. (disponible en https://crimint.org/service/lineamientos-de-integridad/) [Enlace verificado el 23 de febrero de 2020), estos criterios son válidos para toda diligencia debida, esto es, tanto en el marco de modificaciones societarias como también respecto de terceros.

[37] Sin embargo, de otra opinión, MELHEM, *supra* nota 8, pp. 130 s.

[38] Sobre algunas de las principales medidas que resultan necesarias en esta etapa, cfr. FERNÁNDEZ, *supra* nota 8, p. 135.

[39] Esto último muestra la necesidad de distinguir dos grandes tipos de mapas de riesgo. Un primer tipo que denomino *mapa de riesgo elemental* o *básico* que se corresponde con aquel que sirve de punto de partida a un sistema de *compliance* general y un segundo tipo, los *mapas de riesgo específicos*, de menor espectro y concentrados en operaciones o situaciones puntuales, como ser en este caso un proceso de modificación societaria.

[40] Particularmente en Alemania, la doctrina entiende que la reforma de 2013 de la OWiG ha elevado las exigencias de *due diligence* en este contexto, pues ya no bastaría con documentar las irregularidades cometidas por la empresa originaria en un determinado periodo de tiempo, sino que resultaría necesaria la implementación de rigurosas investigaciones internas, cfr. ALTENBURG/PEUKERT, *supra* nota 2, pp. 653 s.

[41] Alude de manera genérica a este aspecto, ANLLO, *supra* nota 8, p. 122.

3. El doble efecto del *non-compliance* y la exoneración de responsabilidad penal

El *non-compliance* desempeña en la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica un rol de gran importancia, no solo bajo un modelo de autorresponsabilidad, sino incluso, en mi opinión, en ciertas presentaciones del modelo vicarial o de la heterorresponsabilidad.[42] En el primer caso, precisamente el injusto de la persona jurídica radica en el déficit de organización, el cual deja caracterizarse básicamente como el *non-compliance*, esto es, por la ausencia de un programa de integridad o bien por la existencia de uno defectuoso.[43] Pero, además, una de las maneras de evitar caer en una responsabilidad objetiva bajo el modelo vicarial consiste en darles entrada a las medidas de *compliance*, las cuales determinan la transferencia de la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica únicamente cuando existe un déficit de organización en *compliance*. En este escenario el *non-compliance* constituye la pieza central de la explicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica; en otras palabras, expresa el *fundamento* de la pena, sea porque constituye el delito u objeto de imputación (autorresponsabilidad) o bien el factor de atribución o criterio de imputación (heterorresponsabilidad).

Ahora bien, en el marco de la cuestión relativa a la transferencia de la responsabilidad por modificación societaria el *non-compliance* tiene una función adicional. Aquí no funge de fundamento de la responsabilidad penal, sino de *criterio de transferencia*. Con otras palabras: lo que debería trasladar la responsabilidad penal de la persona jurídica antecedente a la resultante es precisamente el defecto de organización, el no haber adoptado las medidas de *compliance* adecuadas para prevenir, identificar y disolver los riesgos penales emergentes de la empresa originaria. Justamente, la deficiente organización en *compliance* explica la posibilidad de trabajar con la ficción de que una persona jurídica continúa a otra involucrada previamente en algún ilícito.[44]

Una consecuencia natural de esta última posición es que la adopción de medidas de *compliance* adecuadas debería impedir la continuación de la responsabilidad en la persona jurídica resultante.

---

[42] De otra opinión, negándole importancia en el modelo de la heterorreponsabilidad, GARCÍA CAVERO, *Criminal Compliance,* Lima, Palestra, 2017, p. 113.

[43] ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 5, n.º m. 1766; GARCÍA CAVERO, *supra* nota 42, pp. 114 ss.; MONTIEL, *supra* nota 6, pp. 129 ss.

[44] En virtud de estos argumentos me cuesta compartir la opinión de ANLLO, *supra* nota 8, p. 121, para quien la sucesión se mantiene incluso si tras una diligencia debida y razonable no logra reconocerse ningún riesgo de la empresa que se adquiere. Según interpreto, en su comprensión estaríamos aquí ante una responsabilidad de carácter objetivo, inaceptable en el derecho penal.

Precisamente las medidas de *due diligence* eficientes cumplirían la función de interrumpir toda imputación a esta última persona jurídica. Al operar un adecuado *due diligence* en la modificación, no debería haber razones para trasladar la responsabilidad penal.

En efecto, esta última es una cuestión que se ha tornado controvertida en la Argentina con la aprobación de la Ley n.º 27.401. En el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo la diligencia debida en el proceso de modificación societaria permitía bloquear la transferencia de responsabilidad de la persona jurídica inicial a la resultante.[45] Sin embargo, esta disposición dejó de aparecer ya en el texto aprobado por la Cámara de Diputados, manteniéndose esta tendencia en el texto finalmente aprobado por el Senado. Sin lugar a dudas, la gran pregunta que arroja este zigzagueante tránsito legislativo se refiere al rol que cumple entonces la diligencia debida en un proceso de este tipo.[46] ¿Se puede seguir afirmando que impide la sucesión de la responsabilidad? Para MEHLEM debe verse aquí la decisión del legislador de apartarse de la voluntad originaria, por lo que la Ley n.º 27.401 no excluiría la responsabilidad penal de la persona jurídica absorbente o resultante ante la adopción de medidas eficientes de diligencia debida y en el mejor de los casos cabría conformarse con una atenuación de pena.[47] De esta interpretación parece inferirse la idea de que un juez que reconozca efectos eximentes a las medidas de *compliance* en un proceso de modificación societaria estaría adoptando una decisión abiertamente *contra legem*.

En mi opinión, la supresión de la "cláusula de exoneración" en la ley vigente constituye una nueva equivocación del legislador argentino, que expone al régimen de responsabilidad sucesoria a una "catarata" de planteos de inconstitucionalidad. Según la regulación actual, la responsabilidad sucesoria es manifiestamente de carácter *objetivo*,[48] lo que significa que una eventual responsabilidad por delitos de corrupción previos se trasladará forzosamente a la persona jurídica resultante, con independencia de las medidas que se adopten en el proceso de modificación. Si la vigencia del

[45] Art. 5, 2.º párr.: "La entidad no será responsable cuando se hubiesen adoptado las diligencias adecuadas para conocer la situación económica y legal de la entidad en los términos del art. 31, inc. k) de la presente ley, y se dispusieran medidas correctivas u orientadas a evitar la repetición de hechos semejantes al momento de concluirse la modificación societaria de que se trate".

[46] La misma pregunta es válida para aquellos ordenamientos jurídicos en los que solamente se prevé la responsabilidad sucesoria pero, en cambio, no los efectos eximentes de un *due diligence*. Entre esos países cuentan, p. ej., Alemania (§ 30, párr. 2.º, OWiG), Chile (art. 18, Ley n.º 20.393) y Perú (art. 2, 2.ª parte, Ley 30.424).

[47] MELHEM, *supra* nota 8, p. 131.

[48] Destaca este inconveniente DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en MATA BARRANCO *et. al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 129-168, pp. 162 s.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 5, n.º m. 1980 ss.

principio de culpabilidad resulta endeble *per se* en la fundamentación de la responsabilidad penal de la empresa, esta regulación directamente rompe con este principio. Aplicar una pena en estas condiciones a la persona jurídica resultante es indudablemente inconstitucional. La ley no brinda ninguna solución saludable a este problema ni en el art. 3 ni en el art. 9 al regular las eximentes de responsabilidad.

La salida de este brete demanda notables esfuerzos argumentativos por parte de los aplicadores del derecho. Aquí es importante considerar que la transferencia de una responsabilidad de una persona jurídica a otra distinta solamente puede encontrar sustento constitucional cuando esta ha incurrido en una práctica desalentada por el derecho. En este caso puntual, la transferencia de responsabilidad solamente puede ser operativa sin poner en riesgo garantías constitucionales cuando existe un factor de atribución que funge como criterio de imputación. En este caso puntual, ese criterio de imputación debería ser la defectuosa organización en el proceso de modificación societaria, que no es otra cosa que la no realización de las medidas de diligencia debida correspondientes al proceso *M&A*.[49] Este *non-compliance* se correspondería con la omisión de una diligencia debida, la que en definitiva funge como criterio *subjetivo* de imputación, en los términos demandados por la doctrina.

En mi opinión, la supresión de la "cláusula de exoneración" en el texto definitivo no debería ser vista como una decisión deliberada del legislador de desconocerle efectos liberadores de pena a un *due diligence M&A*, sino más bien como un descuido en el que se incurrió sin ser consciente de las problemáticas consecuencias constitucionales derivadas de ello.[50] Este descuido del legislador se acaba correspondiendo con la existencia de una laguna axiológica,[51] que podría ser integrada mediante el uso de una analogía *in bonam partem*.[52] Puesto que en el terreno de la favorabilidad está mayoritariamente aceptado el reconocimiento de eximentes supralegales, el reconocimiento

[49] En la doctrina, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 5, n.º m. 1983. En la jurisprudencia, Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de Madrid, del 20 de marzo de 2019, p. 8.

[50] Es más, dado lo elementales que resultan algunos defectos de las regulaciones de *compliance* que contiene la ley, dudo de que el legislador haya tenido debido conocimiento de las consecuencias de la normativa que introducía.

[51] Sobre la relevancia de distinguir entre descuidos y decisiones conscientes del legislador y, a partir de ahí, entre lagunas axiológicas e inconsistencias axiológicas, cfr. MONTIEL, "Estructuras analíticas del principio de legalidad", *Indret* (1) 2017, pp. 33 s.

[52] Cfr. en detalle y con ulteriores referencias, MONTIEL, "Creación judicial de Derecho penal y analogía *in bonam partem*", en PASTOR (dir.), *Problemas actuales de la Parte General del Derecho penal,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pp. 167-212, pp-170 ss.

judicial del efecto "bloqueador de transferencia" del proceso de *due diligence M&A* sería aceptable y además lograría armonizar el art. 3 con la Constitución Nacional.

V. El principio de personalidad de las penas: ¿un obstáculo insalvable?

El principio de culpabilidad no solo puede verse comprometido ante una transferencia de responsabilidad que no descanse en un factor subjetivo de atribución, sino también cuando no puede garantizarse la *personalidad de la pena*.[53] Esta máxima requiere la identidad entre quien comete el ilícito y quien recibe la pena. Justamente este principio constituye una de las notas distintivas tradicionales de las penas frente a las consecuencias derivadas de la responsabilidad civil, ya que estas últimas sí son susceptibles de ser tercerizadas. Bajo esta concepción, en la sucesión de responsabilidad plasmada en la ley n.º 27.401 se estaría rompiendo con la mencionada identidad. Lo que pretende enfatizarse con este planteamiento es que *en principio* la persona jurídica resultante estaría respondiendo en estos supuestos por el delito cometido por otra entidad.

La estrategia de solución más sencilla (aunque también más insatisfactoria) es la seguida recientemente en España por la Audiencia Nacional, consistente en considerar que no es posible trasladar a la persona jurídica las mismas garantías reconocidas a la persona natural.[54] Si bien considera la Audiencia Nacional correcto trasladar las mismas garantías procesales a los entes colectivos, concretamente en relación con la personalidad de las penas estima que sería necesario desactivar esta garantía reservada a las personas físicas.[55] En su entendido, la personalidad de las penas nunca podría interpretarse en los mismos términos que para la persona física, especialmente si se considera que toda pena (p. ej., una multa o la disolución) nunca sería soportada por el autor del delito (*i.e.*, la persona jurídica), sino por terceros (*i.e.*, accionistas).[56] De manera textual alude el auto:[57]

"*Cuando se habla de imponer penas a las personas jurídicas, se está aludiendo a una acepción amplia, desde un punto de vista material, del principio de personalidad de las penas. Es decir, el mal que conlleva la aflicción punitiva descansará sobre las personas físicas que integran el ente colectivo, ya que éste carece de capacidad para*

[53] Interpreta al principio de culpabilidad integrado, entre otros, por los subprincipios de responsabilidad subjetiva y de personalidad de las penas, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2008, pp. 123 ss.
[54] Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019.
[55] Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019, p. 11.
[56] Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019, p. 6.
[57] Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019, p. 6.

padecerlo. A título de ejemplo, la imposición de una multa de cuantía considerable a una empresa, además de la merma económica para aquella, los que la soportarán, serán igualmente los accionistas o partícipes, aunque hayan sido ajenos a la conducta delictiva, y puede afectar además a los trabajadores, en caso de que aquella sea de cuantía considerable".

Sin embargo, el argumento utilizado por la Audiencia Nacional para justificar una flexibilización del principio de personalidad de las penas resulta poco convincente. Por empezar, conviene diferenciar el mal que *en sí mismo* conlleva la pena (la pérdida de libertad en el caso de una prisión, la pérdida del patrimonio en el caso de una multa) de las *consecuencias desfavorables* derivadas del mal ínsito a la pena. Puesto con un ejemplo básico: la privación de libertad que sufre un condenado por homicidio (*mal ínsito a la pena*) repercutirá indefectiblemente en la familia del condenado, que se verá privada del ingreso económico derivado del anterior trabajo del condenado (*consecuencia desfavorable de la pena*). El principio de personalidad de las penas se centra en el mal ínsito a la sanción y por esta razón no se vería infringido cuando la familia soporta las *consecuencias desfavorables* (*i.e.*, un efecto colateral) de la prisión del condenado. Deben reconocerse entonces dos sujetos jurídicos distintos sobre los que recaen respectivamente el mal ínsito a la pena y sus consecuencias. Respecto de la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica suele enturbiarse indebidamente esta diferenciación. Al gozar el ente colectivo de una personería autónoma, independiente de la de sus miembros, debe decirse que el mal que en sí mismo conlleva la pena *recae directamente sobre la persona jurídica*, no sobre sus miembros. Ante la imposición de una multa, la pérdida de beneficios estatales o la disolución, es *la misma persona jurídica* la que sufre este mal, es el patrimonio o la existencia *de la persona jurídica* la que aparece comprometida. Es indudable que, p. ej., con la disolución o la pérdida de los beneficios estatales las personas físicas propietarias de la empresa sufren un perjuicio, pero no bajo el concepto del mal vinculado a la pena, sino de una consecuencia *colateral*. Dicho esto, resulta innecesario aludir a una flexibilización del principio de personalidad de las penas, puesto que al imponerse una pena *a la persona* bajo el régimen de la Ley n.º 27.401 ya se está castigando al mismo autor del delito y no se produce tercerización alguna de la responsabilidad.

La situación es distinta ante la cuestión que nos incumbe. La regla introducida en el art. 3 claramente surte el efecto de transferir el mal ínsito de la pena a otra persona, una que no tuvo incidencia alguna en la comisión del delito. Aquí sí tiene lugar una "tercerización de responsabilidad", lo que implica que es una persona jurídica distinta de la que cometió el delito la que acaba asumiendo sus "costos" punitivos. En estos supuestos se rompe claramente la identidad

entre el autor del delito y el sujeto pasivo de la pena que demanda el principio de personalidad. Con ello nos enfrentaríamos nuevamente con la inconstitucionalidad del artículo.

Entiendo que son posibles dos maneras de encarar la solución, que dependen en lo esencial de las características del comportamiento observado por la empresa *target* en el proceso de modificación.[58] Cuando la modificación tuvo como objetivo principal licuar la responsabilidad penal de la empresa transformada, absorbida o escindente, esto es, cuando se trata de *modificaciones societarias maliciosas*, la no implementación de un *due diligence* adecuado constituye el factor de atribución relevante para hacer responsable a la persona jurídica resultante, según haya habido o no un pacto preexistente, bajo la estructura de un encubrimiento o de una complicidad. Cuando la empresa *target* se somete conscientemente a una operación fraudulenta de modificación está realizando un aporte relevante para encubrir los hechos y sobre esta base no podrá tomar distancia de lo realizado por la persona jurídica antecesora.[59] Al existir en este caso una estructura de intervención en el hecho ajeno, el deber respectivo sería infringido por la persona jurídica que comete el delito (*i.e.*, la originaria) pero también se reconoce un título de responsabilidad derivado para quien contribuye al ocultamiento de los hechos ilícitos o a dificultar su investigación y persecución penal. En cambio, en los casos que he caracterizado como de *modificaciones societarias negligentes* corresponde entender que la falta de una diligencia debida *M&A* hace posible operar con la *ficción* de que la persona jurídica resultante es la misma que la originaria, por lo que habría genuinamente una continuidad con un mero cambio de ropaje societario.[60] Tendríamos un mismo sujeto jurídico, aunque con una fisonomía distinta. La falta de realización de un *due diligence* es un factor que impide a la persona jurídica resultante distanciarse de lo realizado por una persona jurídica distinta, y ello justificaría la asunción de los costos punitivos.

VI. Conclusiones

[58] Por el contrario, no ve otra solución más que una revisión del precepto correspondiente a la regulación española DOPICO GÓMEZ-ALLER, *supra* nota 48, p. 164.

[59] Un razonamiento similar se aprecia en el ámbito de la participación de personas físicas en fase preparatoria, bajo la idea de una infracción de incumbencias. Al respecto, cfr. JAKOBS, "Mittäterschaft als Beteiligung", en PAEFFGEN *et. al.* (eds.), *FS Puppe*, Berlín, Ducker & Humblot, 2011, pp. 556 ss. Con todo, ello no quiere decir que esté dispuesto a aceptar que el elemento determinante de la transferencia de responsabilidad sea la *infracción de una incumbencia*.

[60] En mi opinión, a la conclusión de que la persona jurídica resultante será tratada *como si* fuese la persona jurídica originaria puede llegarse mediante el empleo de reglas adversativas de imputación. Sobre estas reglas, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación,* Barcelona, Atelier, 2014, pp. 60 s.

Como ha podido apreciarse, la problemática relativa a la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica hace necesario prestarles atención a dos cuestiones distintas: por un lado, a las medidas de *compliance* que la empresa *target* debe adoptar para asegurarse de que no deberá soportar una "pesada herencia" de corrupción de la compañía que le precede; por otro lado, a las reglas de atribución de responsabilidad que hacen posible la transferencia de una sociedad a otra. Por una cuestión de espacio, aquí simplemente se identificaron las principales dificultades que trae consigo el art. 3 de la Ley n.º 27.401 y además se esbozaron algunas soluciones orientadas a compatibilizar la figura de la responsabilidad sucesoria con el principio de culpabilidad.

En mi opinión, la correcta aplicación de esta figura (necesaria, por cierto, para evitar la elusión de la responsabilidad penal de ciertas empresas) dependerá en definitiva de lo que haga la jurisprudencia. Especialmente en lo que se refiere a la omisión del art. 3 de incluir una cláusula de exoneración, resulta fundamental que al menos jurisprudencialmente se reconozcan efectos bloqueadores de la transferencia de una responsabilidad penal a la realización de un adecuado *due diligence M&A*, tal como sí estaba previsto en el proyecto del Poder Ejecutivo. De lo contrario, el sistema de incentivos resulta absolutamente perverso, pues acaba tratando de la misma manera a corporaciones que han sido diligentes en procesos de modificación societaria y a otras que no adoptaron ninguna medida de *compliance.* Esta cuestión nos pone nuevamente en alerta de cara a la aplicación judicial de la Ley n.º 27.401, en la que la acumulación de defectos regulatorios en materia de *compliance* nos hace dudar de su verdadera capacidad para prevenir la corrupción. En definitiva, hasta tanto no haya una modificación legislativa, habrá que esperar que sean los jueces quienes salven la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin dudas, se trata de una solución que atiende a las necesidades prácticas pero que resulta cuestionable desde el punto de vista republicano.

VII. Bibliografía

ALTENBURG, Johanns/PEUKERT, Matthias, "Neuerungen in § 30 OWiG - Haftungsrisiken und -vermeidung vor dem Hintergrund gesetzgeberischen Überschwangs (§ 30 OWiG)", LL.M., BB 2014, Heft 12.

ANLLO, Lila, "Art. 3", en ÍDEM (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ley 27.401 Comentada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.

BALBÍN, Sebastián, *Manual de Derecho societario,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario,* t. 10, Buenos Aires, Heliasta, 2006.

COBBLAH, Michael N. A./GRAHAM Michael A./YAWSON, Alfred, "Due Diligence on Strategic Fit and Integration Issues: A Focal Point of M&A Success", en GLEICH, Ronald/KIERANS, Gordana/HASSELBACH, Thomas (eds.), *Value in Due Diligence. Contemporary Strategies for Merger and Acquisition Success*, Farnham, Gower, 2010, pp. 3-15.

CORELL Christian/VON SAUCKEN Alexander, "Verteidigungsansätze bei der Unternehmensgeldbuße", *wistra* (8), 2013.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo/LIGHTOWLER-STAHLBERG, Pablo, "La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia", en *Diario La Ley n.º 9126,* del 25 de enero de 2018.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, "Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en MATA BARRANCO, Norberto J., *et. al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 129-168.

GERNER, Mathias/ HOMMEL, Ulrich, "Accounting for Real Options in the Due Diligence Process", en GLEICH, Ronald/KIERANS, Gordana/HASSELBACH, Thomas (eds.), *Value in Due Diligence. Contemporary Strategies for Merger and Acquisition Success*, Farnham, Gower, 2010, pp.9-29.

FERNÁNDEZ, Mariano Joaquín, "Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones", en DURRIEU Nicolás/SACCANI Raúl R. (dir.), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad penal empresaria*, Buenos Aires, Thompson Reuthers/La Ley, 2018, pp. 133-139.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Criminal Compliance,* Lima, Palestra, 2017.

JAKOBS, Günther, «Mittäterschaft als Beteiligung», en PAEFFGEN, Hans Ullrich, *et. al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlín, Ducker & Humblot, 2011, (pp. 566-581.

MÄGER, Thorsten/VON SCHREITTER, Florian, "Die kartellrechtliche Bußgeldhaftung nach der 9. GWB Novelle – Überblick und Kritik", *NZKart*, 2017.

MELHEM, Mariela Inés, "Los procesos de verificación (due diligence) y la transmisión de la responsabilidad en los procesos de fusión y adquisición de sociedades (arts. 3º y 23, inc. VII de la ley 27.401)", en DURRIEU Nicolás/SACCANI Rául R. (dir.), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad penal empresaria*, Buenos Aires, Thompson Reuthers/La Ley, 2018, pp. 123-132.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2008.

MONTIEL, Juan Pablo, "Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de personas jurídicas en el Derecho argentino", *Revista En Letra Derecho penal*, vol. 6, 2018, pp. 124-150.

—, "Estructuras analíticas del principio de legalidad", *Indret* (1) 2017.

—, "Creación judicial de Derecho penal y analogía *in bonam partem*", en PASTOR, Daniel R., (dir.), *Problemas actuales de la Parte General del Derecho penal,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pp. 167-212.

NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Madrid, Iustel, 2008.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en ÍDEM (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal económico y de la empresa*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 1650 ss.

—, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial («Compliance programs»), en GOÑI SEIN, José Luis (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 95-125.

RIGGI, Eduardo Javier, *Interpretación y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

SACCANI, Raúl R., "Debida diligencia hacia terceros", en MONTIEL, Juan Pablo (dir.), *Lineamientos de integridad*, Buenos Aires, 2018, pp. 29-42 (disponible en https://crimint.org/service/lineamientos-de-integridad).

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación,* Barcelona, Atelier, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado", en GARCÍA VALDÉS, Carlos, et. al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 661-692.

VERÓN Alberto Víctor, *Sociedades comerciales. Ley 19550*, 2.ª ed., t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2007.

WIEDMANN, Daniel/FUNK, Christine, "Umgehung von Kartellgeldbußen durch Umstrukturierung-Konzernhaftung als Lösung?", *BB,* 2015, Heft 44, pp. 2627-2634.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 9, pp. 103-143.

RETRIBUCIONISMO Y LIBERALISMO EN LA TEORÍA DE CARLOS NINO

Tomás FERNÁNDEZ FIKS, LL.M.*

Fecha de recepción: 3 de septiembre de 2019
Fecha de aprobación: 30 de noviembre de 2019

Resumen

En el presente trabajo abordaré algunos aspectos de la relación entre el retribucionismo y el liberalismo. Sostendré que el retribucionismo es, a diferencia de otras teorías sobre la justificación del castigo, respetuoso del principio liberal de autonomía personal. Asimismo, intentaré demostrar que los argumentos formulados por NINO para negar la compatibilidad del retribucionismo con el liberalismo deben ser rechazados. Tales argumentos son (i) que el retribucionismo implica el subjetivismo y (ii) que la mejor forma de conceptualizar al retribucionismo es como teoría basada en el reproche dirigido al carácter de los individuos. Sostendré que ambos argumentos surgen de una mala reconstrucción del retribucionismo y que, por lo tanto, no representan objeciones convincentes contra el retribucionismo, entendido correctamente.

Palabras clave: Retribucionismo – Liberalismo – Subjetivismo – Responsabilidad Moral – Inculpación

Title: Retributivism and Liberalism

Abstract

In this paper I will address some issues regarding the relation between retributivism and liberalism. I will hold that retributivism, unlike other theories of punishment, respects the liberal principle of autonomy. Furthermore, I will try to show that NINO'S arguments to hold that retributivism and liberalism are incompatible should be rejected. These arguments are that (i) retributivism is committed to a subjectivist position, and that (ii) the best way to make sense of retributivism is by portraying it as a theory which focuses on blaming individuals for their character. I will argue that both arguments result from a mischaracterization of what retributivism is and, thus, they are not successful in challenging retributivism, properly understood.

* Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata), LL.M. (Columbia Law School). Agradezco los incisivos comentarios de Gustavo Beade, Roberto Gargarella, Tobías Schleider y dos árbitros anónimos sobre una versión preliminar de este trabajo.

Keywords: Retributivism – Liberalism – Subjectivism – Moral Responsibility – Blame

Sumario I. Introducción; II. El respeto de la autonomía personal en las teorías retributivas y las teorías instrumentalistas; III. El problema del subjetivismo; IV. El problema del reproche contra el carácter; V. Conclusión; VI. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente trabajo analizaré algunos aspectos de la relación entre el retribucionismo y el liberalismo.

En primer lugar, sostendré que el retribucionismo es respetuoso de uno de los principios constitutivos del liberalismo —la autonomía personal— mientras que las teorías rivales acerca de la justificación del castigo, a las que denominaré *instrumentalistas*, no lo son. Esto implica una ventaja del retribucionismo sobre las teorías instrumentalistas, en cuanto a su compatibilidad con el liberalismo.

En segundo lugar, criticaré el argumento formulado por NINO según el cual el retribucionismo implica lógicamente el subjetivismo —es decir, el castigo de las meras intenciones de un individuo con independencia de que estas se materialicen en una acción concreta—, lo cual constituye una primera tensión con el liberalismo. Argumentaré que tal asociación entre el retribucionismo y el subjetivismo es injustificada, ya que para que un individuo merezca ser castigado en términos retributivos, debe haber *realizado una acción* moralmente incorrecta y haber obrado de manera culpable. Interpretado de esta forma, el retribucionismo no contempla el castigo de las meras intenciones y por tanto no implica el subjetivismo.

En tercer lugar, criticaré el argumento de NINO conforme al cual la mejor forma de conceptualizar al retribucionismo es como una teoría que se basa en un reproche dirigido al carácter de los individuos. Si esto fuera cierto, el Estado adoptaría una posición perfeccionista que resultaría violatoria del principio liberal de autonomía personal. Contra NINO, argumentaré que en la versión más atractiva del retribucionismo, el reproche relevante tiene por objeto las acciones moralmente incorrectas cometidas de manera culpable por individuos responsables, y no el carácter de los individuos.

La estrategia general que adoptaré para rebatir los argumentos de NINO consistirá en demostrar que las conexiones efectuadas por él entre el retribucionismo y el subjetivismo, y entre el retribucionismo y el reproche dirigido al carácter, surgen de una reconstrucción errónea del retribucionismo. De esta forma, sostendré que el retribucionismo, entendido correctamente, no implica el subjetivismo ni se basa en reprochar a los individuos el carácter que tienen.

II. El respeto de la autonomía personal en las teorías retributivas y las teorías instrumentalistas

El renacimiento del retribucionismo como una teoría atractiva sobre la justificación del castigo, que comenzó en la segunda mitad del siglo XX y se extiende hasta la actualidad[1], tuvo como motor principal el cuestionamiento a las teorías instrumentalistas desde la perspectiva de una filosofía liberal.[2]

A grandes rasgos, por *liberalismo* entiendo a la teoría política que se basa en una concepción de los individuos como agentes autónomos, que deben poder decidir por ellos mismos qué tipo de vida llevar y que tienen derechos que se imponen por sobre el bienestar de la sociedad en general. Esta concepción de los derechos individuales se complementa con una noción robusta de privacidad (en el sentido de que el Estado no debe entrometerse en la conducta privada de los individuos, cuando esta no afecte derechos o intereses protegidos de terceros) y un compromiso con la neutralidad, es

[1] BRAITHWAITE y PETTIT, entre muchos otros, dan cuenta de esta corriente. Ver BRAITHWAITE/PETTIT, *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2015, pp. 18-21.

[2] La clasificación de las distintas teorías sobre la justificación del castigo es un punto extremadamente controvertido en la literatura. Utilizo la denominación "instrumentalistas" para referirme a las teorías que contrastan con el retribucionismo, por resultar este término preferible a otros comúnmente utilizados. P. ej., no es preciso trazar la distinción entre teorías retributivas y teorías "consecuencialistas", toda vez que existen variantes del retribucionismo que son consecuencialistas (ver LEVY, "Why Retributivism Needs Consequentialism: The Rightful Place of Revenge in the Criminal Justice System, en *Rutgers Law Review*, n.° 269, 2014). Asimismo, la categorización "utilitaristas" resulta demasiado estrecha, ya que muchas de las teorías que se oponen al retribucionismo no están apoyadas en una ética de maximización utilitarista. La diferenciación entre teorías instrumentalistas y no instrumentalistas resulta adecuada, en tanto apunta a resaltar el valor intrínseco que cumple el castigo para las segundas y la ausencia de dicho valor para las primeras (ver TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 22-25). También es correcto conceptualizar al retribucionismo como una teoría "que mira hacia atrás" (*backward-looking*), lo cual implica que la relación de justificación se da entre el castigo presente y el crimen pasado, mientras que las teorías opuestas "miran hacia adelante" (*forward-looking*), pues la relación de justificación se da entre el castigo presente y sus efectos futuros (DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 19-20).

decir, con la idea de que el Estado debe garantizar la vigencia de los derechos pero no debe imponer ninguna concepción particular de lo "bueno".[3]

Partiendo de esta noción de liberalismo, uno de los grandes méritos de los autores retribucionistas ha sido llamar la atención sobre las deficiencias de las posiciones instrumentalistas a la hora de dirigirse a los destinatarios de la amenaza —y eventual imposición— del castigo, como sujetos dignos, autónomos y libres.

A diferencia de las teorías basadas en la prevención del delito, la incapacitación o la rehabilitación del infractor, que justifican el castigo apelando a sus consecuencias futuras, para el retribucionismo lo relevante para justificar el castigo es el accionar pasado del infractor. Si bien podría sostenerse que esta "mirada hacia atrás" es el rasgo característico del retribucionismo, HUSAK señala con acierto que bajo el título *retribucionismo* se agrupa una tradición o familia de teorías con difusos elementos en común.[4]

Cuáles son estos elementos compartidos es un punto controvertido. P. ej., para ZAIBERT, la tesis definitoria del retribucionismo es que el castigo merecido es intrínsecamente valioso. Para este autor, quienes no adhieren a dicha idea (de naturaleza axiológica) no son retribucionistas.[5] Para MOORE, lo que es genéricamente distintivo de las teorías retributivas es la tesis de que el merecimiento constituye una condición *suficiente* para el castigo.[6] Para CORLETT, en cambio, la tesis distintiva del retribucionismo es que el merecimiento constituye una condición *necesaria* para el castigo.[7] Las diferencias entre los distintos autores retribucionistas se acentúan en el marco del camino argumentativo adoptado para justificar por qué, y bajo qué condiciones, el castigo se encuentra justificado.

Así, en la teoría de MOORE, acaso la versión paradigmática del retribucionismo contemporáneo, la visión de que el merecimiento del infractor constituye una condición suficiente para el castigo encuentra su fundamento en una estrategia coherentista que toma como punto de partida ciertos juicios morales particulares que realizamos a diario. A través de una inducción abductiva, MOORE establece que el único principio general que puede dar cuenta de tales juicios

[3] Sigo aquí a DUFF, *supra* nota 2, pp. 36-37.
[4] HUSAK, "Retributivism *in extremis*", en *Law and Philosophy*, n.º 32, 2013, p. 4.
[5] ZAIBERT, *Rethinking Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 15.
[6] MOORE, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 205.
[7] CORLETT, "Making Sense of Retributivism", *Philosophy*, n.º 76, 2001, p. 103.

morales particulares es el principio según el cual quienes han cometido culpablemente una acción moralmente incorrecta deben ser castigados. De esta manera, los juicios particulares constituyen indicadores heurísticos de la corrección del principio fundamental del retribucionismo.[8]

Otras posiciones, también identificadas como retributivas en la literatura, recurren a un análisis contractualista. La idea aquí es que bajo condiciones ideales (como podría ser el velo de ignorancia de RAWLS) los integrantes de una sociedad suscribirían un principio de justicia según el cual quien comete un crimen debe ser castigado. Por ende, el merecimiento de castigo del infractor tendría su fundamento en esta noción de reciprocidad social.[9]

En sentido similar, algunos autores han desarrollado una concepción del castigo retributivo como la eliminación de una ventaja indebida que el infractor obtendría respecto de sus conciudadanos como resultado de su accionar ilícito, al no haber auto-restringido su conducta al igual que aquellos, pese a disfrutar de los beneficios comunes de vivir en sociedad y bajo la protección de un Estado organizado.[10]

Según otras variantes, el castigo actúa como un medio expresivo para negar el mensaje transmitido por el infractor al cometer el delito. Dentro de este sub-grupo, podemos distinguir entre la versión que pone el énfasis en la afirmación de la vigencia de la ley, para la cual el castigo representa la negación de la negación de la ley implícita en la comisión del acto ilícito,[11] y la versión apoyada en el re-establecimiento de la dignidad de la víctima, para la cual el castigo representa la negación del mensaje de superioridad del infractor con respecto a su víctima transmitido en el acto cometido contra esta.[12]

Con esta breve enunciación —no exhaustiva— de distintas variantes del retribucionismo, tan solo pretendo señalar que uno de los rasgos destacables de las teorías que se agrupan bajo dicho rótulo es que resultan consistentes con el tratamiento de los individuos como agentes responsables y autónomos. En todas las variantes del retribucionismo, más allá de los matices existentes, el

[8] MOORE, *supra* nota 6, p. 188.
[9] Esta es la posición que MURPHY atribuye a KANT. Ver MURPHY, "Marxism and Retribution", en TONRY (ed.), *Why Punish? How Much?: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 134-135.
[10] Esta es la variante del retribucionismo conocida como "*unfair advantage*", sostenida por MORRIS, "Persons and Punishment", *Monist*, n.º 52, 1968.
[11] HEGEL, "Wrong (Das Unrecht)", reimpreso en TONRY, *supra* nota 9, pp.37-51
[12] HAMPTON, "The Retributive Idea", en MURPHY/HAMPTON, Forgiveness and Mercy, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

castigo retributivo se justifica *como una respuesta justa* a un cierto accionar pasado del individuo y presupone que el destinatario del castigo ha actuado con libertad.

En este sentido, PRIMORATZ señala:

> El retribucionismo se dirige al problema del castigo desde el punto de vista de una concepción de los humanos como seres libres, maduros, responsables, autónomos. El castigo es visto entonces como una reacción que es totalmente determinada —con relación al derecho a castigar, al deber de castigar y a la medida justa del castigo— por la acción libre del infractor.[13]

En línea similar, MOORE sostiene:

> Respetamos la autonomía de una persona cuando la castigamos solo porque lo merece, y no porque su castigo sea útil para el bienestar de otros, ni porque su castigo sea una terapia que cura su "enfermedad". Respetar la autonomía de los infractores es el verdadero sentido del lema que dice que los infractores "tienen un derecho al castigo retributivo".[14]

Para el retribucionismo, el merecimiento es una condición necesaria para el castigo. Para que un sujeto merezca ser castigado, debe (i) haber cometido una acción moralmente incorrecta (ii) haber obrado de manera culpable. A su vez, para considerar que un sujeto ha actuado de manera culpable, este debe haber actuado libremente, haciendo uso de su agencia como individuo autónomo. La exigencia de culpabilidad actúa entonces como un límite interno al castigo: solo quienes han obrado de manera culpable pueden ser castigados (lo cual implica que solo quienes han actuado con libertad pueden ser castigados). Esto conlleva, además, que el castigo debe ser proporcional al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad de la incorrección moral cometida.

En contraste, las teorías preventivas puras no pueden explicar por qué resultaría injustificado el castigo de un inocente si ello condujese al resultado deseado (la disminución del delito), ni pueden derivar lógicamente de sus premisas la exigencia de proporcionalidad en la imposición del castigo. Estas consecuencias indeseables derivan de la objeción más general, formulada desde la perspectiva

[13] PRIMORATZ, "Arguments against the Utilitarian Theory", reimpreso en GORR/HARWOOD (eds.), *Crime and Punishment*, 1995, p. 297.
[14] MOORE, *supra* nota 6, p. 5.

de una filosofía liberal que respeta la autonomía individual, que sostiene que la prevención supone la utilización instrumental del destinatario del castigo. Al castigar a un individuo con el fin de obtener un ulterior resultado socialmente beneficioso, se lo trata como un mero medio para un fin, de manera inconsistente con el respeto que se le debe como agente responsable. En palabras de HEGEL, la prevención se dirige a quienes deben soportar el castigo como a un "perro, en vez de tratarlos con la libertad y el respeto que se les debe como agentes morales."[15]

Una posible respuesta frente a esta objeción puede encontrarse en las teorías mixtas del castigo,[16] que combinan consideraciones deontológicas e instrumentalistas. En estas teorías, la institución del sistema penal —o el *objetivo general del castigo*— se justifica apelando a consecuencias futuras como la prevención del delito, pero la administración del castigo en los casos particulares se rige por consideraciones de justicia que impiden castigar al inocente o castigar al culpable de manera desproporcionada.

No obstante, a pesar de que las teorías mixtas logran evadir la crítica que se centra en el tratamiento injusto del inocente, no pueden refutar la objeción basada en el tratamiento injusto del culpable.[17] Pues, en definitiva, cualquier sistema de castigo cuya finalidad última consista en la disuasión, incapacitación o rehabilitación, niega al infractor el respeto que se le debe como agente responsable.[18]

La disuasión pretende utilizar al sujeto a quien le es impuesto el castigo como un ejemplo a tener en cuenta por la sociedad: el mensaje que se pretende transmitir es que quienes obren de igual forma que dicho sujeto también serán castigados. La incapacitación trata al infractor como un animal peligroso, insensible a las razones, que debe ser puesto fuera de circulación porque representa un peligro latente. La rehabilitación supone la intervención coactiva del Estado para mejorar la personalidad defectuosa de un individuo. En todos los casos, la autonomía es violentada. El problema, en términos kantianos, continúa siendo el tratamiento del destinatario del castigo como un mero medio para un fin. Además, las teorías mixtas no ofrecen una respuesta satisfactoria frente

[15] HEGEL, *The Philosophy of Right* (traducido al inglés por T. KNOX), Oxford, Oxford University Press, (1821) 1942, p. 246.
[16] Más notablemente, HART, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. 1-27; y RAWLS, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, n.º 64, 1955, 3-32
[17] MURPHY, *supra* nota 9, p. 128.
[18] DUFF *supra* nota 2, p. 13.

a los casos en que, a pesar de que castigar al infractor no traería ninguna consecuencia ulterior beneficiosa, consideramos intuitivamente que habría que castigarlo de todas formas.[19]

En términos de DUFF, las teorías instrumentalistas —incluyendo las teorías *parcialmente* instrumentalistas, como las teorías mixtas— no son consistentes con el ideal de una comunidad política liberal, pues en tales teorías la ley "se dirige a aquellos a quienes amenaza con el castigo, no con el lenguaje apropiado de los valores comunitarios en los que el castigo se fundamenta, sino con el lenguaje coactivo de la disuasión".[20] De este modo, se incurre en la lógica de confrontación de "nosotros" (la sociedad que respeta la ley) contra "ellos" (los infractores). Esta forma de conceptualizar el castigo es inconsistente con las exigencias de una comunidad liberal. Siguiendo a DUFF, la amenaza y la imposición del castigo solo pueden ser legítimas si se realizan en el interior de la comunidad normativa relevante, si se apela a los valores comunes para cuya defensa todos sus miembros tienen razones y si se intenta persuadir a quienes rechacen tales valores.

Teniendo en cuenta las dificultades de las teorías instrumentalistas señaladas, algunos autores han intentado defender una justificación del castigo preventivo que sea consistente con el respeto de los individuos como seres libres y autónomos, y así evitar recaer en argumentos retributivos. Entre estos intentos se enmarca, p. ej., la teoría consensual de la pena de NINO, que pretende evadir la objeción de instrumentalización del individuo apelando al consentimiento tácito prestado por el autor del delito que conoce de antemano las consecuencias normativas de su acción delictiva.[21]

Sin embargo, entiendo que esta teoría en última instancia no logra proveer una justificación del castigo preventivo compatible con el respeto debido a los individuos. La teoría consensual de la pena no puede explicar por qué las penas excesivamente altas no son admisibles dado que, asumiendo que tales penas fueran incorporadas al sistema jurídico a través de la sanción de una ley, cualquier sujeto que cometa la acción prohibida *con posterioridad* a la sanción de dicha norma estaría consintiendo tácitamente que le impongan esa pena. Además, muchos infractores desconocen las consecuencias jurídicas de sus actos, por lo que no es posible sostener que hayan *consentido* dichas consecuencias, puesto que el consentimiento presupone conocimiento. Por último, el consenso

[19] MOORE, *supra* nota 6, p. 99.
[20] DUFF, *supra* nota 2, p. 83.
[21] NINO, "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy & Public Affairs*, n.º 12, 1983, pp. 289-306

tácito, en términos generales, se puede anular mediante su negación explícita, lo cual no pareciera posible con la imposición del castigo estatal.[22]

Hasta aquí he intentado señalar brevemente que el retribucionismo, en cualquiera de sus variantes, es respetuoso de la autonomía individual, mientras que las teorías instrumentalistas no lo son.

Si consideramos que la autonomía individual constituye un valor integral de una concepción política liberal, podríamos concluir que el retribucionismo se encuentra en una posición ventajosa con relación a las teorías instrumentalistas a la hora de proveer una justificación del castigo penal satisfactoria en el marco de una sociedad liberal.

No obstante, algunos autores han atacado al retribucionismo por resultar inconsistente con el liberalismo. En particular, NINO ha sostenido que el retribucionismo constituye una justificación del castigo inadmisible en el marco de un Estado liberal porque (i) implica necesariamente el subjetivismo y (ii) se basa en un reproche dirigido al carácter de los individuos. En lo que resta del trabajo sostendré que ambos argumentos deberían ser rechazados.

III. El problema del subjetivismo

En la obra *Juicio al mal absoluto*,[23] NINO presenta el retribucionismo como una teoría sobre la justificación del castigo que resulta *prima facie* compatible con los valores principales del liberalismo. En este sentido, sostiene que a primera vista el retribucionismo parece respetuoso de los principios que él considera fundamentales en el marco de una concepción liberal: el principio de autonomía de la persona, el principio de inviolabilidad de la persona y el principio de dignidad de la persona.[24]

El principio de autonomía de la persona implica que cada individuo debe poder elegir por sí mismo su propio plan de vida y su concepción de lo bueno; el principio de inviolabilidad de la persona establece que los derechos individuales no pueden ser sacrificados para aumentar el grado de bienestar general de la sociedad; y el principio de dignidad de la persona exige que se trate a los

[22] Ver la entrada de "Legal Punishment" de la Enciclopedia de Stanford, disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/ [enlace verificado el 29/02/2020].
[23] NINO, *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas a los derechos humanos?,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2015.
[24] Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

individuos como sujetos responsables, de acuerdo con sus decisiones, intenciones y expresiones de consentimiento.

En cuanto a la vinculación de estos principios con el retribucionismo, NINO afirma:

> Estos tres principios pueden ser invocados en defensa del retributivismo como visión del castigo. La retribución respeta la autonomía porque permite que los planes de vida de diversos individuos se encuentren libres de interferencias en la medida en que esos planes no interfieran con los de otras personas. La retribución también respeta la inviolabilidad de la persona al no usarla como un mero medio para fines sociales. Finalmente, la retribución es respetuosa del valor de la dignidad humana dado que la decisión de castigar se basa enteramente en las acciones de quien es castigado.[25]

Hasta aquí la visión de NINO es similar a la que expuse en el punto anterior. Sin embargo, a continuación, este autor sostiene que el retribucionismo "tiene serios problemas filosóficos"[26] y pasa a desarrollar los argumentos por los cuales cree que dicha teoría, bajo un mayor escrutinio, resulta incompatible con el liberalismo.

El primero de estos argumentos es que el retribucionismo implica el subjetivismo, y se desencadena de la siguiente manera:

> El retributivismo (…) presupone que resulta a veces apropiado responder a un mal con otro mal. Sin embargo, al sumar el mal del crimen con el mal del castigo sin tomar en cuenta otros factores, mi aritmética moral me lleva consistentemente a creer que tenemos aquí "dos males" más que "un bien". La clave debe estar en el concepto de *culpabilidad*[27], que es en general utilizado por los retributivistas para evitar el castigo del inocente; la equiparación del asesinato doloso y culposo; y el desprecio general por las excusas. De todas formas, dado que el castigo retributivo

[25] NINO, *supra* nota 23, pp. 222-223.
[26] NINO, *supra* nota 23, p. 223.
[27] El resaltado me pertenece. El término utilizado en la versión original del texto en inglés es *blameworthiness.* Ver NINO, *Radical Evil on Trial,* New Haven, Yale University Press, 1996, p. 137.

> se predica de la *culpa*[28], las actitudes subjetivas del supuesto autor devienen esenciales para determinar el valor negativo de las acciones de las personas y, por lo tanto, para determinar su punibilidad.
>
> La culpa depende de la intención. Consideremos las excusas que efectivamente anulan la culpa por una acción. Al negar una cierta intención, tal vez no directamente sino a través de la inexistencia del conocimiento requerido, el agente es frecuentemente exonerado o relevado de la culpa. (…) De acuerdo con el retributivismo, el agente meramente tiene la intención de hacer algo, y el resto, incluido el movimiento de su cuerpo, queda librado a la naturaleza.
>
> La forma en que el retributivismo depende de la culpa nos lleva así hacia el abismo del puro subjetivismo. No podemos tener en cuenta los resultados externos de una acción particular, por ejemplo, la diferencia entre un asesinato consumado o uno en grado de tentativa, ni se nos permite considerar si la vida de alguien estuvo realmente en peligro o aun si el agente realizó ciertos movimientos corporales. Una firme decisión de matar debe ser suficiente para establecer la culpa que está en el núcleo del castigo desde el punto de vista retributivo. Resulta claro que podemos requerir alguna manifestación externa por razones de prueba y para evitar una especulación excesiva acerca del estado mental del agente. Pero estas consideraciones son meramente instrumentales y secundarias. Dada una fuerte e incontrovertida prueba de la intención de la persona de cometer alguna mala acción, por ejemplo, una confesión espontánea, bajo la tesis retributivista debemos proceder con el castigo. Bajo dicha visión, Hitler merecería el mismo castigo que los antisemitas que antes y después de él acordaban con alguna forma de "solución final".[29]

La idea de NINO aquí es que el elemento distintivo del retribucionismo es la culpabilidad en sentido amplio, o reprochabilidad moral. MOORE señala que la palabra *culpabilidad* (*culpability*) tiene

[28] El resaltado me pertenece. El término utilizado en la versión original del texto en inglés es *blame*. Ver NINO, *supra* nota 28, p. 137. Creo que una mejor traducción habría sido *inculpación,* en lugar de *culpa,* dada la ambigüedad del término *culpa.* Si bien mantendré la palabra *culpa* en las citas textuales del libro *Juicio al mal absoluto* para mantener la fidelidad a la versión del texto que se encuentra publicada en castellano, utilizaré el término *inculpación* en mi desarrollo. Sigo aquí a BEADE, "Retribución, Inculpación y ¿Perfeccionismo Moral?", *Análisis Filosófico XXXV*, n.º 2, 2015, 227 – 240.
[29] NINO, *supra* nota 23, p. 224.

dos acepciones: un sentido amplio que se utiliza como sinónimo de responsabilidad moral, reprochabilidad moral o merecimiento de un agente con relación a un estado de cosas moralmente malo; y un sentido restringido que se utiliza para designar uno de los dos elementos constitutivos de la responsabilidad de un agente, relacionado con el estado mental del agente al momento de realizar una acción (el otro elemento de la responsabilidad es la realización por parte del agente de una acción moralmente incorrecta).[30]

De acuerdo con lo expuesto por NINO, la culpabilidad *en sentido amplio*[31] es la característica principal del retribucionismo porque es lo que permite evitar las consecuencias indeseadas de las teorías preventivas, como el castigo del inocente. De acuerdo con el retribucionismo, solo los culpables (es decir, solo quienes *merecen* ser castigados) pueden ser castigados, lo cual impide el castigo del inocente.

Asimismo, conforme lo postulado por este autor, para determinar la reprochabilidad moral de las acciones de un agente, es necesario realizar un juicio sobre sus intenciones —juicio al que NINO llama culpa o inculpación (*blame*)—[32]. Para NINO, la inculpación recae exclusivamente sobre los estados mentales del agente puesto que, de acuerdo con el retribucionismo, el agente solo controla sus intenciones. Este nexo entre la inculpación y las intenciones del agente genera que el retribucionismo se identifique con el subjetivismo, pues los resultados de la acción del agente devienen irrelevantes para determinar su responsabilidad.

Conviene aquí hacer un paréntesis para contextualizar el argumento de NINO. Al afirmar que el retribucionismo "cae en el abismo del puro subjetivismo", este autor asocia el retribucionismo con las consecuencias indeseadas de la versión extrema del subjetivismo. Para ilustrar este punto resulta necesario decir algo sobre la discusión existente entre el objetivismo y el subjetivismo. Brevemente, según el objetivismo, lo que importa para determinar la responsabilidad de un sujeto es que este haya sido quien, a través de un movimiento corporal que le pueda ser atribuido, haya causado un determinado resultado en el mundo. Para el subjetivismo, en cambio, lo relevante para la responsabilidad es la intención del agente.

[30] MOORE, *supra* nota 6, p. 403. Entiendo que NINO se refiere al concepto amplio de culpabilidad porque en la versión original del texto utiliza el término *blameworthiness* (ver *supra* nota 27) y no *culpability*.
[31] Ver *supra* nota 30.
[32] Ver *supra* nota 28.

Señala NINO que la diferencia entre ambos paradigmas radica en que el objetivismo "exige la concurrencia de condiciones no psicológicas —movimientos corporales o su ausencia, daños o el peligro de que se produzcan tales daños— para establecer la responsabilidad", mientras que el subjetivismo "la establece en base a condiciones que dependen de estados mentales, tales como la intención o negligencia".[33]

Tanto el objetivismo como el subjetivismo, en sus versiones *puras*, presentan problemas importantes. Si la lógica del objetivismo es llevada a su extremo, sería responsable quien causara un determinado resultado sin haber actuado con la intención de hacerlo o incluso sin haber podido actuar de otra forma. En la vereda opuesta, la versión pura del subjetivismo implica que los resultados son totalmente irrelevantes para la responsabilidad y lo único que importa son los deseos o las intenciones de los individuos: como sugiere el ejemplo de NINO, según esta concepción, los antisemitas que pasivamente estaban de acuerdo con el Holocausto deberían tener la misma responsabilidad que Hitler.

Para NINO, la discusión relativa a la responsabilidad penal entre el subjetivismo y el objetivismo depende de la teoría sobre la justificación del castigo que se adopte y, sobre esta base, afirma que "la postura subjetiva radical es la consecuencia necesaria de adoptar una teoría retributiva de la pena".[34]

El subjetivismo del retribucionismo, sostiene, deviene "de la visión de que el estado mental de un individuo (intenciones, decisiones y elecciones) es lo único que el individuo controla".[35] Por tanto, "en definitiva, los defensores de la teoría de la función retributiva de la pena, dependiente del grado de culpa, deberían apoyarse únicamente en las actitudes subjetivas del sujeto activo".[36]

El subjetivismo implica un problema para el liberalismo porque, de acuerdo con una concepción liberal, es inadmisible que el Estado castigue meras intenciones o pensamientos individuales que no

[33] NINO, "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal" (trad. Susana SÁNCHEZ FERRO), conferencia presentada en Oxford en 1992, p. 49 (disponible en: https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5570 [enlace verificado el 29/02/2020]).
[34] NINO, *supra* nota 32, p. 56
[35] NINO, *supra* nota 23, p. 224. Podríamos señalar que existen diferencias relevantes entre las intenciones, las decisiones y las elecciones. No obstante, NINO agrupa dichos conceptos bajo el título de "estados mentales" o "aspectos subjetivos". A los fines de la discusión bajo análisis, la presentación de NINO no resulta problemática.
[36] NINO, *supra* nota 32, p. 60.

se hayan reflejado en acciones que dañen o afecten a terceros. Por lo tanto, existe aquí un primer punto de tensión entre el retribucionismo y el liberalismo.

Podríamos resumir el argumento de NINO hasta aquí de la siguiente forma: (i) para el retribucionismo, la razón que justifica la imposición del castigo es que es intrínsecamente valioso que las personas reciban el castigo que merecen; (ii) el merecimiento de un castigo es una función de la reprochabilidad moral o culpabilidad en sentido amplio (*blameworthiness*) del agente; (iii) la reprochabilidad moral del agente se determina a partir de la inculpación; (iv) la inculpación recae exclusivamente sobre los estados mentales del agente; por ende, (v) el retribucionismo implica el subjetivismo puro.

El planteo de NINO resulta problemático porque supone que, para el retribucionismo, lo único relevante para determinar el merecimiento de castigo de un individuo es su estado mental. Sin embargo, tal afirmación es conceptualmente incorrecta. Por el contrario, de acuerdo con las teorías retributivas predominantes en la actualidad, para que un individuo merezca ser castigado debe haber cometido una acción moralmente incorrecta actuando de manera culpable. Esto, por supuesto, no implica que los estados mentales del agente sean irrelevantes. Al fin y al cabo, para determinar si un individuo actuó de manera culpable, sus estados mentales resultan fundamentales. Pero la consideración de tales estados mentales solo resulta pertinente *frente a la comisión de un acto moralmente incorrecto*.

Este punto puede percibirse con claridad en la forma en que algunos autores han definido al retribucionismo. P. ej., RAWLS identifica al retribucionismo con la idea de que:

> el castigo se justifica sobre la base de que las acciones moralmente incorrectas (*wrongdoing*) merecen un castigo. Es moralmente adecuado que una persona que realiza una acción moralmente incorrecta sufra en proporción a la incorrección moral realizada. El castigo del infractor se fundamenta en su culpabilidad, y la severidad del castigo apropiado depende de la depravación de su acto.[37]

Por su parte, HART afirma que una teoría retribucionista sostendrá tres cosas:

[37] RAWLS, *supra* nota 16, pp. 4-5.

> Primero, que una persona puede ser castigada si, y solo si, voluntariamente ha hecho algo moralmente incorrecto; segundo, que su castigo debe en alguna medida coincidir con, o ser equivalente a, la gravedad de su infracción; y tercero, que la justificación para castigar a una persona bajo tales condiciones es que devolverle el sufrimiento por el mal causado voluntariamente es algo justo o moralmente deseable.[38]

Como surge de las anteriores citas, tanto HART como RAWLS identifican al retribucionismo con la tesis de que la realización de una acción moralmente incorrecta por parte del infractor es el presupuesto que habilita la procedencia del castigo retributivo. Esto también es afirmado por los principales autores retribucionistas.

Para el retribucionismo basado en el merecimiento, cuyo principal exponente es MOORE, la función del derecho penal es impartir retribución de manera proporcional al merecimiento. A su vez, el merecimiento que activa el castigo retributivo es un producto de la incorrección moral *cometida* por un sujeto y de la culpabilidad moral con la que el sujeto *actuó*.[39]

En este sentido, MOORE señala:

> Las dos dimensiones de la responsabilidad son, primero, que uno haya hecho algo moralmente incorrecto, algo que viola nuestras obligaciones morales. Más específicamente (exceptuando la violación de nuestras obligaciones positivas), esto implica que nuestro acto voluntario debe haber causado, de manera próxima y efectiva, algún estado de cosas moralmente malo, sin que exista una justificación para haber obrado de esa forma. En segundo lugar, para que uno sea responsable, debe haber cometido tal acto de manera culpable.[40]

Luego, MOORE clarifica que alguien es culpable si *eligió* libremente llevar a cabo un acto moralmente incorrecto y sostiene que la culpabilidad (en sentido estricto)[41] no se predica con

[38] HART, *supra* nota 16, p. 231.
[39] MOORE, *supra* nota 6, p. 71.
[40] MOORE, *supra* nota 6, p. 404.
[41] Ver *supra* nota 30.

relación al acto (como ocurre cuando se analiza si una acción determinada es moralmente incorrecta) sino con relación a los estados mentales del agente al momento de llevar a cabo el acto.[42]

La vinculación del merecimiento de un castigo con el *accionar* moralmente incorrecto de un individuo culpable es interna a la fundamentación del castigo en la teoría de MOORE. Para este autor, la procedencia del castigo retributivo se determina a partir de las intuiciones que experimentamos frente a determinados hechos, las cuales constituyen indicadores de verdades morales. Las intuiciones relevantes se basan en casos paradigmáticos de acciones moralmente incorrectas: p. ej., creemos intuitivamente que quien mata injustificadamente a otra persona merece ser castigado. Sin embargo, no experimentamos intuiciones similares en casos en los que no ha existido ninguna acción. El castigo de una persona por el mero hecho de tener ciertas ideas no es intuitivamente atractivo, ni tampoco puede ser justificado reflexivamente.

Lo sostenido hasta aquí demuestra que, de acuerdo con el retribucionismo, para que un individuo sea responsable (o, en términos análogos, para que sea *merecedor de castigo*), debe haber realizado una acción moralmente incorrecta, actuando de manera culpable.

En contraste con ello, el mero hecho de que alguien tenga un deseo o un pensamiento no constituye acción alguna, y por ende tampoco representa ninguna incorrección moral que sea relevante para el retribucionismo —en el sentido de una incorrección moral cuya comisión bajo un estado mental culpable habilite o exija la imposición de retribución—.

Por este motivo, no resultan acertados los ejemplos brindados por NINO. La simpatía de muchas personas con el nazismo puede ser moralmente criticada, pues evidencia una cosmovisión intolerante, supremacista y racista, pero el hecho de tener esas ideas no configura un objeto de reproche relevante para el castigo retributivo. Del mismo modo, quien tuviera la firme intención de matar a una persona pero no hiciera nada al respecto, tampoco habría llevado a cabo ninguna acción que deba ser retribuida. Las razones por las que exigiríamos alguna manifestación externa de esa voluntad —p. ej., que el sujeto le dispare con un revólver a la persona a quien desea matar, aunque falle en el tiro— no son meramente instrumentales o secundarias para el retribucionismo, como sugiere NINO, sino que resultan fundamentales para establecer el merecimiento del agente, pues si no existen tales manifestaciones no hay ninguna acción moralmente incorrecta que retribuir.

[42] MOORE, *supra* nota 6, p. 404.

Ahora bien, dejando de lado la cuestión de la punición de meros pensamientos o deseos, una connotación más sutil del argumento de NINO está relacionada con lo que WILLIAMS y NAGEL llamaron *suerte moral*. Básicamente, la noción de suerte moral resulta aplicable cuando responsabilizamos a un agente por actuar de una forma en particular, a pesar de que un aspecto significativo de lo que el agente hace no esté bajo su control.[43]

Para el retribucionismo, según la reconstrucción de NINO, un agente solo controla sus estados mentales. Sin embargo, una asunción común sobre la responsabilidad es que uno solo es responsable por aquello que puede controlar. Cuando combinamos estas dos posiciones la conclusión es que, conforme con el retribucionismo, una vez que el agente ha tomado una decisión, lo que ocurre a continuación no está bajo su control (o, en términos análogos, *es fruto de la suerte*) y por tanto no debería ser relevante para su responsabilidad.

Para ilustrar este punto imaginemos dos mundos posibles: en el primero, A quiere matar a B, le dispara y le causa la muerte. En el otro mundo, A* quiere matar a B* y le dispara, pero un pájaro se cruza en el camino de la bala, por lo cual B* sale ileso. De acuerdo con la posición subjetivista, A y A* son igualmente responsables, pese a que A causó una muerte y A* no, pues la diferencia en los resultados se debió a factores que están fuera del control de los agentes, mientras que ambos actuaron idénticamente con relación a los factores bajo su control.

Así pues, si el castigo retributivo depende del merecimiento, y el merecimiento depende exclusivamente de las intenciones del agente (dado que esto es lo único que el agente puede controlar) y no de los resultados de sus acciones (ya que estos están fuera de su control), el retribucionismo implicaría el subjetivismo.

Bajo esta lectura, la conexión entre el retribucionismo y el subjetivismo no se reflejaría necesariamente en la punición de meros pensamientos o deseos, sino en la idea de que una vez que el agente ha tomado una decisión, lo que ocurre a continuación —los resultados de sus acciones— resultan irrelevantes para determinar su merecimiento.

[43] NAGEL, *Mortal Questions*, New York, Cambridge University Press, 1979, p. 59.

Creo que esta lectura del retribucionismo también es equivocada. Ello es así porque, como lo sostuvo acertadamente MOORE, los resultados importan a la hora de determinar el merecimiento de castigo de un agente.

Para sostenerlo, este autor adopta una estrategia similar a la que utilizara para justificar la corrección del principio retributivo según el cual el merecimiento por sí solo justifica el castigo. Esto es, toma como punto de partida una serie de juicios morales particulares relevantes que son provisoriamente considerados correctos y, mediante una inferencia abductiva, identifica el principio moral más general que mejor permite explicar tales juicios particulares.[44]

En este caso, el principio moral general que mejor explica los juicios particulares relevantes es el principio de que los resultados influyen en el grado de merecimiento. Los juicios particulares tenidos en cuenta a partir de los cuales se infiere tal principio son que el creador de un riesgo que se materializa merece un mayor castigo que el creador de un riesgo que no se materializa; y que quien intenta lastimar a otra persona y tiene éxito merece un mayor castigo que quien realiza el mismo intento pero fracasa. Asimismo, estos juicios van acompañados de una serie de "experiencias", que son tenidas en cuenta como evidencia de su corrección.

La primera de estas experiencias es el mayor resentimiento que sentimos hacia quienes tienen éxito al causar malos resultados. En otras palabras, quienes causan un daño nos despiertan mayor desaprobación, indignación y rechazo que quienes intentan causar un daño similar pero no lo logran. El hecho de que muchos experimentemos estos resentimientos diferenciados constituye una prueba de que los juicios de merecimientos diferenciados son moralmente correctos.[45] Asimismo, la experiencia del resentimiento diferenciado puede ser entendida como virtuosa, porque expresa un mayor grado de indignación frente al innecesario sufrimiento experimentado por la víctima de un daño.[46]

La segunda experiencia relevante tiene lugar en el plano de la primera persona: generalmente, nos sentimos más culpables cuando hemos causado un daño que cuando lo hemos intentando pero no hemos tenido éxito. No solo sentimos mayor culpa cuando hemos generado un resultado lesivo, sino que dicha culpa tiene un carácter distinto al de la culpa experimentada como resultado de un

[44] MOORE, *supra* nota 6, p. 225.
[45] MOORE, *supra* nota 6, p. 229
[46] MOORE, *supra* nota 6, p. 230.

intento que no se ha consumado. En este sentido, la culpa que es fruto de la incorrección moral consumada tiene un peso especialmente fuerte porque "lo que nos carcome es el hecho de haber sido nosotros los responsables del daño causado",[47] mientras que la culpa experimentada a raíz de meros intentos tiene un carácter más individualista, relacionado con nuestra propia consciencia. Por ello, "la culpa que refleja nuestra preocupación por otros es más virtuosa que la culpa que concierne solamente a nuestra propia salud moral".[48]

La tercera experiencia no tiene carácter retrospectivo como las anteriores, sino prospectivo: cuando experimentamos un dilema sobre qué decisión tomar entre varias alternativas posibles, los resultados ocupan un lugar fundamental en nuestra deliberación. No nos conformamos con pensar que cualquier decisión que tomemos será aceptable mientras actuemos de manera correcta, sino que lo que nos preocupa —y lo que hace que la experiencia de tomar decisiones genere dilemas genuinos— son los resultados concretos que puedan generar nuestras acciones.

El conjunto de experiencias y juicios particulares referidos encuentra su mejor explicación en el principio moral que establece que el grado de incorrección moral de una acción es una fuente independiente de merecimiento, que se complementa con la culpabilidad. Esto constituye una razón de peso para considerar que este principio es correcto y rechazar la tesis del subjetivismo puro según la cual solo los estados mentales del agente resultan relevantes para determinar su responsabilidad. Así, dado que, para el retribucionismo, el merecimiento de un individuo es una función de la incorrección moral que cometió y la culpabilidad con la que obró, el retribucionismo no implica necesariamente el subjetivismo.

Ahora bien, existe aún otro problema en la conexión trazada por NINO entre retribucionismo y subjetivismo. Como hemos visto, para NINO, el subjetivismo del retribucionismo se debe a que la inculpación recae sobre el estado mental de un individuo ya que esto es lo único que el individuo controla. Sin embargo, esta asunción es cuestionable.

Suponiendo la corrección del determinismo descriptivo (la tesis según la cual todos los eventos —incluyendo todo lo que hacemos— son la consecuencia necesaria de las leyes naturales que rigen el mundo), no es posible sostener que las personas puedan controlar (por lo menos en un sentido

[47] MOORE, *supra* nota 6, p. 231.
[48] MOORE, *supra* nota 6, p. 231.

que llamaré *causal*) sus estados mentales, pues estos se generan como resultado de factores que no están bajo su control.

Si se parte de este punto, el argumento que conecta el retribucionismo con el subjetivismo apelando a la idea de que el merecimiento de castigo de un individuo se determina exclusivamente a partir de sus estados mentales ya que esto es lo único que el individuo controla, resultaría falso. De acuerdo con el determinismo, incluso los estados mentales del individuo están fuera de su control, por lo cual no es posible trazar la distinción entre intenciones (controlables por el agente) y resultados externos de las acciones (no controlables por el agente) sobre la cual se apoya el argumento que asocia el retribucionismo con el subjetivismo.

La incorporación del determinismo en la ecuación plantea dos posibilidades. La primera es sostener que, dada la verdad del determinismo, la responsabilidad moral resulta una ficción injustificable, pues los humanos no tienen la libertad ni la agencia requerida para la responsabilidad. Esta posición de incompatibilidad podría plantearse de la siguiente forma: (i) la responsabilidad requiere control; (ii) según el determinismo descriptivo, tanto los resultados materiales de las acciones como los estados mentales de un individuo están fuera de su control; (iii) dado que los individuos no pueden controlar nada, tampoco pueden ser responsables por nada. Sin perjuicio de que aquí no puedo extenderme sobre los problemas de la posición de la incompatibilidad, parecería que esta posición no resulta atractiva porque nos exigiría abandonar nuestras nociones más elementales de responsabilidad, que forman parte integral de nuestra experiencia como seres humanos.

La otra posibilidad es brindar una teoría de la responsabilidad que resulte compatible con el determinismo, pero tal teoría no puede basarse en la idea de que los individuos son responsables por aquello que está bajo su control, pues de acuerdo con el determinismo no hay nada que esté bajo el control de los individuos. NINO advierte este problema:

> El subjetivismo del retributivismo deviene en parte de la visión de que el estado mental de un individuo (intenciones, decisiones y elecciones) es lo único que el individuo controla. Para un determinista, de todos modos, aun las decisiones, intenciones y elecciones son el inevitable resultado de factores que los individuos no pueden controlar, como la socialización cultural, las estructuras económicas, los procesos neuroquímicos, los traumas psicológicos, etc. Supongo que esta hipótesis

> del determinismo descriptivo puede ser correcta. Siendo ello así necesitaríamos explicar por qué seguimos culpando a las personas por hacer lo que hacen, y esta explicación debe evitar la suposición de que culpamos a la gente solo por lo que puede controlar.[49]

El desafío consiste entonces en brindar una justificación de nuestras prácticas de atribución de responsabilidad, incluyendo la inculpación, que pueda ser compatible con el determinismo descriptivo. Este es el punto de partida del argumento de NINO para sostener que la mejor forma de conceptualizar al retribucionismo es como una teoría que depende de un reproche contra el carácter de los individuos. En la sección siguiente analizaré y criticaré tal argumento.

IV. El problema del reproche contra el carácter

Con el objeto de brindar una explicación de por qué continuamos responsabilizando a las personas por hacer lo que hacen, evitando la suposición de que inculpamos a las personas por aquello que pueden controlar, NINO descompone la inculpación[50] en tres "dimensiones" y sostiene que todas son consistentes con el determinismo descriptivo.

Estas tres dimensiones son la manipulativa, la reactiva y la descriptiva. Según NINO:

> la culpa puede tener una dimensión manipulativa pragmática, en la medida en que su expresión pueda disuadir a otros de cometer acciones similares en el futuro dado que ellos puedan querer evitar el dolor y la incomodidad que la culpa normalmente supone. Por supuesto, esta dimensión de la culpa no presupone la falsedad del determinismo descriptivo, sino que se basa en cambio en la relación causal entre culpar a alguien y la motivación de las personas para actuar. En segundo término, la culpa puede tener una dimensión reactiva dado que su expresión puede constituir una reacción emocional a ciertos actos. Culpar a alguien por una acción malvada es expresar una actitud reactiva del tipo de las analizadas por Peter Strawson. Esta dimensión reactiva de la culpa no requiere falsificar el determinismo, dado que, como Strawson afirma, la culpa no se suspende solo porque la intención que es

[49] NINO, *supra* nota 23, p. 224.
[50] En el texto publicado en español la palabra *blame* ha sido traducida como *culpa*. Creo que es preferible la palabra *inculpación* (ver *supra* nota 28).

> objeto de la culpa haya sido causada por ciertos factores. Tercero, la culpa supone un aspecto descriptivo que trata la conexión entre la persona y su acción.[51]

A continuación, NINO señala que la dimensión manipulativa de la inculpación puede resultar de interés para alguien que justifica el castigo sobre bases preventivas, pero no para el teórico retribucionista. Asimismo, sostiene que la dimensión reactiva de la inculpación tampoco incumbe al retribucionista, puesto que este "insiste en que la diferencia entre el castigo retributivo y la venganza descansa en el hecho de que el castigo no es una mera reacción emotiva".[52] Por lo tanto, concluye que "el teórico retribucionista debe concentrar su atención en la dimensión descriptiva de la culpa dado que este es el único aspecto restante que hace inteligible el castigo en términos retribucionistas".[53] De acuerdo con la dimensión descriptiva, la inculpación "describe la relación entre cierta conducta y la intención, decisión, o elección de un individuo".[54]

Hasta aquí, la presentación de NINO resulta algo confusa, pues no es claro a qué se está refiriendo cuando menciona las diferentes "dimensiones" de la inculpación. Por un lado, la dimensión manipulativa no constituye una respuesta a la pregunta de qué es o en qué consiste la inculpación, sino una posible respuesta a la pregunta de cuáles son los efectos de la *expresión* de la inculpación. De acuerdo con la dimensión manipulativa, la expresión de la inculpación —sea lo que fuere la inculpación— puede tener un efecto preventivo, pero queda por definir en qué consiste la inculpación. Así, este primer tramo de la desambiguación del término "inculpar" propuesta por NINO ignora la distinción entre inculpar y expresar la inculpación.[55] Esta distinción es importante, ya que es perfectamente posible inculpar a alguien sin que resulte necesaria una expresión de tal inculpación.

Por el contrario, las dimensiones reactiva y descriptiva sí constituyen distintas respuestas a la indagación conceptual acerca de qué es la inculpación. De acuerdo con la dimensión reactiva, la inculpación es una reacción emocional frente a una persona por algo que consideramos ofensivo y que atribuimos a esa persona. Así, inculpamos a una persona cuando experimentamos una serie de actitudes reactivas —indignación, resentimiento, retiro de buena voluntad, etc.— respecto de ella.

[51] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[52] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[53] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[54] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[55] COATES/TOGNAZZINI, "The Nature and Ethics of Blame", *Philosophy Compass*, n.º 7/3, 2012, 197-207.

Indudablemente, esta concepción *emotiva* de la inculpación está ligada al trabajo de STRAWSON, *Freedom and Resentment*.[56] Según STRAWSON, las actitudes reactivas son parte de nuestro tejido moral básico y de la forma que tenemos de relacionarnos con otros, y por ende no tiene sentido intentar disociarnos de estas y justificarlas "desde afuera", como un observador pasivo. En este sentido, señala que "la existencia de un entramado general de actitudes es algo que nos viene dado con el hecho de la sociedad humana. Vista como un todo, no necesita, ni permite, una justificación externa 'racional'".[57]

Según NINO, la dimensión reactiva de la inculpación no incumbe al retribucionista, dado que para este la diferencia entre el castigo retributivo y la venganza descansa en el hecho de que el castigo no es una mera reacción emotiva. Es decir, conforme la visión de NINO, si el teórico retribucionista otorgara peso de justificación a la dimensión reactiva de la inculpación, su idea de lo que constituye un castigo moralmente justificado sería indistinguible de un acto de venganza pura. Creo que esta conclusión es un poco apresurada y se apoya sobre una distinción algo superficial entre el castigo retributivo y la venganza. En efecto, el argumento según el cual el retribucionismo debería ser rechazado ya que la retribución es equiparable a la venganza constituye, desprovisto de una fundamentación subyacente, un lema cuyo peso radica solamente en la carga emotiva negativa de la palabra *venganza*.[58]

Habiendo descartado la relevancia de las dimensiones manipulativa y reactiva para el retribucionismo, NINO sostiene que la dimensión de la inculpación que resulta de interés para el teórico retribucionista es la dimensión descriptiva, pues este es el "único aspecto restante que hace inteligible el castigo en términos retributivistas."[59] La conexión entre la dimensión descriptiva de la inculpación y el retribucionismo pareciera entonces estar dada por descarte: como las otras dos dimensiones no resultan relevantes, esta tiene que serlo. Tal estrategia, sin embargo, no resulta convincente. Si la dimensión descriptiva de la inculpación es relevante en algún sentido para el argumento retributivo, la razón de ello no puede ser que las otras dimensiones no sean relevantes.

---

[56] STRAWSON, "Freedom and Resentment" (1962), disponible en: https://faculty.arts.ubc.ca/rjohns/strawson.pdf [enlace verificado el 29/02/2020].
[57] STRAWSON, *supra* nota 55, p. 18.
[58] Para un análisis profundo de la relación entre castigo retributivo y venganza, ver ZAIBERT, "Punishment and Revenge", *Law and Philosophy*, n.º 25, 2006. Tomo el concepto de uso emotivo del lenguaje de CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, pp. 22 y ss.
[59] NINO, *supra* nota 23, p. 225.

Resulta entonces necesario precisar en qué consiste la dimensión descriptiva de la inculpación para determinar si tiene méritos propios para ocupar un lugar central en la tesis retributiva.

NINO afirma que la inculpación, bajo la dimensión descriptiva, "describe la relación entre cierta conducta y la intención, decisión, o elección de un individuo".[60] Una posible interpretación de esta definición podría ser que la inculpación tiene por objeto establecer el aspecto subjetivo del accionar de un agente. P. ej., supongamos que X golpea en la cabeza a Y tras una discusión. La inculpación descriptiva sería el medio a través del cual podemos determinar que X golpeó *intencionalmente* a Y, al describir la relación existente entre la conducta llevada a cabo por X (golpear a Y) y la intención de X de hacer tal cosa a raíz de la discusión que mantuvo con Y. Sin embargo, la concepción aséptica de la inculpación resultante de esta interpretación es inadecuada para visualizar el papel que, según NINO, la inculpación cumple para el retribucionismo. Esto es así ya que la inculpación no se limita a establecer una relación causal entre el estado mental de un agente y su conducta (si así fuera, podríamos decir que inculpamos a alguien cuando establecemos que apretó el freno de su auto porque tuvo la intención de respetar las normas de tránsito, lo cual parecería desvirtuar el concepto de inculpación), sino que además tiene un componente valorativo desaprobatorio.

Para tener un concepto más acabado de la inculpación, entonces, resulta necesario conectar la idea de que la inculpación "describe la relación entre cierta conducta y la intención, decisión, o elección de un individuo"[61] con la idea de que "dado que el castigo retributivo se predica de la culpa, *las actitudes subjetivas del supuesto autor devienen esenciales para determinar el valor negativo de las acciones de las personas y, por lo tanto, para determinar su punibilidad*".[62] Así pues, al analizar la definición que brinda NINO sobre la dimensión descriptiva de la inculpación a la luz del papel que, en términos generales, este autor entiende que la inculpación cumple en una concepción retributiva, el resultado es que la inculpación puede ser entendida como un *juicio* que permite determinar la reprochabilidad moral de la conducta realizada por un agente, mediante la evaluación de sus estados mentales.

De este modo, al referirse a la dimensión descriptiva de la inculpación, NINO tiene en mente una concepción *cognitiva* de la inculpación. De acuerdo con esta, la inculpación es un juicio o evaluación que hacemos respecto de un agente en virtud de sus acciones, sus actitudes o su

[60] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[61] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[62] NINO, *supra* nota 23, p. 223. El resaltado me pertenece.

carácter.[63] Bajo esta acepción, inculpar es hacer un juicio particular o una serie de juicios.[64] Uno de los problemas de esta concepción de la inculpación es que mezcla dos fenómenos distintos: el fenómeno de inculpar a alguien y el fenómeno de juzgar que las acciones de alguien son moralmente incorrectas. En este sentido, COATES y TOGNAZZINI señalan que cuando arribamos a la conclusión de que el accionar de una persona es moralmente incorrecto, ello equivale a realizar un juicio que determina que dicha persona es un objeto apropiado de inculpación, pero podemos formular tal juicio con independencia de que inculpemos a la persona en cuestión. Así, el co-autor de un crimen puede juzgar que su conspirador actuó de una manera moralmente incorrecta y simultáneamente agradecerle o felicitarlo por haber actuado de ese modo, en lugar de inculparlo.[65] Por este motivo, quizás resulte más preciso utilizar la expresión *juicio de reprochabilidad* y no *inculpación*.[66]

De acuerdo con la concepción de NINO, este juicio sobre la reprochabilidad moral de las acciones del infractor recae sobre sus intenciones, elecciones y decisiones (sus estados mentales). Ello es así porque, según su visión, "la culpa depende de la intención";[67] es decir, la reprochabilidad moral de la conducta del agente depende de sus intenciones. Esto se manifiesta en las excusas: cuando un agente obra sin intención —por error, compulsión, etc.— generalmente se lo exonera de responsabilidad.

Asimismo, NINO señala que la inculpación "no necesita asumir el hecho de que la intención, decisión o elección no esté determinada (en el sentido descriptivo) por factores diferentes que otras intenciones, decisiones y elecciones", [68] por lo cual "es totalmente compatible con el determinismo".[69]

Ahora bien, suponiendo que un individuo puede ser responsabilizado por factores que están fuera de su control, ¿por qué la inculpación —entendida como juicio de reprochabilidad— debería recaer sobre las intenciones, decisiones y elecciones del agente? Según la reconstrucción inicial que hace NINO del retribucionismo, la inculpación tiene por objeto a los estados mentales del agente

[63] Ver la entrada de "Blame" de la Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/blame/#EmoTheBla [enlace verificado el 29/02/2020].
[64] COATES, *supra* nota 53, p. 199.
[65] COATES, *supra* nota 53, p. 199.
[66] No obstante, teniendo en cuenta la terminología utilizada por NINO, utilizaré las expresiones *juicio de reprochabilidad* e *inculpación* de manera intercambiable.
[67] NINO, *supra* nota 23, p. 223.
[68] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[69] NINO, *supra* nota 23, p. 226.

porque esto es lo único que el agente puede controlar. Sin embargo, de acuerdo con el determinismo descriptivo, los estados mentales de un agente no están bajo su control. La pregunta relevante en esta instancia es entonces: "¿Por qué las decisiones, intenciones y elecciones, como opuestas a movimientos corporales del agente, tienen un estatus privilegiado como objeto de la inculpación, si no están necesariamente bajo su control?".[70]

NINO considera dos respuestas posibles. La primera es que, para los propósitos de la inculpación, el agente es equivalente a sus intenciones. Sin embargo, desestima rápidamente esta posibilidad, con el argumento de que "las intenciones de una persona son demasiado superficiales y cambiantes para constituirla".[71]

La segunda respuesta posible es que el reproche recae sobre las decisiones, intenciones y elecciones del agente, no como elementos autónomos, sino como manifestaciones de su carácter. De este modo, la inculpación en definitiva tiene como objeto último el carácter de las personas.

NINO presenta esta posición de la siguiente manera:

> Algunos tratan de justificar el subjetivismo del retributivismo introduciendo la noción de carácter. Aquí la premisa consiste en que culpamos a las personas por el carácter que tienen (culpamos a alguien por el tipo de persona que ella o él es) y el carácter de ese individuo se manifiesta en ciertas intenciones, decisiones y elecciones, todas las cuales pueden resultar en una acción observable.[72]

A esto agrega que

> la teoría del carácter puede dar una descripción más satisfactoria del retributivismo, pero no evita su subjetivismo. Esta teoría meramente amplía el contexto. La evaluación del carácter moral del agente es una evaluación de disposiciones, inclinaciones y capacidades, que se manifiestan a través de deseos, creencias y emociones y eventualmente se materializan en intenciones, decisiones y acciones. Los teóricos de la elección, al elegir la intención como el árbitro de la culpa, identifican correctamente el evento psicológico que es el producto de diferentes

[70] NINO, *supra* nota 23, p. 226.
[71] NINO, *supra* nota 23, p. 226.
[72] NINO, *supra* nota 23, p. 226.

> rasgos de carácter. Pero el teórico de la elección parece no percibir que esta combinación de rasgos de carácter subyace significativamente en la asignación de culpa cuando esta se basa en la intención. Las elecciones del agente deben ser evaluadas, entonces, en el contexto más amplio de los diversos rasgos de carácter.[73]

Conforme la teoría del carácter, "el objeto del castigo es el carácter"[74]. En este sentido, NINO señala que

> lo que sigue a la elección, intención o decisión del individuo (es decir, sus movimientos corporales o la omisión de ellos), no son de ninguna manera relevantes para la culpa (salvo como prueba de la intención del agente). La ocurrencia de estos movimientos corporales o su omisión una vez cristalizada la firme intención de actuar es una cuestión aleatoria y ajena al carácter del agente. Como una variante del retributivismo, la teoría del carácter inevitablemente equipara los delitos consumados con las tentativas posibles o imposibles, rechaza cualquier justificación que no sea la buena intención del agente y castiga expresiones de mala intención que no resulten en un daño externo.[75]

Además de su connotación subjetivista, la otra consecuencia significativa de asumir la teoría del carácter es que el retribucionismo se vincula con un Estado perfeccionista, al infringir los principios liberales de autonomía personal y neutralidad. Al recaer la inculpación —el juicio de reprochabilidad— sobre el carácter defectuoso de los individuos, el Estado se involucra en la evaluación moral de la personalidad de los ciudadanos e impone coactivamente determinados ideales de excelencia personal —ideales sobre lo que constituye "lo bueno"— de manera incompatible con los principios liberales señalados. De esta forma, el retribucionismo resulta una justificación del castigo inadmisible en el marco de un Estado liberal.

Podríamos resumir el argumento de NINO de la siguiente forma: i) para el retribucionismo, la razón que justifica la imposición del castigo es que es intrínsecamente valioso que las personas reciban el castigo que merecen; ii) el merecimiento de un castigo es una función de la culpabilidad en sentido amplio o reprochabilidad moral (*blameworthiness*) del agente; iii) la reprochabilidad moral

[73] NINO, *supra* nota 23, p. 227.
[74] NINO, *supra* nota 23, p. 227.
[75] NINO, *supra* nota 23, p. 227.

del agente se determina a partir de la inculpación; iv) la inculpación recae exclusivamente sobre los estados mentales del agente (sus intenciones, elecciones y decisiones); v) dada la verdad del determinismo descriptivo, la explicación sobre por qué la inculpación recae exclusivamente sobre las intenciones, elecciones y decisiones del agente no puede ser que estas están bajo su control; vi) la mejor explicación es que la inculpación recae exclusivamente sobre las intenciones, elecciones y decisiones del agente porque son manifestaciones de su carácter; vii) ergo, la inculpación tiene por objeto el carácter del agente; viii) dado que la inculpación se dirige contra el carácter del agente, el retribucionismo infringe los principios liberales de autonomía personal y neutralidad; ix) al infringir los principios de autonomía personal y neutralidad, el retribucionismo es inconsistente con el liberalismo.[76]

El primer aspecto problemático de este argumento, que asocia al retribucionismo con el reproche del carácter de las personas, es que NINO arrastra un error conceptual de su argumento según el cual el retribucionismo implica el subjetivismo.[77]

Tal como he reconstruido los dos argumentos, se puede observar que las premisas (i) a (iv) son idénticas. Las diferencias aparecen en las premisas subsiguientes.

En el primer argumento, NINO atribuye a la versión del retribucionismo que pretende criticar, la postura de que la razón por la cual la inculpación tiene por objeto los estados mentales del agente es porque tales estados mentales son lo único que el agente controla. Asumido esto, sostiene que el retribucionismo, así interpretado, implica el subjetivismo. De aquí se desprende su afirmación de que "el subjetivismo del retributivismo deviene en parte de la visión de que el estado mental de un individuo (intenciones, decisiones y elecciones) es lo único que el individuo controla".[78]

En el segundo argumento, NINO sostiene que, dada la verdad del determinismo descriptivo, la razón por la cual la inculpación recae sobre el estado mental del agente no puede ser que esto es lo único que el agente controla, e introduce la idea de reproche contra el carácter del agente como una mejor explicación alternativa. Así, el nuevo blanco de su crítica es el retribucionismo basado en el reproche del carácter. Según NINO, el retribucionismo basado en el reproche del carácter

[76] Agradezco a un réferi anónimo por señalarme un error en una reconstrucción anterior de este argumento.
[77] Distingo estos dos argumentos por una cuestión de orden de exposición, aunque ambos podrían ser reconstruidos como un único argumento complejo.
[78] NINO, *supra* nota 23, p. 224.

constituye una versión más plausible del retribucionismo, pero el problema del subjetivismo persiste, solo que en un contexto ampliado (pues el carácter suplanta las intenciones, elecciones y decisiones como objeto de la inculpación). Además, el retribucionismo basado en el carácter tiene claras implicaciones iliberales, ya que resulta propio de un Estado perfeccionista que impone coactivamente determinados ideales de excelencia personal, lo que infringe los principios liberales de autonomía personal y neutralidad.

El error común en ambos argumentos reside en las premisas (ii) a (iv), puesto que NINO recorta de manera injustificada el contenido del merecimiento de castigo. Como he señalado anteriormente, según el retribucionismo, para que un agente merezca ser castigado debe (i) haber realizado una acción moralmente incorrecta (ii) de manera culpable. No es suficiente, pues, para que alguien merezca ser castigado, que haya tenido la mera *intención* de hacer algo.

Este error en la conceptualización de las condiciones bajo las cuales resulta procedente el castigo retributivo lleva a NINO a sostener que "existe una conexión esencial entre la visión retributiva del castigo y la evaluación del carácter de las personas, y la institución de la inculpación presupone tal conexión".[79] En apoyo de esta postura, NINO cita la siguiente reflexión de FLETCHER:

> una inferencia desde la mala acción hacia el carácter del actor es esencial para la teoría retributiva del castigo. Un desarrollo más completo del argumento sería el siguiente: 1) el castigo de la mala conducta es justo solo si se mide por el merecimiento del autor, 2) el merecimiento del autor se mide por su carácter, es decir, por el tipo de persona que es, 3) y por lo tanto un juicio sobre el carácter es esencial para la justa distribución del castigo.[80]

El problema de esta visión es que el merecimiento del autor no se mide por su carácter, sino por la gravedad de la incorrección moral que cometió y el grado de culpabilidad con el que obró. Por tanto, la premisa 2) del argumento de FLETCHER al que adhiere NINO es incorrecta.

De acuerdo con lo expuesto, entiendo que el retribucionismo es una teoría que justifica el castigo apelando al merecimiento del infractor, y este se determina en base a la gravedad de la incorrección moral cometida por el infractor y el grado de culpabilidad con el que actuó. Así

[79] NINO, *supra* nota 23, p. 224.
[80] NINO, *supra* nota 23, p. 224.

interpretado, el retribucionismo no tiene ninguna de las implicaciones problemáticas que menciona NINO. No equipara los delitos consumados con las tentativas posibles o imposibles, ya que los delitos consumados tienen un grado mayor de incorreción moral —y, por ende, de reprochabilidad moral— que las tentativas. Tampoco rechaza cualquier justificación que no sea la buena intención del agente, pues nada impide a un retribucionista valorar factores atenuantes o eximentes de responsabilidad independientes de la intención del agente, que puedan influir tanto en la determinación de la gravedad de la incorrección moral cometida por el agente como del grado de culpabilidad con el que obró.[81] Y, por último, no castiga expresiones de mala intención que no resulten en un daño externo, ya que en tal supuesto no existiría ninguna acción moralmente incorrecta que retribuir.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí no es suficiente para desestimar el argumento de NINO. Para ello, es necesario brindar una respuesta superadora sobre cuál es el objeto de la inculpación. Tal respuesta, evidentemente, no podrá ser que la inculpación recae sobre las intenciones, elecciones y decisiones del agente ya que esto es lo único que el agente controla (pues esta idea está en tensión con el determinismo descriptivo); ni que a los efectos de la inculpación el individuo es equivalente a sus intenciones (puesto que, como sostenía NINO, las intenciones de una persona son demasiado inestables para constituirla); ni que en verdad inculpamos al agente por el carácter que tiene y las intenciones, elecciones y decisiones no son sino demostraciones de su carácter (pues este es el argumento que pretendo cuestionar).

Creo que una respuesta posible podría ser la siguiente. Bajo la concepción del retribucionismo que he presentado, la inculpación (entendida como juicio de reprochabilidad o reproche) tiene por objeto las acciones moralmente incorrectas cometidas por el agente de manera culpable. Para establecer si una acción es o no moralmente incorrecta, o si la incorrección moral de una determinada acción es del tipo que resulta relevante para el castigo retributivo, necesitamos un criterio autónomo que funcione como principio de criminalización. Sobre esto diré algo más en el final del trabajo. Por otro lado, para establecer la culpabilidad, las intenciones del agente resultan fundamentales, pues si el agente obró sin intención —por error, compulsión, etc.— no obró de manera culpable y, por ende, aun si hubiera realizado una acción moralmente incorrecta, no se satisfaría el otro elemento constitutivo del merecimiento.

[81] Desarrollaré este punto con mayor extensión al referirme a las excusas *infra*.

Ahora bien, aun si mi respuesta fuera satisfactoria, un posible resabio del argumento de NINO sería que mi noción de culpabilidad *presupone* que las intenciones del agente están bajo su control. Ello es así porque, de acuerdo con la concepción de culpabilidad que he presentado, actúa de manera culpable quien decide libremente llevar a cabo una determinada acción. Sin embargo, esta asunción resulta problemática de acuerdo con el determinismo descriptivo, y por tanto la idea de que la inculpación tiene como objeto el carácter de los individuos podría recobrar algo de su atractivo. Veamos este punto con mayor profundidad.

Según una concepción particular de *control,* a la que llamaré *control causal,* las intenciones del agente no están bajo su control. Bajo esta concepción de control, decir que las intenciones *no están bajo el control del agente* equivale a decir que el agente no es la última fuente causal de sus intenciones, puesto que en definitiva estas son el resultado de factores externos a su voluntad, como el ambiente en el que le tocó nacer y su carga genética. Asimismo, la otra consecuencia de adoptar esta noción de control, es que no resulta posible sostener que el agente actúe libremente, pues en definitiva sus acciones se encuentran determinadas de antemano por factores sobre los cuales no tiene control.

Siendo esto así, ¿por qué la culpabilidad del agente debería determinarse sobre la base de sus estados mentales? La respuesta de NINO es que la inculpación recae sobre las intenciones, decisiones y elecciones del agente porque estas son demostraciones de su carácter. De este modo, NINO explica el hecho de que la inculpación recaiga sobre el estado mental del agente recurriendo a la idea de que en definitiva el objeto de la inculpación es el carácter del agente. Creo que todo este derrotero puede ser evitado si reemplazamos la noción de control causal por la de *control agencial*.

Según señala FERRANTE, "el control agencial está relacionado con la relación interna entre agente y acción, una relación tal que la acción sea algo que 'fluye del' agente; algo que él hace y que de algún modo lleva su marca personal". Asimismo, sostiene que "el control agencial puede explicarse en términos de sensibilidad a razones: un agente S controla una acción ø suya si, y solo si, S muestra (algún grado de) sensibilidad a razones al hacer ø".[82]

El concepto de sensibilidad a razones ha sido desarrollado en el influyente trabajo de FISCHER y RAVIZZA.[83] Según estos autores, un agente satisface mínimamente la condición de control necesaria para la responsabilidad moral cuando su acción proviene de un "mecanismo" apropiadamente

[82] FERRANTE, *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 72/73.
[83] FISCHER/RAVIZZA, *Responsibility and Control,* Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

sensible a razones. Señalan COATES y SWENSON, que la idea detrás de esta concepción es que, si los mecanismos que generan nuestras acciones no son receptivos a razones a favor y en contra de un particular curso de acción, ni son reactivos frente a dichas razones, no podemos ser responsables por nuestras acciones. Esta forma de plantear la noción de control exigida por la responsabilidad captura de manera plausible la intuición de que la responsabilidad moral requiere (i) que tengamos la capacidad de reconocer razones, especialmente razones morales, y (ii) que tengamos la capacidad de reaccionar frente a tales razones.[84]

Para FISCHER y RAVIZZA, un mecanismo es apropiadamente sensible a razones cuando es "moderadamente sensible a razones". A su vez, para que un mecanismo sea moderadamente sensible a razones, debe ser (i) regularmente receptivo a razones y (ii) débilmente reactivo a razones.[85]

La condición de que el mecanismo con el que actúa el agente sea regularmente receptivo a razones no se satisface con el hecho de que el agente, a través de dicho mecanismo, haya reconocido una razón suficiente para actuar en *una* instancia en particular, sino que lo que se exige es que el agente exhiba un apropiado *patrón* de reconocimiento de razones. Es decir, el mecanismo debe ser receptivo a razones a lo largo de un amplio espectro de escenarios posibles.

En cambio, la condición para que el mecanismo con el que actúa el agente sea débilmente reactivo a razones es menos exigente: lo que se requiere es que, existiendo una razón suficiente para actuar de otro modo, el mecanismo reaccione a esa razón en al menos *un* mundo posible.[86]

La concepción de control como sensibilidad a razones, que denominaré control *agencial* tomando la expresión utilizada por FERRANTE, permite diluir las implicaciones problemáticas que conlleva la concepción de control causal para la determinación de la culpabilidad. Esto es así ya que la explicación sobre por qué tenemos en cuenta determinadas intenciones, elecciones o decisiones del agente para establecer su culpabilidad no necesita asumir que dichas intenciones, elecciones o decisiones estén bajo el control causal del agente.

La consecuencia de adoptar la concepción agencial de control es que, a los efectos de determinar la culpabilidad del agente, resulta central determinar si sus intenciones, elecciones y decisiones

[84] COATES/SWENSON, "Reasons-responsiveness and degrees of responsibility", *Philosophical Studies*, n.º 165, 2013, p. 632.
[85] FISCHER, *supra* nota 82, pp. 243, 244.
[86] FISCHER, *supra* nota 82, pp. 70-7.

fluyen de un mecanismo moderadamente sensible a razones. Si el mecanismo con el que actúa el agente es moderadamente sensible a razones, podemos decir que sus intenciones, elecciones y decisiones están bajo su control (agencial). A su vez, si las intenciones del agente están bajo su control agencial, es posible establecer que este actúa *libremente* (en el sentido exigido para la responsabilidad moral). De este modo, la culpabilidad de un agente se determina a partir de su estado mental porque ello es lo que nos permite establecer si el agente actuó libremente o con una determinada intención; y el determinismo descriptivo no representa un problema para esta concepción de la culpabilidad puesto que la noción de control relevante no es la ausencia de causación por factores externos (en cuyo caso la conclusión sería que el agente nunca controla sus intenciones y por tanto nunca actúa libremente), sino el grado de sensibilidad a razones que exponga el mecanismo con el que actuó el agente.[87]

Resumiendo, en la versión del retribucionismo que he defendido, el objeto del reproche es la acción moralmente incorrecta cometida de manera culpable por el infractor. Si el agente ha realizado una acción moralmente incorrecta, su culpabilidad se determina evaluando sus estados mentales. Asimismo, el concepto de control relevante para establecer si el agente puede ser responsabilizado por sus acciones no es el de control causal, sino el de control agencial.

Esta versión del retribucionismo resulta preferible a la versión basada en el reproche del carácter en los siguientes aspectos:

a) La idea de que el juicio de reproche —la inculpación— recae sobre el *accionar* del agente refleja mejor la forma que tienen los juicios de responsabilidad relevantes para el castigo retributivo, que la idea de que la inculpación recae sobre el carácter del agente. Esto se manifiesta con especial claridad en el castigo penal, pues las personas son juzgadas y condenadas por haber cometido determinadas acciones que constituyen delitos (*i. e.*, por matar a otra persona, por robar un banco, etc.) y no por tener un mal carácter. Una posible objeción contra este punto podría ser que todo reproche contra la acción de un agente implica, encubiertamente, un reproche contra su carácter. Sin embargo, esto no pareciera ser así: BEADE pone como ejemplo una situación en la que le reprocho a mi compañero de cuarto el hecho de que lavó mal los platos y como consecuencia de ello debo lavarlos yo de nuevo.[88] Según señala este autor, el origen del reproche fue la acción de mi

[87] COATES y SWENSON (*supra* nota 83) han desarrollado una concepción de responsabilidad basada en la sensibilidad a razones que permite distinguir entre distintos *grados* de responsabilidad.
[88] BEADE, *supra* nota 28, p. 233.

compañero de lavar deficientemente los platos y no, exclusivamente, su carácter. Sin perjuicio de que es posible que mi reproche transmita algo sobre el carácter de mi compañero (que es holgazán o desconsiderado), esto es secundario y contingente: quizás mi compañero tiene un carácter atento y suele ser diligente con sus deberes domésticos, y aun así yo tendría razones para reclamarle su lavado deficiente de los platos en esta oportunidad. En tal caso, mi reproche estaría dirigido a su acción de no lavar los platos y no a su carácter.

b) La concepción que propongo refleja mejor las excusas morales y jurídicas existentes. Una de las consecuencias de la adopción de la teoría del carácter es que un agente es responsable por aquellas acciones que cometió que son expresivas de su carácter, y no es responsable por las acciones que cometió que no reflejan su carácter. Según NINO,

> el gran atractivo de la teoría del carácter reside en el ámbito de las excusas, como la violencia, el estado de necesidad y los desórdenes mentales. Ninguna de ellas niega al agente aquellos deseos y creencias que constituyen su intención. En el caso de la violencia, el agente voluntaria e intencionalmente comete ciertas malas acciones, pero una amenaza hace irrazonable esperar que actúe de otra manera. En el caso del estado de necesidad, la amenaza consiste en cambio en algún peligro objetivo de daño que no es necesariamente mayor que el daño causado por el agente. En el caso de los desórdenes mentales, el agente se encuentra bajo ciertas limitaciones que hacen irrazonable esperar que actúe de acuerdo con prescripciones jurídicas. En todos, se presuponen estándares de razonabilidad y normalidad, y estos estándares no son sobre actos específicos sino que sirven para evaluar inclinaciones, disposiciones y capacidades generales. En otras palabras, son estándares que permiten que separemos ciertos actos e intenciones de rasgos malos de carácter.[89]

De acuerdo con NINO, la ventaja de la teoría del carácter en el plano de las excusas reside en que permite explicar, p. ej., por qué consideramos que no debería ser responsable un sujeto A que se defiende de su agresor B y voluntaria e intencionalmente lo mata en defensa propia. El aparente problema de este supuesto para la concepción de la inculpación que tiene por objeto las intenciones del agente es que, si lo relevante para la culpabilidad es que el agente haya actuado con una cierta intención, de ello se sigue que si el agente actuó con esa intención entonces debería ser responsable.

[89] NINO, *supra* nota 23, p. 226.

En el ejemplo dado, A tuvo la intención de matar a B, por lo cual la conclusión debería ser que A es culpable. Sin embargo, dicha conclusión implicaría la negación de la excusa de legítima defensa.

Conforme la teoría del carácter, la explicación de por qué A no actuó culpablemente es que, sin perjuicio de que A actuó con la intención de matar a B, tal acción no es indicativa de su carácter —A no mató a B como expresión de su carácter violento, sino porque su vida estaba en juego—. De este modo, el carácter desplaza la elección como objeto de la inculpación y permite dar cuenta de las excusas existentes.

Contra lo que sostiene NINO, creo que la mayor *debilidad* de la teoría del carácter reside en el ámbito de las excusas, y que la teoría de las excusas basada en la elección constituye un mejor fundamento de las excusas morales y jurídicas existentes.

A diferencia de la teoría de las excusas basada en el carácter, la teoría de las excusas basada en la elección sostiene que un individuo es responsable por las elecciones que ha hecho libremente, y no es responsable cuando no posee la capacidad necesaria para elegir libremente o cuando no tuvo una oportunidad justa (*fair opportunity*) para ejercer tal capacidad.[90] En tal sentido, la excusa de insania y otros desórdenes mentales constituye un supuesto en que el agente no posee la capacidad necesaria para elegir libremente, a la que MOORE llama capacidad de *razonamiento práctico*, mientras que, en los casos de compulsión o estado de necesidad, el agente no cuenta con una oportunidad justa para poder elegir libremente pese a contar normalmente con esa capacidad. Esta explicación es más plausible para dar cuenta de por qué A no debe responder en el caso de legítima defensa planteado más arriba.

Esto se puede ver con claridad con la siguiente modificación del ejemplo. Imaginemos que A odia a B y le gustaría verlo muerto, e incluso se ha planteado matarlo en varias ocasiones, aunque nunca lo ha manifestado. Además, A tiene un carácter vil y se caracteriza por ser una persona resentida y egoísta. Un día B —quien ignora las intenciones de A— decide matar a A y se dispone a hacerlo, pero cuando está a punto de consumar el asesinato, A se defiende y le causa la muerte a B. En tal supuesto, consideraríamos que A no debe responder como autor de un homicidio, pues mató a B actuando con legítima defensa. Sin embargo, tal conclusión no se apoya en el juicio de que la acción de A no es representativa de su carácter —después de todo, la acción de A sí pareciera ser

[90] MOORE, *supra* nota 6, p. 581.

representativa de su carácter—, sino en el entendimiento de que A no contó con una oportunidad para elegir libremente, pues su vida se encontraba en peligro.

Esta concepción de las excusas es consistente con la versión del retribucionismo que he desarrollado. Conforme lo expuesto más arriba, un individuo actúa culpablemente cuando elige libremente llevar a cabo una determinada acción. A los efectos de establecer si el agente actuó libremente es necesario determinar si pudo controlar sus acciones. Para establecer esto último, la noción de control relevante no es la de control causal (que requiere que las intenciones del agente no hayan sido causadas por otros factores que no sean su voluntad) sino la de control agencial. Bajo esta noción de control, lo que resulta relevante para establecer la culpabilidad del agente —y, como contracara, para negar su culpabilidad cuando resulte aplicable alguna excusa— es que el mecanismo con el que actuó sea o no moderadamente sensible a razones, y no que su carácter sea virtuoso o vicioso. Esta concepción refleja adecuadamente el juicio según el cual quien no pudo elegir actuar de cierta forma (porque no tiene la capacidad necesaria para elegir libremente, o porque su libertad de decisión se vio anulada por circunstancias externas) no actuó de manera culpable.

Por el contrario, la teoría de las excusas basada en el carácter tiene implicaciones claramente contra-intuitivas. Principalmente, la consecuencia de adoptar dicha teoría es que un sujeto que ha decidido libremente cometer una acción moralmente incorrecta que no refleja su carácter quedaría exonerado de culpa, mientras que quien ha cometido una acción moralmente incorrecta representativa de su carácter pero no ha actuado con la capacidad necesaria para decidir libremente, debería ser considerado culpable.

Para ilustrar este punto, MOORE cita el caso verídico de Richard Herrin, un estudiante ejemplar, con antecedentes intachables, que un día mató a su novia por temor a que lo abandonara. El caso es paradigmático porque la acción del sujeto de asesinar a su novia no es representativa de su carácter, y sin embargo nadie cuestionaría que se trata de un individuo responsable que merece ser castigado por tal acción. Una posible respuesta por parte del teórico del carácter sería que el carácter de Herrin es el de una persona insegura capaz de matar a su novia por miedo a que lo abandone, ya que esto es en efecto lo que Herrin hizo. Una respuesta de este tipo identificaría al carácter de una persona con la suma de todas las decisiones tomadas por esa persona a lo largo de su vida.

Sin embargo, bajo esta lectura, la teoría del carácter colapsaría con la teoría de la elección. Ello es así porque, si una persona fuera responsable por su carácter, y su carácter fuera equivalente a las decisiones que tomó a lo largo de su vida, la conclusión sería que la persona es responsable por sus decisiones, pero esto no diferiría en nada de la teoría de la responsabilidad por elecciones. Por tanto, para que la teoría del carácter tenga alguna relevancia, el carácter debe ser entendido como una *propensión* o *tendencia* a actuar de cierta forma. Es esta la concepción de carácter que NINO tiene en mente cuando sostiene que la teoría del carácter resulta atractiva en el plano de las excusas. Sin embargo, de acuerdo con esta concepción, la teoría de las excusas basada en el carácter trae aparejada la conclusión absurda de que Herrin no debería responder por el asesinato de su novia (pues tal acción no es representativa de su carácter). Esto implica un grave problema, pues una teoría que tiene serias implicaciones contra-intuitivas no constituye una buena explicación sobre la forma en que operan las excusas existentes.

c) Finalmente, el tercer aspecto en el que la concepción del retribucionismo que he propuesto resulta preferible al retribucionismo basado en el reproche del carácter es que aquel no tiene las implicaciones perfeccionistas que tiene este. Recordemos que, según NINO, el retribucionismo basado en el reproche del carácter es propio de un Estado iliberal, en cuanto implica un Estado que se entromete en la evaluación del carácter de los individuos y juzga a quienes poseen un carácter defectuoso por no cumplir con ciertos ideales coactivamente impuestos acerca de qué es lo "bueno". Esto es incompatible con el principio de neutralidad ya que, de acuerdo con este, el Estado debería dejar que los individuos decidan por su propia cuenta qué constituye una buena vida, siempre y cuando no afecten derechos o intereses protegidos de terceros.

En contraste, el retribucionismo basado en la retribución de acciones moralmente incorrectas cometidas culpablemente por individuos responsables resulta *prima facie* compatible con un Estado liberal, siempre y cuando las acciones que constituyen incorrecciones morales pasibles de criminalización sean acciones que afecten derechos de terceros. Esto último depende de la teoría de la criminalización que se adopte. En este sentido, si la concepción del retribucionismo que he defendido fuera complementada con una teoría de criminalización iliberal (una teoría que permita la criminalización de acciones que no afecten derechos de terceros) el resultado sería una teoría incompatible con el liberalismo. No obstante, entiendo que el retribucionismo, tal como lo he presentado, admite la adopción de una teoría de criminalización liberal, como podría ser el

moralismo jurídico modesto propuesto por DUFF[91] o incluso el principio de daño formulado por MILL.[92]

Si bien no puedo explayarme sobre las teorías de criminalización en este trabajo, es importante resaltar que el carácter liberal o iliberal del retribucionismo basado en las acciones dependerá de la teoría de criminalización que se adopte. Esto es así ya que, conforme el retribucionismo basado en las acciones, el objeto del castigo es impartir retribución de manera proporcional al merecimiento del infractor, y el merecimiento del infractor se determina por la gravedad de la incorrección moral que cometió y el grado de culpabilidad con el que obró. Si las incorrecciones morales relevantes para el castigo retributivo afectan *necesariamente* a terceros (porque la teoría de criminalización adoptada así lo exige), el retribucionismo implicará únicamente el castigo de quienes hayan realizado tales acciones. De este modo, el retribucionismo resultaría consistente con un Estado liberal.

Esto implica una ventaja del retribucionismo basado en las acciones con respecto al retribucionismo basado en el carácter, puesto que el segundo es necesariamente iliberal en tanto se basa en la evaluación del carácter de los individuos, mientras que el primero puede o no ser liberal dependiendo del criterio que adoptemos para definir qué tipo de acciones constituyen incorrecciones morales criminalizables.

V. Conclusión

Comencé sosteniendo que el retribucionismo, a diferencia de las teorías instrumentalistas, es respetuoso del principio liberal de autonomía personal. Este punto de partida posiciona al retribucionismo en una posición ventajosa respecto de las teorías instrumentalistas, en cuanto a su compatibilidad con el liberalismo.

Establecido este extremo, rechacé los argumentos desarrollados por NINO para sostener que el retribucionismo es incompatible con el liberalismo. En este sentido, argumenté que el retribucionismo no implica el subjetivismo, ya que para que un individuo merezca ser castigado en términos retributivos, debe haber cometido una acción moralmente incorrecta y haber actuado de manera culpable, lo cual excluye el castigo de los meros pensamientos, deseos o intenciones.

[91] DUFF, "Legal Moralism and Public Wrongs", *University of Minnesota Law School: Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 15-17*, 2015.
[92] MILL, *Utilitarianism, On Liberty and Considerations on Representative Government,* London, Dent, 1993.

Asimismo, siguiendo a MOORE, sostuve que el retribucionismo tampoco implica la tesis de que los resultados de las acciones de los individuos son irrelevantes para determinar su merecimiento.

A continuación, rechacé el argumento según el cual la forma más plausible de reconstruir al retribucionismo es como una teoría basada en un reproche dirigido al carácter de los individuos. Sostuve, contra dicha posición, que lo relevante para establecer que un individuo merezca ser castigado no es su carácter defectuoso, sino el hecho de haber cometido una acción moralmente incorrecta y haber obrado de manera culpable. Bajo esta concepción, la determinación de cuáles son las incorrecciones morales relevantes para el castigo estatal se basa en la teoría de criminalización que adoptemos, y la culpabilidad del agente se determina evaluando sus estados mentales. En este punto sostuve que la concepción de control relevante para determinar si un individuo actuó libremente no es la de control causal, sino la de control agencial. Por este motivo, el determinismo descriptivo no representa un problema para la consideración de los estados mentales de un agente como indicadores de su culpabilidad.

Por último, sostuve que el retribucionismo basado en el reproche de las acciones es preferible al retribucionismo basado en el reproche del carácter en cuanto refleja mejor los juicios de reprochabilidad relevantes para el castigo penal, permite explicar de manera más adecuada las excusas morales y jurídicas existentes, y no es necesariamente iliberal.

VI. Bibliografía

BEADE, Gustavo, "Retribución, Inculpación y ¿Perfeccionismo Moral?", Análisis Filosófico XXXV Nro. 2, 2015.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip, *No sólo su merecido: Por una justicia penal que vaya más allá del castigo,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006

COATES, Justin/SWENSON, Philip, "Reasons-responsiveness and degrees of responsibility", *Philosophical Studies* 165, 2013

COATES, Justin/TOGNAZZINI Neal, "The Nature and Ethics of Blame", Philosophy Compass 7/3, 2012

CORLETT, J. Angelo, "Making Sense of Retributivism", *Philosophy*, Vol. 76, No. 295, 2001

DUFF, Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford,Oxford University Press, 2003

—, "Legal Moralism and Public Wrongs", *University of Minnesota Law School: Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 15-17*, 2015

FERRANTE, Marcelo, Filosofía y Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013

FISCHER, John/ RAVIZZA, Mark, *Responsibility and Control,* Cambridge, Cambridge University Press, 1998

HAMPTON, Jean, "The Retributive Idea", en MURPHY, Jeffrie/ HAMPTON, Jean, Forgiveness and Mercy, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968

HEGEL, G.W.F., *The Philosophy of Right* (trad. al inglés por T. Knox) Oxford, Oxford University Press, (1821) 1942

—, "Wrong (Das Unrecht)", en TONRY, M. (ed.), *Why Punish? How Much?: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011

HUSAK, Douglas, "Retributivism *in extremis", Law and Philosophy* 32, 2013

LEVY, Ken, "Why Retributivism Needs Consequentialism: The Rightful Place of Revenge in the Criminal Justice System, *Rutgers Law Review* 269, 2014

MILL, J.S., *Utilitarianism, On Liberty and Considerations on Representative Government,* London, Dent, 1993

MOORE, Michael, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997

MORRIS, Herbert, "Persons and Punishment", *Monist 52*, 1968

MURPHY, Jeffrie, "Marxism and Retribution", en TONRY, Michael (ed.), *Why Punish? How Much?: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011

NAGEL, Thomas, *Mortal Questions*, New York, Cambridge University Press, 1979

NINO, Carlos, "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 12, No. 4, 1983

—, *Radical Evil on Trial,* New Haven, Yale University Press, 1996

—, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007

—, *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas a los derechos humanos?,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2015

—, "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal" (trad. Susana SÁNCHEZ FERRO), conferencia presentada en Oxford en 1992. Disponible en: https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5570 [enlace verificado el 29/02/2020]

PRIMORATZ, Igor, "Arguments Against the Utilitarian Theory", reimpreso en GORR, M./HARDWOOD, S. (eds.), *Crime and Punishment,* 1995

RAWLS, John, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review* 64, 3-13.

STRAWSON, Peter, "Freedom and Resentment", en WATSON, G. (ed.), *Proceedings of the British Academy, Volume 48*, Oxford, Oxford University Press, 1962.

TADROS, Victor, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

TONRY, Michael (ed.), *Why Punish? How Much?: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

ZAIBERT, Leo, "Punishment and Revenge", *Law and Philosophy* 25, 2006.

—, *Rethinking Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 9, pp. 144-167.

Traducciones

#METOO ¿IMPLICANCIAS PARA EL DERECHO PENAL?*

Tatjana HÖRNLE**

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2019
Fecha de aprobación: 2 de octubre de 2019

I. Introducción

Ha pasado un año desde que el movimiento #*MeToo*[***] cobró vigor y, por lo tanto, es un momento oportuno para evaluar este movimiento social y sus posibles implicancias para el derecho penal. Dado que es difícil pensar que los lectores no estén familiarizados con el término, las explicaciones sobre el #*MeToo* pueden ser breves: luego de que se hicieran públicas numerosas acusaciones en contra del productor de cine Harvey Weinstein en octubre de 2017, a la actriz Alyssa Milano se le ocurrió usar la frase "*Me Too*" como un *hashtag* para difundir mensajes a través de las redes sociales. La idea era atraer la atención a la prevalencia del acoso sexual y de la agresión sexual. La campaña #*MeToo* rápidamente atrajo la atención de muchas personas que contaron sus propias historias y tuvo un notable impacto en los destinos de muchas personas poderosas en diversos sectores de la sociedad tales como el ambiente artístico, la política, entre otros.[1] La campaña se extendió simplemente con el uso de dos palabras, "*me too*", como una manera de contabilizar a las víctimas. El objetivo de lo que conocemos como #*MeToo* es que las personas puedan contar sus historias de una manera más exhaustiva y que también puedan nombrar y avergonzar a los individuos que llevan a cabo conductas sexuales inapropiadas. Las acciones nombrar y avergonzar resultaron ser herramientas efectivas que arruinaron las carreras y probablemente perjudicaron las vidas de muchos de los acusados. Wikipedia ahora contiene una entrada llamada "*Efecto Weinsten*", que es definido como una tendencia global donde se hacen públicas las denuncias por conductas sexuales

* Traducción del inglés de Agustina Szenkman (UBA). Publicado originariamente como "#MeToo – Implications for Criminal Law?", en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, n.º 6, 2018, pp. 115-135.

** Profesora de Derecho penal y procesal penal, Derecho comparado y Filosofía del Derecho, Universidad Humboldt de Berlín. Este artículo está basado en el texto de la "Bergen Lecture 2018" del 3 de octubre de 2018. Los enlaces de internet fueron verificados por última vez el 14 de octubre de 2018.

*** "Yo también". En la versión española se ha preferido mantener la expresión en inglés [N. de T.].

[1] Para una descripción de los hechos véase THE NEW YORK TIMES (ed.), #*MeToo*: *Women Speak Out Against Sexual Assault*, New York, The New York Times Educational Publishing, 2018.

inapropiadas contra hombres famosos o poderosos.[2] La revista estadounidense *Time* elige todos los años a una persona, grupo, idea u objeto que haya sido lo que más influyó los hechos del año y, en 2017, asignó ese puesto a un grupo de mujeres llamadas *The Silence Breakers*.[3]

Un año más tarde, hay diferentes formas de analizar la campaña #*MeToo*. Uno podría considerar centrarse en los casos individuales, relatar esas historias y evaluar la validez de las declaraciones hechas por los acusadores y aquellos que tratan de defenderse. Este enfoque tiene muchos problemas: hay demasiadas historias para abarcar, incluso para un libro y, a menudo, la información que se encuentra disponible no permite formar una descripción confiable de los hechos. Es imposible que los usuarios de *Twitter* y otras redes sociales tengan una idea clara de los hechos y este es uno de los problemas más evidentes que presenta #*MeToo*. Otra forma de evaluar la campaña #*MeToo* es a través de la identificación de las características más generales de los sucesos. De este modo, me limitaré a señalar algunos efectos positivos y negativos (sección II). Desde el punto de vista de la sociología jurídica, los aspectos más interesantes son aquellos que se superponen con los asuntos que conciernen al derecho. El movimiento #*MeToo,* como instrumento de control social, puede ser evaluado del mismo modo que el sistema formalizado de control social conocido como derecho penal. Algunas de las preguntas relevantes son, p. ej.: ¿Qué tan eficaz fue este movimiento para prevenir conductas sexuales indebidas? ¿Fortaleció o cambió las normas sociales de conducta en encuentros sexuales? ¿La culpabilidad y las sanciones fueron dirigidas a las personas correctas? ¿La culpabilidad se ajusta a los ilícitos?

Además de esta valoración retrospectiva de los sucesos del año pasado, me interesan las posibles repercusiones que este movimiento puede ocasionar en el área de la política criminal. ¿Sería recomendable ampliar o modificar las descripciones de los delitos que existen en las leyes penales? Este será el tema para la segunda parte de este artículo (secciones III-VII).

II. #MeToo como mecanismo de control social informal

1. Creación de conciencia

El principal logro de la campaña #*MeToo* fue haber levantado el velo de la vergüenza y alentado a las personas a que compartan sus experiencias personales con otros. Ahora sí tenemos, de alguna manera, un panorama más completo de dos hechos: en primer lugar, qué tan frecuentes eran las

[2] Cfr. https://en.wikipedia.org/wiki/Weinstein_effect
[3] Cfr. https://time.com/time-person-of-the-year-2017-silence-breakers-choice/

conductas sexuales indebidas, especialmente en las relaciones de poder; y, en segundo lugar, cómo impactan en las víctimas. Los relatos de las denunciantes demuestran que estar sometido a este tipo de comportamiento puede ser muy desagradable y dañino. Desde una perspectiva legal, el tema fundamental es que ya no es necesario explicar por qué la libertad sexual negativa (el derecho a negarse a tener relaciones sexuales y a estar protegido contra actos sexuales no deseados) es un interés importante[4], y por qué debería ser protegida a través de un control social informal y del derecho penal.

2. Cambio y fortalecimiento de las normas de conducta

¿Cambió la campaña *#MeToo* las normas de conducta que prescriben cómo deben comportarse los seres humanos cuando desean iniciar relaciones sexuales? Esta es una pregunta empírica que es fundamentalmente objeto de estudio para los científicos sociales. Únicamente he encontrado una cantidad limitada de información empírica[5], pero parece factible que el movimiento *#MeToo* haya afectado tanto a la aceptación de las normas sociales como a la predisposición de los individuos de comportarse adecuadamente. Al menos como hipótesis en progreso, uno puede suponer que ha aumentado la cantidad de personas que insisten en que el acoso sexual verbal y el tocamiento indeseado son inaceptables no solo en el ambiente de trabajo, sino también en otros contextos sociales. Otros por lo menos reconocen que evitar este tipo de comportamientos podría ser la estrategia más sensata. Otra pregunta se refiere a cuántas personas realmente aplican estas normas a sus conductas personales. Nuevamente, es probable que el *#MeToo* haya tenido *algunos* efectos preventivos, también como una forma de disuasión. Es muy factible que el hecho de presenciar los efectos perjudiciales de ser públicamente acusado disuada incluso a algunas de esas personas egocéntricas que no se sienten obligadas a respetar las normas sociales. Una disuasión efectiva no significa que todas las personas dejen de acosar y abusar de otras —tanto el control social informal como el derecho penal solamente pueden procurar *reducir* los ilícitos—.

[4] La libertad sexual negativa es diferente a la libertad sexual positiva, y se refiere a la libertad de realizar actos sexuales cuando, como y con quien quiera cada individuo. La ley puede proteger la libertad sexual negativa pero no puede proteger a los seres humanos de la frustración de no conseguir lo que quieren. La libertad sexual positiva solo puede ser fomentada de una forma fragmentaria a través de la reducción de prohibiciones (en comparación con las leyes tradicionales que prohibían las relaciones sexuales fuera del matrimonio o los actos homosexuales) pero la ley no puede garantizarles a los ciudadanos una vida sexual satisfactoria.

[5] Respecto de las encuestas, véase WILLIAMS/LEBSTOCK, "Now What?", en *Harvard Business Review*, enero 2018, pp. 3 ss., en p. 5.

¿Cómo deberían ser evaluadas las normas de conducta que han sido endurecidas y los cambios de comportamiento? Los aspectos positivos y relevantes no pueden ser cuestionados: cuanto más severo sea el acto sexual indeseado, y cuanto más vulnerable sea la víctima en su contexto social, más evidente es que serán de desear prohibiciones sociales efectivas. Aumentar las posibilidades de evitar violaciones es sin duda una buena idea. Los efectos beneficiosos también son evidentes en relación con las agresiones y "ofertas" en jerarquías profesionales y sociales de diversos tipos, donde la gente depende de sus jefes y otras personas que deciden sobre los empleos, roles, proyectos, etc. Sin importar cómo son evaluadas las circunstancias coercitivas en el derecho penal (ver sección VI más adelante), desde un punto de vista social y psicológico, las propuestas sexuales y los tocamientos inapropiados deberían ser evitados en los contextos jerárquicos. Los hombres y mujeres que se encuentran en la etapa inicial de sus vidas profesionales deberían poder transitarla sin inquietudes ni experiencias sexuales incómodas. El movimiento #*MeToo* puso al descubierto la angustia psicológica y emocional tanto de las víctimas como también de otros que han enfrentado la decisión difícil de intervenir o no frente a una situación.[6]

Mientras que los efectos positivos importantes son difíciles de negar, algunos observadores han criticado el movimiento #*MeToo*. Un grupo de francesas, entre las cuales se encuentra la actriz Catherine Deneuve, han expresado algunas reservas y objetan que el movimiento #*MeToo* refuerza concepciones puritanas rígidas y representa una amenaza para la libertad sexual de todo el mundo, incluso de las mujeres.[7] En contra de esta afirmación, la escritora estadounidense Siri Hustvedt argumenta que la sensibilidad y el respeto son condiciones esenciales para poder llevar una vida erótica satisfactoria.[8] En tanto el argumento de Hustvedt es sin dudas convincente, no logra abarcar plenamente los posibles efectos secundarios negativos. En efecto, los comportamientos sexuales inapropiados están incluidos en una categoría que puede ser de lo más variada. Una perspectiva más crítica podría ser adecuada si uno analiza casos-límite de acoso sexual o efectos indirectos e involuntarios de imponer reglas más bien estrictas contra cualquier cosa que pueda percibirse como acoso. Prevenir agresiones sexuales y cambiar el comportamiento de infractores egocéntricos y egoístas es loable, pero si la campaña pública es intensa, puede impactar en los hombres que se encuentran por fuera del espectro de conducta. Mi impresión es que las discusiones han ocasionado una sensación de inseguridad que excede a los productores de Hollywood u otros hombres

[6] Véase para el último punto WILLIAMS/LEBSTOCK, *supra* nota 5, p. 3.
[7] Carta abierta en *Le Monde*, disponible en https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/01/09/nous-defendons-une-liberte-d-importuner-indispensable-a-la-liberte-sexuelle_5239134_3232.html
[8] Entrevista con Siri Hustvedt en *Frankfurter Allgemeine Zeitung,* 8 de septiembre de 2018.

poderosos. En debates sobre delitos sexuales, he escuchado a estudiantes varones, que aparentaban ser agradables y sensibles, expresar desconcierto. Son hombres que *quieren* hacer lo correcto y que *quieren* evitar molestar a otros. Su confusión es entendible. Es sencillo describir lo que constituye una violación, una agresión sexual y un abuso sexual. Sin embargo, no siempre es fácil comprender el concepto de acoso. La diferencia entre un piropo agradable, un cumplido que es apreciado, una broma graciosa con un trasfondo sexual y el momento decisivo en el que estos comportamientos se vuelven desagradables e impertinentes, no es evidente. En casos-límite, colocar la etiqueta de "divertido" o "acoso" a determinadas conductas depende de sutilezas, gustos personales, situaciones y humores. Para los hombres que están preocupados, y para otros también, en un ambiente inseguro, una maniobra natural es evitar estas situaciones-límite y mantener las interacciones humanas dentro de un clima estrictamente asexual. Es una pregunta legítima cuestionar si este es un avance positivo, especialmente si un comportamiento excesivamente cauteloso se convierte en la norma por fuera del ambiente laboral.

3. Mencionar y avergonzar individuos

Si uno pasa de las normas sociales de conducta generales a nombrar y avergonzar a los individuos, se deben mencionar algunas características problemáticas del #*MeToo*. Antes de considerar los aspectos negativos, se deben indicar los posibles efectos positivos para las denunciantes. Desde mi posición de teórica del derecho penal, sostengo que las víctimas de delitos serios poseen un interés legítimo en que el Estado describa el perjuicio ocasionado y culpe a los delincuentes a través de un castigo.[9] Estos intereses legítimos no pueden ser completamente atendidos por las propias acciones de las víctimas, sino que es necesaria la actuación de una tercera parte imparcial, un juez, cuya autoridad sea reconocida por las personas involucradas y por el público en general. Si el contexto es el de un control social informal como es el caso del movimiento #*MeToo*, no hay una tercera parte neutral con la autoridad necesaria para cumplir la tarea de evaluar las acusaciones y la culpa correspondiente. Desde un punto de vista psicológico, podría considerarse como "mejor que nada" si las víctimas en casos de agresión y acoso sexual serios se sienten menos indefensas y perciben cierta sensación de justicia individual. #*MeToo* creó un coro de voces para transmitirles empatía y solidaridad a las víctimas, mientras que el sistema de justicia penal —con

[9] HÖRNLE, "The Role of Victims Rights in Punishment Theory", en BOIS-PEDAIN/BOTTOMS (eds.), *Penal Censure. Engagements Within and Beyond Dessert Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 207 ss.

sus procedimientos más formalizados e intencionalmente vaciados de contenido emocional— pueden ser percibidos como fríos y desinteresados.

Sin embargo, hay motivos para preocuparse si uno observa las prácticas del movimiento *#MeToo* desde una perspectiva que se interese en la equidad procesal y en los resultados fundados en la equidad. Por supuesto que no sería apropiado evaluar los mecanismos del control social informal de acuerdo con los estándares estrictos desarrollados por el derecho penal, ya que se perdería la diferencia crucial que existe entre estos dos sistemas. No obstante, es razonable afirmar que las sanciones que no son triviales merecen un análisis procesal crítico y que la intranquilidad surge cuando hay procedimientos dudosos que conducen a consecuencias graves en la vida de los individuos. Dentro del movimiento *#MeToo*, las acusaciones y las sanciones son inescindibles. Exponer a un individuo como delincuente en las redes sociales implica culparlo y castigarlo al mismo tiempo. Nombrar y avergonzar bajo estas circunstancias implica un trato sustancial y duro que no puede ser revertido. Los efectos pueden ser especialmente perjudiciales si se divulgan al público los detalles íntimos y a veces embarazosos de la vida sexual de la persona acusada. Las denuncias y las revelaciones persisten incluso si los imputados logran defenderse exitosamente ante demandas civiles o en juicios penales. En el proceso penal, el principio de inocencia es un precepto fundamental que busca minimizar los efectos de un juzgamiento prematuro. En Alemania, la televisión o cualquier medio de transmisión en vivo se encuentran restringidos por ley en los juicios penales[10], el público puede ser excluido si se discuten detalles embarazosos[11] y hay restricciones para revelar los nombres de las personas acusadas.[12] Sin embargo, las redes sociales pueden no estar reguladas eficazmente, y no hay manera de controlar si se mencionan los nombres de los supuestos infractores. Así, el control social informal no está sujeto a ningún respaldo como el principio de inocencia o las restricciones legales para la exposición pública.

[10] § 169 *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley de Constitución de los Tribunales). La prohibición general fue sostenida luego de un intenso debate. Véase *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), *BVerfGE* 103 pp. 44 ss.; SAENGER (ed.), *NK-ZPO*, 7.ª ed., Nomos, 2017; § 169 GVG párr. 3. Para desarrollos nuevos véase https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-new-law-allows-broadcasting-and-recording-of-court-proceedings. Las excepciones a la regla de la prohibición general son más bien reducidas. Todavía no está permitida la transmisión de juicios penales.

[11] § 171b *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley de Constitución de los Tribunales).

[12] En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal hace énfasis en que los derechos a la privacidad de los acusados deben ser cuidadosamente ponderados frente a la libertad de información y la libertad de prensa. Cfr. *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional), *BVerfGE* 35 pp. 202 y ss.; también en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1973, pp. 1226, pp. 1228 ss.; *BVerfG*, NJW 2012 pp. 1500 ss.

Las cuestiones relativas a la prueba amplían los problemas sobre la falta de regulación en relación con la posibilidad de mencionar y avergonzar a los acusados. Las acusaciones no necesariamente presentan los hechos de una manera precisa. Los observadores de la campaña *#MeToo* tienden a suponer que las acusaciones hechas por varias denunciantes contra la misma persona pueden ser consideradas confiables. Como regla general, esto podría estar justificado pero esa regla no es *siempre* fiable. Incluso si las acusaciones son similares, las dinámicas subyacentes pueden ser más complejas. El problema probatorio es todavía más complicado si solamente *una* persona afirma haber sido atacada o acosada. Las jerarquías y las presiones en el trabajo y en el ámbito competitivo de las artes escénicas a menudo causan niveles altos de frustración personal y tensiones interpersonales. Los conflictos resultantes pueden distorsionar las percepciones y los recuerdos de personas y situaciones o incluso promover el deseo de vengarse. Las acusaciones extremadamente imprecisas o inventadas probablemente sean raras[13], pero debe haber *algunas* entre los millones de acusaciones dentro de la campaña *#MeToo*.

Incluso si no hay ninguna duda con respecto a la prueba, nombrar y avergonzar públicamente a los acusados puede ser un castigo desproporcionado en algunos supuestos. Para algunos casos más leves de acoso, las reacciones pueden ser demasiado severas, p. ej. si el acusado no solo pierde un trabajo que define su vida sino que también pierde la oportunidad de encontrar un puesto similar en el futuro. Además, las reacciones pueden ser manifiestamente injustas si se daña a terceros ajenos al conflicto. Las acusaciones que atraen mucha atención, principalmente aquellas contra personas prominentes, generalmente también afectan en gran medida a terceros, como la familia del acusado o personas que se sienten culpables por no haber intervenido (véase el suicidio de Jill Messick, el representante de la actriz Rose Mcgowan en el caso Weinstein).[14] El escándalo público también puede alcanzar a terceros que no están acusados de ningún comportamiento sexual indebido, véase la renuncia reciente de Ian Buruma como editor del *New York Review of Books*.[15] Estos efectos secundarios son preocupantes.

[13] Con respecto a las denuncias formales en los procesos penales, hay una discusión en curso sobre cuántas acusaciones podrían ser inventadas. Véase e. g. SCHWENN, "Fehlurteile und ihre Ursachen – die Wiederaufnahme in Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs", en *Strafverteidiger*, n.º 30, 2010, pp. 705 ss., en p. 706; LOVETT/KELLY, *Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases in eleven countries*, 2009, p. 60; FROMMEL, "Begünstigen Opferschutzkampagnen Falschaussagen in Verfahren wegen sexueller Nötigung/Vergewaltigung?", en BOERS *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburstag,* Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, pp. 697 ss.

[14] Cfr. https://www.businessinsider.de/jill-messicks-family-statemente-after-suicide-about-weinstein-mcgowan-and-metoo-2018-2?r=US&IR=T

[15] Véase https://www.theguardian.com/world/2018/sep/29/new-york-review-of-book-ian-buruma-jian-ghomeshi

La crítica precedente se refiere a los peligros para los acusados y otros individuos que los rodean. Otros grupos de preocupaciones pueden surgir desde ángulos diferentes. Si uno se enfoca en los intereses superiores de las víctimas individuales, no está del todo claro si desviar la atención a las infracciones antiguas de otros es siempre la mejor opción. Al menos en relación con los casos más leves, fomentar la imagen de víctima no parecería ser la mejor estrategia para el bienestar individual. El feminismo ha destacado un aspecto similar: poner el énfasis en la victimización no conduce al empoderamiento de las mujeres.[16] Desde el punto de vista de la psicología social, si se pregunta cuál es la mejor manera en que las distintas sociedades pueden abordar el tema, se pueden extraer las mismas conclusiones. Inclusive las sociedades bien organizadas contienen individuos con personalidades narcisistas o con poca inteligencia social y modales desagradables. En el caso de algunas conductas sexuales inapropiadas, entrenar la resiliencia sería más acertado que invertir energía en acusaciones. También podrían surgir argumentos morales en contra de que se nombre y avergüence a los acusados ya que estas reacciones podrían afectarlos desfavorablemente. La cortesía es una cualidad moral que requiere que ciertas faltas y defectos menores de otras personas sean obviados. Por supuesto que estos requisitos de tolerancia no se aplican a casos de agresión o abuso sexual, pero sí en supuestos de conductas ilícitas más leves, que podrían tratarse mejor discretamente que mediante acusaciones públicas severas.

Además, el movimiento #*MeToo* promueve actitudes colectivas que no merecen una alabanza categórica, incluso cuando la indignación es entendible respecto de algunos casos particulares. La satisfacción colectiva que se comparte cuando se "derriba a los poderosos" puede tener matices indeseables. A veces, la línea que divide el empoderamiento propio y la justicia por mano propia es muy fina. Otro motivo de preocupación es que la relevancia de la campaña #*MeToo* podría impulsar la toma de justicia por mano propia en diferentes casos donde hay situaciones controvertidas. En general, difícilmente sea beneficioso utilizar redes sociales para cometer venganzas personales. La creciente brecha que hay entre los diferentes grupos sociales en nuestras poblaciones es un desafío para las sociedades contemporáneas. El uso sistemático de las redes sociales para acusar y perjudicar al otro requiere un escrutinio minucioso, pero esto va más allá del tema de análisis del presente artículo.

4. Un movimiento ambivalente

[16] FLASSPÖHLER, *Die potente Frau: Für eine neue Weiblichkeit*, Berlín, Ullstein, 2018.

Para resumir las consideraciones precedentes: si estuviera obligada a calificar como "positivo" o "negativo" al movimiento #*MeToo* del año pasado, no podría proporcionar una respuesta definitiva y clara en su totalidad.

Con respecto a las normas de conducta, los efectos positivos son, en definitiva, sustanciales. Es un desarrollo digno de elogio si consigue que las normas en contra del acoso sexual, abuso sexual y corrupción sexual comiencen a tener un reconocimiento más amplio y si la disuasión logra funcionar. Esto mejora la seguridad y el bienestar de muchos individuos y reduce los efectos disfuncionales de las prácticas corruptas en instituciones y empresas. No obstante, es pertinente hacer una salvedad: las normas estrictas que apuntan a casos menores de acoso por fuera de las jerarquías y de los ambientes laborales son cuestionables. La producción de un clima generalizado de relaciones asexuales constreñidas podría no ser un buen desarrollo.

El nombrar y avergonzar a los individuos merece ser analizado de una forma más escéptica ya que presenta dificultades serias no solo desde la perspectiva de los acusados sino también con respecto a los intereses compartidos de cómo debemos tratarnos entre nosotros. La idea inicial de simplemente decir "*me too*" —solamente esas dos palabras— no suscitaría objeciones significativas. Sin embargo, las campañas que hemos visto presentan problemas. El uso de las redes sociales para acusar detalladamente a los individuos es un modo ambivalente de ejercer el control social. A cualquiera que desee participar en este movimiento le recomendaría con vehemencia que piense seriamente sobre cuestiones como la imparcialidad y la proporcionalidad, y que autoevalúe de forma crítica los motivos que lo llevan a participar.

III. Del #MeToo al derecho penal

A pesar de que el movimiento #*MeToo* pertenece al campo del control social informal, tiene consecuencias en la economía, la sociología organizacional y el derecho. ¿Cómo pueden organizarse los ambientes laborales para minimizar el acoso y la corrupción sexual? ¿Qué tipo de instrumentos legales deberían ser elegidos para eliminar las conductas sexuales inapropiadas en los lugares de trabajo? El derecho laboral debe encargarse de esta última pregunta. Dado que no trabajo en esta rama del derecho, debo disculparme por omitir gran parte de los asuntos legales. En su lugar, recurro a las normas del derecho penal sustantivo, con las siguientes preguntas: ¿el derecho penal podría aprender algo del movimiento #*MeToo*? ¿Deberíamos proponer cambios a las prohibiciones penales existentes?

La propuesta de una reforma legal no es una demanda social novedosa. En Europa, estamos atravesando cambios fundamentales. Cuando los juristas y los sociólogos escriban sobre la historia de los delitos sexuales, sin duda incluirán al movimiento #*MeToo* en el extenso relato histórico. Las modificaciones legislativas, al menos en el ámbito del derecho penal, casi nunca suceden por el hecho de que algunos expertos las recomienden. Las voces que públicamente expresan la disconformidad con la situación legal actual son un componente crucial para este tipo de cambios. No obstante, el movimiento #*MeToo* no fue la única ni la principal causa de la reforma penal. Las discusiones se iniciaron años antes de la creación del #*MeToo*, entre feministas, (otros) académicos, políticos y legisladores. Cuando comenzó este movimiento social en octubre de 2017, algunas leyes penales ya habían sido modificadas. Un momento decisivo, desde la perspectiva del derecho comparado, fue la sanción de la ley sobre delitos sexuales de 2003 en Inglaterra y Gales. El parlamento alemán aprobó la ley que rediseñaba normas centrales sobre agresión sexual y abuso sexual (§§ 177 y 179 del Código penal alemán) en julio de 2016.[17] Otra reforma legal importante sucedió recientemente en Suecia. Otros países europeos, como es el caso de España, consideran seguir estos pasos.[18] Con respecto a las *futuras* reformas legales, el debate internacional del #*MeToo* podría ser citado como un factor (otros pueden ser casos impactantes, como p. ej. la violación grupal que ocurrió en Pamplona, España, en 2016).[19]

En las siguientes secciones, argumentaré desde la perspectiva de la teoría del derecho penal en lugar de la del derecho penal comparado. Esto significa que no compararé los detalles existentes en las leyes penales de una manera exhaustiva, sino que voy a enfocarme en cómo *debería ser* un sistema de delitos sexuales bien estructurado. El primer paso sería explicar *por qué* las estructuras tradicionales necesitan ser reformadas. Una crítica bien fundada de la legislación actual debería mostrar cómo evolucionó la norma. Hablar de historia legal en nuestro contexto no es simplemente una cuestión de discurso académico, sino un importante punto de partida para las demandas de reformas legislativas. El aspecto crucial es que las versiones tradicionales de los delitos sexuales están basadas en conceptos anticuados. El siguiente paso sería reformular la conducta típica. Uno de los conocimientos que adquirí, por observar y participar de la reforma legal en Alemania, es que la reforma debe seguir distintos pasos. En primer lugar, se deben identificar los defectos de la ley

[17] 50. Strafrenchtsänderungsgesetz, vigente desde el 8 de noviembre del 2016, BGBI. I p. 2460.

[18] Véase para un resumen reciente https://edition.cnn.com/2018/05/24/europe/sweden-rape-consent-law-intl/index.html

[19] Véase para el caso Pamplona https://www.nytimes.com/2018/04/26/world/europe/spain-pamplona-gang-rape-veredict.html

existente. En la política esto suele llevarse a cabo apuntando a los casos individuales en los que los delincuentes no fueron condenados o recibieron una sanción leve, lo que fue percibido como injusto.[20] Tales ejemplos pueden ser útiles como un punto de partida para impulsar una eventual reforma, pero un análisis basado exclusivamente en el estudio de casos es demasiado asistemático. Los sentimientos de injusticia no siempre son compartidos por todo el mundo. En segundo lugar, es esencial que se logre una descripción precisa de los elementos de los delitos. En tercer lugar, los legisladores deben seleccionar cuidadosamente las palabras que utilizarán para describir los delitos. Reformular las descripciones de los delitos puede ser una tarea desafiante ya que se debe pensar minuciosamente cómo clasificar y calificar los delitos, y qué términos son más adecuados para definir las conductas típicas. Usualmente la modificación de la descripción de un tipo penal impacta en todo los delitos sexuales regulados en el código penal. De este modo, siempre es necesario tener en cuenta, de forma general, la sistematicidad y la consistencia entre los tipos. La terminología también puede ser engañosa ya que las expresiones utilizadas, como *Vergewaltigung* en la ley alemana, o *voldtekt,* en la noruega, suelen estar basados en conceptos históricos (ver sección IV.1 sobre la noción tradicional de que los delitos sexuales requieren violencia). Los legisladores necesitan encontrar las palabras que tengan sentido tanto en nuestro lenguaje cotidiano como en contextos legales, y que no estén impregnadas con tecnicismos anticuados. Dejaré las complejidades del tercer paso de la reforma penal a un lado y me enfocaré en el segundo, es decir, el análisis conceptual de la conducta típica.

A esta altura, respecto del derecho penal, debemos dejar el movimiento #*MeToo* atrás. Este movimiento fue impulsado por emociones: el enojo de las denunciantes y la indignación de muchos otros que simpatizaban con ellos. Dentro de un contexto legal, es esencial quitar las emociones de los debates y avanzar más allá de las perspectivas de las víctimas. Las prohibiciones legales deberían estar basadas en un balance justo entre lo que se puede esperar de los ciudadanos de *ambos lados*, es decir, delincuentes potenciales y víctimas potenciales. La fuerza del movimiento #*MeToo* apareció a costa de no tener esta clase de análisis balanceado.

IV. El modelo tradicional de los delitos sexuales

[20] Para ver los argumentos en el debate alemán que se refirieron a las lagunas jurisprudenciales (*Schutzlücken) Bundestagsdrucksache* (Publicaciones del Parlamento Alemán) 18/8210 pp. 8 ss.; GRIEGER (*et al.*), *Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar: Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafechts*, disponible en https://www.frauen-gegen-gewalt.de/de/fallanalyse-zu-schutzluecken-in-sexualstrafecht.html

1. Breve reseña histórica

Para definir a los delitos sexuales, las leyes y los tribunales siempre han tenido que prestar atención a las circunstancias del caso en torno a las actividades sexuales y decidir *qué tipos de actos sexuales* reprimir[21] y *qué condiciones* deben preceder al acto sexual para ser valoradas como "injusto penal". La segunda cuestión es importante para mi análisis. Tradicionalmente, la ley se centraba en lo que el delincuente había hecho activamente antes de comenzar el acto sexual y requería *un actuar con impacto coercitivo*. La conducta típica descripta, p. ej., en las leyes medievales incluía la violencia. Así, la violación requería que el transgresor aplicara violencia para cometer el acto sexual. También, la transgresión sexual era originariamente restringida al coito vaginal que destruía la virginidad de la mujer (o la reputación de ser una "mujer honesta").[22] Una de las razones por las cuales el enfoque tradicional requería violencia era el bajo grado de sofisticación presente en la prueba presentada ante los tribunales medievales, de ahí la necesidad de informes testimoniales sobre gritos y otros signos perceptibles de resistencia.[23] Otro motivo fue que la ley que castigaba la violación no estaba relacionada con proteger la autonomía sexual, sino las nociones antiguas sobre el honor femenino.[24] Además, la ley, nuevamente desde tiempos históricos, continuó con el castigo de una segunda constelación de delitos sexuales abarcados por el "abuso sexual".[25] La idea básica es que bajo ciertas circunstancias, la violencia no es necesaria porque la víctima no es capaz de defenderse a sí misma. Los escenarios clásicos eran tener relaciones sexuales con mujeres dormidas o con mujeres que, por algún motivo, perdieron el conocimiento.[26] Sin embargo, las prohibiciones contra el abuso sexual desempeñaban un rol subordinado. En circunstancias normales, las leyes suponían que la mujer

[21] Una sociedad que no busca su propia extinción no podría criminalizar cada conducta sexual (por lo menos no antes de que se invente la reproducción humana sin la necesidad de tener relaciones sexuales. En escenarios distópicos, podría imaginarse una prohibición total del sexo).

[22] Véase art. 119 Constitutio Criminalis Carolina ("Notzucht"); BURGESS/JACKSON, "History of Rape", en LOS MISMOS (eds.), *A Most Detestable Crime: New Philosophical Essays On Rape,* Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 15 y 17.

[23] Para ver la importancia de lo que se denomina "Gerüfte" (gritos fuertes), cfr. DANE, *Zeter und Mordio!: Vergewaltigung in Recht und Literatur*, Gotinga, Wallsteing Verlag, 2005, p. 23.

[24] KRATZER/CEYLAN, *Finalität, Widerstand, "Bescholtenheit"*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015, pp. 109 ss.

[25] Véanse los títulos del § 174a-174c del Código penal alemán y § 179 (versión antigua, anterior a 2016).

[26] Aparte de la incapacidad física, leyes más antiguas ya habían reconocido que el abuso sexual podía ocurrir a través de la coerción. En algunos contextos institucionales, las personas podían ser intimidadas hasta tal punto que los demás no necesitaban ejercer violencia o amenazarlas para obtener favores sexuales o una obediencia sumisa (véase p. ej. § 174 del *Reichstrafgesetzbuch* alemán 1871, donde se criminalizaban los actos sexuales con profesores, padres adoptivos, médicos en hospitales, etc.).

honesta defendería su honor y que, entonces, los delincuentes necesitarían actuar para superar o anticiparse a esa resistencia física.

El grado de responsabilidad penal se agravó con el paso de los siglos. En el Código Penal del Imperio Alemán de 1871, la mera amenaza de ejercer la violencia complementaba el ejercicio de violencia real. No obstante, la cuestión central persistió en el siglo XX: las definiciones legales de violación y abuso sexual requerían que el transgresor hubiera *hecho algo activamente* para obligar a la víctima a que lo obedeciera. Sus actos coercitivos podían llevarse a cabo mediante el ejercicio de violencia o amenazando a la otra persona con violencia o con sufrir otras consecuencias negativas de gravedad (ver sec. 291 a) del Código Penal Noruego: conductas amenazantes).[27] Aún en la actualidad, las leyes penales en muchos países europeos están basadas en el modelo tradicional. Se podría decir que las leyes penales en Noruega siguen un modelo parcialmente tradicional: existe una norma basada en el consentimiento (sec. 297), pero la pena (multa o prisión que no exceda un año) es baja. La norma central en la sec. 291 con el título "*voldtekt*" todavía sigue una perspectiva tradicional con el enfoque puesto en la violencia, amenaza o incapacidad.

2. Defectos del modelo tradicional

Los delitos sexuales bajo el modelo tradicional tienen un defecto fundamental: no fueron diseñados para proteger la autonomía sexual. Uno tiene que tener en mente que incluso el concepto general de autonomía es relativamente nuevo en la evolución de la historia de la humanidad.[28] La cuestión es todavía más importante cuando se trata de la noción de la autonomía *sexual* y particularmente de la autonomía sexual de las *mujeres.* Durante mucho tiempo las reglas de conducta sexual eran religiosas o morales, pero no instrumentos para proteger las decisiones de los individuos. En otros tiempos, habría sido considerada absurda la idea de que la indiferencia hacia los

[27] En la legislación alemana, hasta 2016, los crímenes de coerción sexual y violación requerían fuerza física, amenazas explícitas de lesiones físicas o el miedo de la víctima de sufrir lesiones físicas. Fueron introducidas pequeñas adiciones al modelo tradicional con la 33.ª Strafrechtsänderungsgesetz, del 1 de julio de 1997, BGBl. I p. 1607: entre 1997 y 2017, el § 177 I n.º 3 del Código penal alemán contenía la siguiente descripción del delito: "coacciona a otra persona aprovechándose de la situación en la cual la víctima se encuentra desprotegida y a la merced del transgresor" (los n.º 1 y 2 contenían las tradicionales cláusulas de "coacción por fuerza o por la amenaza de un peligro inminente para la vida o alguna extremidad"). Esto tenía el propósito de reconocer que el miedo de la víctima de sufrir violencia física no siempre depende de las amenazas explícitas del transgresor. Sin embargo, en 2016, las amenazas que no trataban sobre violencia física no estaban incluidas en la sección de delitos sexuales del Código penal alemán.

[28] Véase SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

deseos individuales de la mujer fuera el núcleo de la transgresión. La invención de la autonomía[29] y la idea de que la ley penal debería proteger a los individuos fueron cambios fundamentales en nuestro marco normativo. El punto de partida actual debe ser la autonomía de las víctimas, o más precisamente, su derecho a la libertad sexual negativa.[30]

Tales cambios fundamentales hacen que sea necesario reexaminar las leyes penales con orígenes más antiguos. En principio, es improbable que las leyes que no fueron diseñadas para proteger la autonomía sexual sean idóneas para ese propósito. Una vez que las premisas normativas han cambiado, las definiciones legales de los delitos sexuales deberían ser reelaboradas sobre la base de una forma genuinamente acorde a estos cambios y que no esté influida por los conceptos tradicionales. Las legislaturas en el período de la posguerra en Europa no le prestaron atención a esto. P. ej., en 1974 los legisladores alemanes revisaron el título en el capítulo del código penal que se refería a los delitos sexuales y los resumieron bajo el título de "protección de la autonomía sexual".[31] Sin embargo, no tomaron ningún paso decisivo para reconsiderar las descripciones de los delitos. Los legisladores deberían comenzar por hacerse la siguiente pregunta: si no tuviéramos prohibiciones legales en contra de las conductas sexuales inapropiadas, ¿cómo deberían ser construidas? Los abogados y jueces, así como también los profesores que escriben comentarios sobre las leyes penales existentes, no están acostumbrados a la idea de diseñar leyes desde cero. Para los científicos conductistas, el llamado efecto *status quo* es un fenómeno con el que están familiarizados.[32] El mismo fenómeno psicológico puede apreciarse si se les pidiera que propusieran normas nuevas a quienes están entrenados para aplicar las normas legales —el sesgo a favor de lo conocido es bastante fuerte, inclusive quizás más pronunciado entre abogados y jueces que en otras profesiones—. En las discusiones anteriores a la reforma del derecho penal alemán en 2016, los opositores al cambio argumentaron que la autonomía sexual estaba de hecho protegida por la antigua ley[33]: las personas están *o bien* incapacitadas o coaccionadas con violencia o amenazas, *o* simplemente aceptan la oferta de la otra persona y el sexo se vuelve consensuado. Sin embargo, esta percepción

[29] Véase *supra* nota 28, y SIEDENTORP, *Inventing the Individual*, Londres, Penguin Press, 2015, respecto del cambio normativo aún más revolucionario, hacia la persona individual.
[30] Véase HÖRNLE, "Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und Kriminalpolitische Forderungen", en *Zeitschrift für die gesamten Strafrenchtswissenschaften (ZStW)*, n.º 127, 2016, pp. 851 ss.
[31] 4.ª Strafrechtsreformgesetz, 23 de noviembre de 1973, BGBl. I p. 1725.
[32] Véase, p. ej., SAMUELSON/ZECKHAUSER, "Status Quo Bias in Decision Making", en *Journal of Risk and Uncertainty*, n.º 1, 1988, pp. 7 ss.
[33] FISCHER, "Nocheinmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention", en *ZeitschriftfürinternationaleStrafrechtsdogmatik (ZIS)*, n.º 10, 2015, pp. 312 ss., y pp. 318 s.

no tenía en cuenta las complejidades de la realidad social, y era conceptualmente defectuosa ya que la falta de violencia y la falta de alguna incapacidad no significan la presencia de consentimiento.[34]

V. Nuevos paradigmas para definir la agresión sexual

1. Consentimiento y comunicación

La nueva redacción de las leyes penales debería comenzar con la idea de que los nuevos paradigmas deben ser el centro para evaluar las conductas sexuales como delitos. La valoración tradicional se enfocaba *exclusivamente* en el mal moral que cometía el transgresor cuando activamente coaccionaba o abusaba de otros. Si las leyes aspiran a proteger la libertad sexual negativa, los rasgos que deben constituir el núcleo de la transgresión deben ser circunstancias distintas a las de antes. Las preguntas centrales deberían ser: ¿qué quería la denunciante? ¿Sus deseos estaban basados en procesos de toma de decisiones no deficientes? ¿Cómo se comunicó la denunciante con la otra persona? Si la denunciante no expresó su desaprobación, ¿fue debido a la incapacidad o a una situación altamente coercitiva? Cambiar el enfoque no significa que la conducta del delincuente ya no importe. La validación del consentimiento de la víctima y la relevancia de los factores coercitivos sin dudas pueden depender de lo que hizo el delincuente. Sin embargo, las descripciones de las conductas llevadas a cabo por un transgresor como coerción o abuso son solo una porción de un análisis más amplio y complejo que debería enfocarse en la *interacción entre el infractor y la víctima*.

Así, respecto de las leyes penales nacionales, usualmente las legislaturas se amparan en la falta de consentimiento como un elemento central de los delitos sexuales; véase, p. ej., la Ley de Delitos Sexuales inglesa de 2003. De acuerdo con las noticias periodísticas, el gobierno español está planeando una reforma similar.[35] La nueva ley sueca utilizó la expresión *frivilligt* (voluntariamente). Desafortunadamente, no se entiende por completo a qué se refieren las leyes penales cuando se refieren al consentimiento de la víctima en las descripciones de los delitos. La noción de consentimiento requiere cierta clarificación. Uno puede entender al consentimiento y a la voluntariedad como un *estado mental interno*, y de esta forma parece ser comprendido en el derecho

[34] Para una crítica a la vieja norma véase ESTRICH, *Real Rape*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1988; SCHULHOFER, *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Cambridge MA, Harvard University Press 1998; KRATZER, "Die Geschichte des Vergewaltigungstatbestandes – Aufbruch contra Konservierung", en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, n.º 93, 2010, pp. 86 ss.; HÖRNLE, "Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte", en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, n.º 10, 2015, pp. 206 ss.

[35] Cfr. https://www.theguardian.com/world/2018/jul/18/spain-to-introduce-yes-sexual-consent-law

inglés.[36] Si se sigue esta interpretación, el factor decisivo es lo que la víctima realmente quería, mientras que la pregunta sobre qué *comunicó* solo surge en relación con la prueba, como un indicador de un estado mental interior relevante.

Desde mi punto de vista, hay problemas serios si se pone un énfasis fuerte en los estados mentales internos. En algunos casos-límite, incluso una persona honesta y considerada podría tener problemas en dilucidar si, semanas o meses atrás, realmente quería eso. La representación mental de querer algo puede ser percibida como un estado de consciencia distinto y definido, pero puede que no necesariamente sea ese el caso. Por ello, la mejor opción será llegar a decisiones legales que puedan ser tomadas sin recurrir a la a veces difícil reconstrucción del estado mental subjetivo. En segundo lugar, constituye una cuestión de equidad enfocarse en el consentimiento expreso en lugar de aquella voluntad interior o tácita. El derecho penal moderno puede y debe reconocer no solo los deberes de los transgresores, sino también las obligaciones de aquellos que alegan ser víctimas de un delito. Los psicólogos y los sociólogos pueden explicar por qué algunas personas, particularmente algunas mujeres, pueden sentirse reticentes a comunicar su voluntad abiertamente en contextos sexuales.[37] En el derecho penal, la línea general que divide entre conductas legítimas e ilegítimas, debe ser demarcada de acuerdo con parámetros más estandarizados de cómo los ciudadanos deberían comportarse y comunicarse entre ellos. Desde este punto de vista, los conceptos centrales en los delitos sexuales del derecho penal moderno deben ser consentimiento *y* comunicación.

Tanto la nueva ley penal alemana como la sueca reconocen que la comunicación es relevante. En la primera, la descripción de la conducta típica requiere que la oposición sea manifiesta (sec. 177 I), y de acuerdo con el debate parlamentario se tuvo especialmente en cuenta que lo comunicado por la víctima era lo central respecto de lo que se considera manifiesto.[38] En el derecho sueco (Código penal sueco, cap. 6 sec. 1), este tipo de explicación está contenida en la propia letra de la ley. Aquí encontramos la cláusula que estipula: cuando se juzga si la participación fue voluntaria o

[36] STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 9: "Falta el consentimiento cuando la persona no quiere tener relaciones sexuales".
[37] FRITH, "Sexual scripts, sexual refusals and rape", en HORVARTH/BROWN (eds.), *Rape. Challenging contemporary thinking*, Londres, Willan Publishing, 2009, pp. 99 ss., en p. 103 s.
[38] *Bundestagsdrucksache* (BT-Drs.) 18/9097, pp. 22 s.

no, debería ser especialmente considerado si la voluntad ha sido expresada en palabras o a través de algún acto o de alguna otra forma.

2. ¿"No es no" o "solo sí es sí"?

¿Qué tipo de comunicación debería requerirse para marcar el límite entre los actos sexuales legítimos e ilegítimos? Para entender las diferencias entre los modelos en discusión, es útil bosquejar distintos escenarios comunicacionales. En el primero, todas las personas involucradas expresan su consentimiento. Este es un caso normal de relaciones sexuales, pero bajo ciertas circunstancias puede convertirse en abuso sexual (p. ej., si una de las personas involucradas es un niño). En el segundo, no hubo comunicación debido a que las denunciantes posteriores *no pudieron* comunicarse (estos son los supuestos de incapacitación). En el tercer tipo de casos, las denunciantes comunicaron que no querían participar en actos sexuales. Finalmente, el cuarto escenario engloba los supuestos en los que la comunicación habría sido posible pero no sucedió.

La tercera constelación de casos (las denunciantes comunicaron que no querían participar en actos sexuales) y sus consecuencias legales pueden ser resumidas con el eslogan "no es no". Si lo que las prohibiciones legales buscan proteger es la libertad sexual negativa, entonces es apropiado que la responsabilidad penal recaiga en la otra persona. Él o ella debe respetar la negativa expresada verbalmente o a través de gestos inequívocos o conductas, p. ej., empujar al otro, llorar, tratar de irse, etc. La comunicación de un "no" es un requisito suficiente. El derecho penal no necesita preguntar —ni debería importarle—: "¿por qué la víctima *no hizo nada más* aparte de decir que no?". Esto era lo que hacía el enfoque tradicional al culpar solo a los transgresores que evitaban que la víctima escape o se resista físicamente a través de la fuerza o de amenazas. Pero nuevamente, el núcleo de la conducta típica es la negación a respetar el derecho a la libertad sexual negativa del otro, no las amenazas o la violencia. La violencia o las amenazas realzan la gravedad del ilícito como elementos adicionales, pero no constitutivos para la existencia del ilícito.

El debate contemporáneo sobre la reforma de las leyes se concentra en la elección entre el modelo de "no es no" y "solo sí es sí" (consentimiento afirmativo). La diferencia se vuelve relevante cuando uno recurre al cuarto escenario: la denunciante *podría haber* comunicado su falta de consentimiento, pero *no lo hizo*. La frase "podría haber comunicado" es importante, si la víctima estaba dormida, bajo los efectos de anestésicos o en un estado de estupor debido a una intoxicación, este es el caso de incapacidad. Los casos debatidos en el cuarto escenario son aquellos que un

observador describiría como poco claros o ambivalentes. Las descripciones "poco claros" o "ambivalentes" pueden ser adecuadas si las personas involucradas habían tenido alguna interacción amistosa previa (como sería el caso si hubieran tenido una cita o hubieran sido amigos que pasaban tiempo juntos) y, ante la situación de una propuesta sexual, una de las personas permanece pasiva (no da una respuesta afirmativa ni negativa) o intercala entre señales de consentimiento y señales de desacuerdo. Esos comportamientos dejarían al hipotético observador perplejo.

El modelo "solo sí es sí" insiste en que debe haber un consentimiento afirmativo. La falta de consentimiento hace surgir responsabilidad penal en la otra persona.[39] Desde la perspectiva del modelo "no es no", las situaciones que resultan realmente ambivalentes no derivarán en una sanción penal. Antes de que proceda a defender la visión del nuevo derecho alemán, se debe hacer énfasis en una cuestión: no es asunto nuestro la moral ni la educación. Para las reglas morales, especialmente las reglas morales de conducta que se les enseñan a los adolescentes, podría ser una buena idea mantener estándares altos de consideración y sensibilidad, y recomendar consultar en caso de que no se esté seguro de los deseos de la otra persona.[40] Las valoraciones que se recomiendan para aplicar una sanción penal son diferentes debido a las consecuencias graves que acarrea para la vida de los condenados por delitos sexuales (también en el caso de aquellos que simplemente están acusados de haber cometido un delito sexual). En el ámbito del derecho penal, cabe resaltar, no solo para los casos de delitos sexuales, que las víctimas tienen derechos *pero también* obligaciones en cuanto víctimas.[41] El derecho penal asigna responsabilidades a los ciudadanos en ambos extremos de lo que podría denominarse "interacción víctima-delincuente". Por supuesto que el derecho penal no enuncia los deberes de las víctimas explícitamente. Las descripciones de los delitos solo definen qué tipo de conductas desencadenan la responsabilidad penal. Sin embargo, muchas definiciones de conductas típicas *implícitamente* requieren que las víctimas se hayan comportado de cierta manera para que luego el derecho pueda establecer que han sido perjudicadas. El delito de agresión sexual debería estar formulado de tal manera que supusiera la obligación de comunicarse. Si la denunciante

[39] Para este enfoque véase LITTLE, "From No Means No to Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law", en *Vand. L. Rev.*, n.º 58, 2005, pp. 1321 ss.; TUERKHEIMER, "Affirmative Consent", en *Ohio St. J. Crim. L.,* n.º 13, 2016, pp. 441 ss.; ANDERSON, "Negotiating Sex", en *S. Cal. L. Rev.* , n.º 78, 2005, pp. 1401 ss.; HERNING/ILLGNER, "'Ja heißt Ja' – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht", en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, n.º 49, 2016, pp. 77 ss.; DOUGHERTY, "Yes Means Yes: Consent as Communication", en *Philos. Public Aff.*, n.º 43, 2015, pp. 224 ss.

[40] Para filosofía moral véase DOUGHERTY, *supra* nota 39.

[41] HÖRNLE, "Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht", en *Goltdammer's Archiv.* (GA), n.º 156, 2009, pp. 626 ss.; HÖRNLE, *supra* nota 9.

es un adulto que tiene capacidad de pensar y expresar su voluntad, cualquier ambivalencia puede disolverse rápidamente: un simple "no" o un gesto de rechazo es suficiente. El requisito de clarificar los deseos de cada uno es razonable si la situación fuera realmente ambigua o uno de los involucrados se comportara de una forma inconsistente. Con respecto a la otra persona, el estigma "delito penal" es demasiado fuerte si la situación era confusa o ambivalente. Una cosa es entender las dificultades que puede entrañar ser directo y juzgar como desconsiderada e insensible la conducta asertiva del sujeto activo —usualmente masculino— (sí; efectivamente él debería haber preguntado), pero otra cosa es tildar esa acción de delictiva.

La solución alemana en nuestra nueva ley combina la perspectiva del modelo "no es no", como característica estándar, con la solución propuesta por el modelo "solo sí es sí" para resolver algunas circunstancias excepcionales. Desde mi punto de vista, es un compromiso delicado. La idea general es no castigar a aquellas personas que iniciaron un acto sexual en situaciones confusas o ambivalentes. Esto significa que la ley reconoce, implícitamente, una obligación de la otra parte de ser transparente. El pasaje relevante en la descripción del delito es el siguiente: "en contra de la voluntad manifiesta de otra persona" (sec. 177 I del Código penal alemán).[42] Si las denunciantes argumentan que no querían participar en actos sexuales, tendrán que aceptar la objeción de que deberían haber comunicado sus deseos. Sin embargo, las valoraciones sobre lo que es justo para ambos sujetos cambian si la denunciante sufre una falta de capacidad para juzgar la situación o responder adecuadamente, y el transgresor se aprovecha de eso. La obligación de comunicar, como parte de lo que se espera de los ciudadanos, solo puede ser asumida por los adultos con una capacidad normal de discernimiento. Si la denunciante estuviese seriamente embriagado o sufriese de una deficiencia mental, y el transgresor se aprovechara de eso, el derecho alemán aplica la perspectiva del modelo "solo sí es sí" (ver § 177 II n.º 2 del Código penal alemán). Esto no significa que esté prohibido tener relaciones sexuales con una persona ebria o que posee una discapacidad mental, pero la otra persona, la más competente, debe obtener el consentimiento. Si esta persona no obtiene el consentimiento, va a ser acusada de agresión sexual incluso aunque la víctima no haya manifestado un "no" explícitamente.

VI. Circunstancias coercitivas

[42] Otras descripciones de delitos (§ 177 II del Código penal alemán) describen situaciones de incapacidad (en las que la comunicación no es posible, p. ej., si el tocamiento sexual ocurriera rápidamente y de forma sorpresiva o si la víctima estuviera inconsciente, n.º 1, 3) y de amenazas preventivas y situaciones de coerción (n.º 4, 5).

Los temas que se tratarán a continuación conciernen a los casos en los que el "sí" fue manifestado. En ciertas condiciones, que se hayan dicho expresiones como "sí" o "está bien, lo voy a hacer" no significa impunidad para el transgresor. Para ejemplificar, que la víctima haya dicho "está bien" mientras le apuntaban un arma a la cabeza no puede considerarse como un consentimiento válido. El desafío de un enfoque comunicativo es distinguir entre acuerdos que fueron comunicados y que son relevantes como un consentimiento válido, y expresiones verbales y otros signos que son jurídicamente irrelevantes.

Con respecto a nuestro tema, la pregunta interesante es: ¿cuándo es excluido el consentimiento por la coerción si los adultos están de acuerdo en tener relaciones sexuales en un contexto profesional (o de otro tipo) de jerarquía? ¿Qué situaciones deberían considerarse similares a la que ocurre en el ejemplo del arma? Llegado este punto debemos, por un momento, mencionar nuevamente el movimiento #*MeToo*. Algunos de los casos del #*MeToo* claramente merecen la etiqueta de "agresión sexual" cuando las denunciantes dijeron "no" y la otra persona hizo caso omiso de su rechazo, o si fue un supuesto de ataque sorpresa en el que la víctima no dispuso del tiempo para comunicar su desacuerdo. Los casos restantes son los más difíciles y son aquellos en que la denunciante no tenía el deseo personal de tener sexo pero sin embargo decidió contener su aversión hacia la situación y manifestó un "sí". Los relatos del #*MeToo* muestran que es considerado muy injusto que las personas, en su mayoría hombres, utilicen su poder profesional o social para obtener favores sexuales. Desde la perspectiva legal, la mera descripción de "asimetría de poder" es, no obstante, insuficiente para categorizar a los actos sexuales como delitos penales.

Nuevamente, es esencial distinguir de manera precisa entre, por un lado, la empatía que se tiene hacia la persona que se encuentra bajo presión y los juicios morales y, por el otro lado, las valoraciones jurídicas. Un rasgo positivo del movimiento #*MeToo* es que logró incrementar la concientización sobre lo difícil que puede ser el rechazo si hay personas influyentes que se encuentran en la posición de hacer o destruir carreras cuando les apetezca. Según la moral, uno puede argumentar que es una falta moral inmiscuirse en la esfera de la vida sexual de otra persona si no hay indicios de que esta sienta atracción o deseos de contacto físico. Sin embargo, incluso en el área de la moral, queda un espacio abierto para el debate. A veces los seres humanos consienten en relaciones sexuales a pesar de que realmente no las deseaban para satisfacer sus propios placeres. ¿Es moralmente incorrecto aceptar un favor de la pareja que realmente no deseaba tener un encuentro sexual, o pagar por servicios sexuales? Dejaré los enigmas morales a un lado, pero haré hincapié en que incluso si se considerara moralmente incorrecto, no deberíamos concluir

directamente en que ese tipo de conducta debería ser prohibida por el derecho penal. Para los propósitos del derecho penal es necesario prestar atención a los detalles.

Las valoraciones jurídicas se deben enfocar en la auto-responsabilidad personal y en la auto-competencia. Normalmente esperamos un mínimo grado de responsabilidad por parte de los ciudadanos.[43] Usualmente el Estado no debería tener la función de examinar los motivos de las personas para dar su consentimiento para tener relaciones sexuales. Las personas pueden tomar la decisión de aceptar o iniciar actos sexuales por motivos que no están relacionados con sus placeres. Los motivos pueden ser, p. ej., una preferencia para evitar conflictos, la admiración por una persona prominente, o la expectativa de recibir algún beneficio económico, profesional o social. Solo en casos excepcionales el derecho debería interesarse en *por qué* alguien consintió en un encuentro sexual: si el proceso de toma de decisiones ha sido deficiente, podría no ser apropiado suponer la auto-responsabilidad. Más allá de la edad prematura, la intoxicación, los deterioros cognitivos generales y las enfermedades mentales, las valoraciones jurídicas que se realizan en este proceso de toma de decisiones se apoyan en el concepto de coerción, pero ¿qué califica como coerción? En el campo de la filosofía moral, el debate sobre la coerción es altamente complejo.[44] Para el derecho penal, la tarea es algo más sencilla y consiste en identificar los casos más severos en que una persona le genera una presión excesiva a la otra.

Para reiterar: la sensación de los afectados de que tal vez fueron coaccionados puede ser un punto de partida para una investigación minuciosa, pero no resulta en sí misma decisiva. Una manera de estructurar el análisis normativo consiste en distinguir entre coacción generada por un acto y coacción generada por una situación. Los casos sencillos son aquellos en que el transgresor inicia la transformación de un encuentro profesional o social ordinario en un encuentro sexual al anunciar las consecuencias negativas que sufrirá la víctima si decide no cooperar. Las amenazas graves no necesariamente se refieren al ejercicio de la violencia física, p. ej., el anuncio de que la víctima perderá su trabajo también es considerado una amenaza.[45] Bajo la influencia de una amenaza grave

[43] El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en relación con la cláusula sobre la dignidad humana que está en el art. 1 I de la Constitución alemana, recalca que la responsabilidad personal forma parte central del punto de vista constitucional de los seres humanos; al respecto, p. ej., *BVerfGE* 133 pp. 168 ss., en p. 197.

[44] Véase, p. ej., WERTHEIMER, *Coercion*, Princeton, Princeton University Press, 1989.

[45] Algunas amenazas implícitas merecen una sanción penal porque no sería convincente atribuirle responsabilidad a la víctima. Este es el caso en que una amenaza implícita de violencia física conduce a que la víctima tolere actos sexuales mientras se mantiene en silencio. Si es conocido tanto por el transgresor como por la víctima que el rechazo de la propuesta o del acto sexual implicaría el ejercicio de la violencia física por parte del transgresor, requerir que de todas formas la víctima exprese su desacuerdo sería ampliar demasiado sus obligaciones.

manifestada por el transgresor, no debe considerarse como consentimiento jurídicamente válido el hecho de que la víctima responda que está de acuerdo y que lo hará.

Ante la ausencia de una coerción generada por un acto, ¿cómo debería ser evaluada una coerción que deriva de una situación? ¿Qué sucede si, p. ej., se entendiera que la actriz que no coopera probablemente no consiga el rol que desea y necesita desesperadamente? Desde un encuadre psicológico, este supuesto es similar al caso en el que se expresa la amenaza explícita: "vas a ser despedido". Ambos denunciantes, empleado y actriz, informarían haberse sentido bajo una enorme presión. No obstante, desde una perspectiva jurídica, uno debería resaltar la distinción. Acceder a un avance sexual para mejorar una posición preexistente es diferente a hacerlo con el objetivo de prevenir un perjuicio injustificado de una posición que jurídicamente corresponde tener y conservar.[46] En otras palabras, una empleada que posee un contrato de trabajo puede tener la expectativa de, bajo la protección que brinda el derecho, conservar su trabajo a menos que ella infrinja sus deberes profesionales. Si el jefe amenaza con finalizar el contrato por razones que no están relacionadas con el trabajo, este escenario debería ser considerado como una situación jurídicamente coercitiva y jurídicamente relevante. La actriz de mi ejemplo es un caso diferente. Para ella, consentir relaciones sexuales que no son deseadas significa aprovechar la oportunidad de *mejorar* su situación, mientras que el productor de la película no tiene ninguna obligación laboral hacia ella. Yo trazaría el límite aquí y no hablaría de situaciones coercitivas *en sentido jurídico* si la amenaza implica una omisión sin que haya un deber jurídico de actuar. En tales circunstancias, las etiquetas "agresión sexual" y "abuso sexual" no se aplican. El derecho penal protege las libertades de los individuos, y la posibilidad de mejorar la situación de cada uno a través de la concesión de favores sexuales puede ser vista como la ampliación de esa libertad en lugar de una restricción. En el ámbito del derecho laboral, hay *otras* buenas razones para ser más restrictivo y prohibir las ofertas sexuales en estructuras jerárquicas con el propósito de minimizar los conflictos en los ambientes de trabajo y limitar la corrupción y el nepotismo, en interés de terceros.

VII. Acoso sexual

La expresión "acoso sexual" en el lenguaje cotidiano abarca una gama amplia de conductas. Incluye el contacto sexual físico pero también una variedad más extensa de injerencias que no son físicas, como p. ej. bromas sexuales groseras o comentarios sexuales, salvapantallas con imágenes pornográficas en oficinas compartidas o presionar a alguien para salir con esa persona. En el caso de

[46] Véase WERTHEIMER, *supra* nota 44, pp. 202 ss.

que haya contacto físico, una descripción de un delito diferente, denominado "acoso sexual", no sería estrictamente necesaria dado que ese tipo de supuestos quedarían categorizados como agresión sexual. Sin embargo, esto requiere que los parámetros de castigo sean flexibles, lo que significa que en la escala penal el mínimo no sea demasiado alto. En relación con la gravedad del delito, hay una diferencia considerable entre que el acto sexual haya sido una relación sexual o simplemente colocar la mano en el pecho de una mujer. Si las legislaciones contienen penas con un mínimo relativamente alto para la agresión sexual y quieren reservar esta denominación para los delitos más serios, tiene sentido *una descripción adicional* para los delitos de acoso sexual físico. En la actualidad, esta es la solución alemana: el § 184i del Código penal alemán abarca los tocamientos de índole sexual no consentidos; la pena es mucho menor que la correspondiente en los casos de agresión sexual. A pesar del título no especificado (acoso sexual) en el § 184i, la descripción del tipo penal requiere que haya contacto físico entre el autor y la víctima y no incluye el acoso verbal.

¿Deberían las leyes penales modernas incluir prohibiciones que abarquen el acoso sexual verbal? En nuestro lenguaje cotidiano y en el derecho laboral, es común considerar al concepto "acoso sexual" de forma más amplia. En el ámbito del derecho penal, resulta cuestionable si este tipo de conductas también deben ser perseguidas. Desde mi punto de vista, el acoso sexual verbal y otras formas de conductas ofensivas que no se entrometen en la esfera física no deberían constituir delitos en el derecho penal. He remarcado en diversos puntos de este artículo que el derecho penal tiene un rol distintivo que no debe ser confundido con los objetivos morales y educacionales más amplios. Los teóricos del derecho penal utilizan la expresión en latín *ultima ratio* —lo que significa que el derecho penal debe ser el último recurso— para resumir esta noción. Un motivo importante para respaldar el principio de *ultima ratio* es que los sistemas de justicia penal nunca tienen recursos ilimitados, siempre será necesario utilizarlos de manera prudente y, por lo tanto, enfocarse en las infracciones más graves. Además, restringir las prohibiciones legales a aquellos actos que son evidentemente indebidos es una cuestión de justicia para potenciales acusados. Más arriba, en la sección II.2, he señalado que no siempre es posible definir de manera clara y definitiva el límite entre una broma graciosa con contenido sexual y una broma que la audiencia o las partes consideran ofensiva. Incluso si los tribunales penales estuviesen de acuerdo en los límites, lo que es improbable, sería necesario que se aceptaran algunas libertades de acción en cuestiones de gustos y consideraciones en la sociedad. Los empleados podrían tener buenas razones para procurar un ambiente laboral armonioso y prohibir todo tipo de comportamientos que podrían provocar quejas. Pero nuevamente, este asunto podría reservarse al ámbito del derecho laboral. En la esfera pública

y en la vida privada de las personas, el derecho penal no puede funcionar como un amortiguador universal en contra de todos los sujetos desagradables e insensibles, y no debería ser convertido en un instrumento para alcanzar la perfección moral.

VIII. Anotaciones finales

¿Qué puede y qué debe ser inferido del movimiento #*MeToo* de acuerdo con los propósitos del derecho penal? Mi respuesta es: no mucho. Ha sido útil para afianzar con firmeza algunas valoraciones normativas entre el público general, principalmente que la libertad sexual negativa debe ser tomada en serio. Esto es importante ya que el modelo tradicional de violación y de agresión sexual no fue desarrollado para proteger la libertad sexual negativa. Sin embargo, entre las acciones denunciadas por el movimiento #*MeToo* y las prohibiciones del derecho penal es necesario que exista un filtro. Las emociones como el enojo o la indignación, así como las valoraciones morales, no deben ser transcriptas directamente en delitos penales. Lo que se necesita es una normativa de análisis que reconozca dos premisas. En primer lugar, el rol limitado que cumple el derecho penal (el principio de *ultima ratio*). En segundo lugar, la necesidad de basar las descripciones de los delitos con una visión balanceada de las libertades, los deberes y la obligaciones que existen entre los ciudadanos, incluyendo las obligaciones de las posibles víctimas. Los teóricos del derecho penal deberían invertir una mayor cantidad de tiempo en reflexionar sobre el consentimiento, la comunicación y la coerción. Los legisladores deben planear las reformas legales cuidadosamente, ya que requieren un entendimiento acabado de los diferentes modelos y conceptos antes de redactar los detalles de las descripciones de los delitos. Mi opinión sobre las reformas legislativas es que, en la práctica, el razonamiento de los políticos encargados de aquellas suele ser superficial o avanza demasiado rápido. Podría ser una ventaja no haber sido el primer país en Europa que rediseñó su regulación para los delitos sexuales. Si Noruega o las legislaturas de otros países consideran llevar a cabo una reforma, esto debería ocurrir tras un estudio profundo sobre el tema y luego de prestar atención a las experiencias de otros países.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 9, pp. 168-180.

DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA: CONTINUIDAD Y RADICALIZACIÓN

Prof. Dr. Dr. *h.c.* Kai AMBOS*

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2018
Fecha de aprobación: 15 de agosto de 2019

El derecho penal nacionalsocialista no apareció de la nada, ni desapareció por completo después de 1945. Desde un punto de vista retrospectivo, respecto del tiempo anterior a 1933 (post Weimar), se trata de una actualización dirigida de modo racista (antisemita), populista ("germana") y totalitario de las tendencias autoritarias y anti-liberales del derecho penal alemán de fines de siglo y de la República de Weimar (*Kontinuitätsthese*).[1] Prospectivamente —respecto de la época posterior a 1945 (República de Bonn)— existió una continuidad personal y material,[2] también y especialmente en el ámbito universitario,[3] razón por la cual no contribuía a la carrera universitaria ocuparse científicamente de la renovación nacionalsocialista.[4] Esta mencionada continuidad se

* Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Comparado e Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen, Juez en el Tribunal Especial de Kosovo, en La Haya, y asesor (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia. Publicado originalmente en GA 2019, pp. 220-228 bajo el título "Nationalzozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung". Traducción a cargo de Leandro A. Dias (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Se trata, al mismo tiempo, de una recensión del libro *Doctrina penal nazi* de Eugenio R. ZAFFARONI (Buenos Aires, 2017). De la investigación para realizar esta recensión se originó un breve estudio (AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2019; versión en español: *Derecho penal nacionalsocialista*, traducido por José R. Béguelin y Leandro A. Dias, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020), en el que pueden encontrarse referencias detalladas y al que, por razones de espacio, se realizarán remisiones.

[1] Fundamental, MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, pp. 247 ss., 270 s. y *passim*; también, RÜPING, en DREIER/SELLERT, *Reich und Justiz im »Dritten Reich«*, 1989, pp. 180 y 192; WOLF, JuS 1996, p. 195; HARTL, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, 2000, p. 377; CATTANEO, *Strafrechtstotalitarismus*, 2001, p. 223; VOGEL, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, 2004, pp. 8 ss., 18 y 20; HOYER, en ÍDEM *et al.*, *GS Eckert*, 2008, p. 359; ZAFFARONI, *supra* nota *, pp. 129 ss. En este contexto, la llamada "disputa de escuelas" también está demostrando ser menos controvertida de lo que se supone generalmente, cf. AMBOS, *supra* nota *, pp. 49 ss. (en especial con referencia a NAUCKE).

[2] Fundamental, MARXEN, *supra* nota n.° 1, pp. 254 ss.; VOGEL, *supra* nota n.° 1, pp. 14 ss. y 43 ss.; en resumen, WOLF, *supra* nota n.° 1, p. 189 ss.; RÜTHERS, JZ 2017, pp. 457 ss.

[3] Los profesores universitarios sospechados de haber formado parte del nacionalsocialismo fueron considerados, por regla general, como "simpatizantes" y recibieron una prohibición de dar cátedra temporalmente limitada (por regla general, no se impusieron multas), de modo que en todo caso después de cierto tiempo pudieron volver a las universidades. Cf., p. ej. sobre HENKEL, DAHM y SCHAFFSTEIN, AMBOS, *supra* nota *, p. 36 (con nota 110) y pp. 87 ss.

[4] Cf., p. ej., la referencia de Herbert JÄGER a la respectiva advertencia de su maestro HENKEL (JÄGER, en HORSTMANN/LITZINGER, *An den Grenzen des Rechts*, 2006, p. 49) o HOYER, *supra* nota n.° 1, p. 351 (con referencia a la investigación de historia del derecho sobre, entre otros, la Escuela de Kiel, de Jörn ECKERT).

explica no solo a través del extendido silencio ("silencio comunicativo")[5] —solo uno de los científicos del derecho penal incriminados se distanció *abiertamente* de sus posturas anteriores[6]—, sino también por la ausencia de una asunción de responsabilidad personal, que fue sancionada por el gobierno de ADENAUER desde las más altas esferas, a partir de la "política de la *tabula rasa*".[7] El derecho penal nacionalsocialista, entonces, pudo, por un lado, vincularse al pasado —en el sentido de la mencionada *tesis de la continuidad*— (post Weimar) y fue continuado (personal y materialmente) (República de Bonn); por otro lado, se presentó también la radicalización del derecho penal anti-liberal y autoritario (*tesis de la radicalización*).[8] La reconstrucción identitaria del mito germánico por la "nueva derecha" de la idea de pueblo en la República de Bonn contribuyó a un renacimiento inesperado.[9]

La monografía, editada hace relativamente poco tiempo, del famoso profesor de derecho penal argentino, ZAFFARONI, sobre la doctrina penal nazi[10] obliga a ocuparse (nuevamente) de esta cuestión y en detalle. Esto se debe no solo a la importancia preminente del autor en el mundo de habla hispana y portuguesa,[11] sino también en razón de la enorme importancia de la ciencia jurídico-penal alemana en Latinoamérica y la conexión con el nacionalsocialismo que desde hace tiempo existe allí (especialmente en Argentina).[12]

---

[5] Cf. LÜBBE, *Vom Parteigenossen zum Bundesbürger*, 2007, p. 32; recientemente, FROMMEL, JZ 2016, pp. 913, 916 y 919; ÍDEM, JZ 2017, p. 455 y RÜTHERS, *supra* nota n.º 2, p. 457.

[6] A saber, SCHAFFSTEIN MSchrKrim 48 (1965), p. 67; crítico en ese sentido, AMBOS, *supra* nota *, p. 90 (con nota 436); sobre el distanciamiento en el ámbito privado de DAHMS y Erik WOLF, ÍDEM, pp. 88 s. (con nota 431) y p. 127 (con nota 681); previamente ya, VOGEL, *supra* nota n.º 1, p. 109 ("gran fracaso ético-científico").

[7] Cf. la toma de posición programática de Konrad ADENAUER en la 7.ª sesión del gabinete federal, el 29/6/1949, en el marco de una discusión acerca de la amnistía, disponible en: http://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1949k/kap1_3/para2_4.html. [Enlace verificado el 5 de agosto de 2019]. Sobre el apoyo activo hasta 1989 (!) de los autores del nacionalsocialismo encarcelados por el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores y la Cancillería Federal, ahora BOHR, *Die Kriegsverbrecherlobby - Bundesdeutsche Hilfe für im Ausland inhaftierte NS-Täter*, 2018.

[8] Sobre el concepto, VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2015, pp. 153, 181, 184, 188, 204, 212, 268 y 272.

[9] Cf. GEYER, FAZ, 7/6/2018, p. 13. Sobre la nueva derecha y el paralelismo con el nacionalsocialismo, recientemente, CZOLLEK, *Desintegriert Euch!*, 2018, pp. 13 s. y 33.

[10] ZAFFARONI, *supra* nota *.

[11] Sobre la carrera y la obra de ZAFFARONI, AMBOS, *supra* nota *, pp. 16 s.

[12] Al respecto, recientemente en forma de una novela-documental, GUEZ, *Das Verschwinden des Josef Mengele,* 2018, pp. 30, 36, 45 y *passim* (e-book).

El trabajo, que puede conectarse con el tratamiento previo que hizo ZAFFARONI del derecho penal nacionalsocialista como editor de la colección sobre el "penalismo olvidado"[13] y con una serie de otros trabajos de colegas latinoamericanos sobre el derecho penal nacionalsocialista,[14] consiste en nueve capítulos, cuyo prólogo en español fue realizado por el penalista español MUÑOZ CONDE: los primeros tres capítulos se refieren a las bases de la ideología nacionalsocialista y el marco institucional del Estado nacionalsocialista; los capítulos cuatro a ocho se ocupan, posteriormente, de la dirección político-criminal en sentido estricto y de la dogmática jurídico-penal del derecho penal nacionalsocialista, donde ZAFFARONI coloca en el foco de la discusión a la llamada Escuela de Kiel, con sus protagonistas DAHM y SCHAFFSTEIN; el último capítulo, el noveno, resume los desarrollos y brinda unos valiosos pensamientos sobre recepción y continuidad en Latinoamérica.

I. Fundamentos del derecho penal nacionalsocialista: comunidad del pueblo entendida de modo sanguíneo y Estado del Führer

Ya en el capítulo introductorio (pp. 27 ss.), ZAFFARONI destaca la importancia de la dogmática jurídico-penal alemana para Latinoamérica, en especial con una mirada puesta en el desarrollo entre 1933 y 1945, y así confirma la importancia de su trabajo precisamente para el círculo de lectores alemanes. Él menciona una serie de razones del éxito de la dogmática jurídico-penal alemana en Latinoamérica, en especial la oferta de soluciones racionales, o al menos no muy irracionales (p. 31), pero al mismo tiempo advierte de una absorción que olvida la historia. A esa historia también pertenece, justamente, el derecho penal nacionalsocialista, con cuya ayuda se legitimó el genocidio de la manera más "fina" (íd.). Este derecho penal, a su vez, no habría surgido de la nada, sino que habría sido el producto de una "Europa racista", bien que la perspectiva racista se habría radicalizado y reforzado (p. 32). De este modo, ZAFFARONI sitúa al nacionalsocialismo en la continuidad histórico-política de su época, que más tarde se compromete a probar también para el pensamiento específicamente penal. Ya en este punto le pone nombre —adecuadamente— al núcleo del pensamiento nacionalsocialista: la exaltación racista de la comunidad del pueblo alemán a través del recurso romántico y biologicista a la idea de los arios germánicos (p. 37).[15]

[13] Cuatro volúmenes (dos en 2009, luego uno en 2011 y otro en 2017) han sido publicados por la misma editorial que se encargó de publicar el libro que se discute aquí, todos los cuales contienen introducciones de ZAFFARONI.

[14] Se hace referencia aquí especialmente a MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 2003, y LLOBET RODRÍGUEZ, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, 2018; en detalle, sobre la discusión en español y portugués, AMBOS, *supra* nota *, pp. 139 ss. y *passim*.

[15] Sobre la idea de derecho germano, cf. AMBOS, *supra* nota *, p. 26 con nota 57.

Luego se centra en el racismo nazi específico de los juristas: ZAFFARONI le dedica el segundo capítulo (pp. 41 ss.), y aquí también pone de relieve la continuidad histórica. Él considera el racismo específico del nacionalsocialismo como una continuación del romanticismo jurídico que halló su apogeo cuando se puso el foco en la comunidad del pueblo alemán y en el Führer alemán, y que enriqueció el racismo con un componente específicamente antisemita (pp. 42 ss. y 61 ss.). Él ubica el racismo nazi en el contexto de los genocidios (p. 43) europeos neocoloniales (pasando por alto la mencionada influencia de los Estados Unidos), pero lo diferencia del racismo evolutivo inglés de Herbert SPENCER, en el cual —y aquí hay que completar la explicación insuficiente de ZAFFARONI— se da una evolución social (en el sentido de una continuación del desarrollo) en cuyo transcurso se impone la "raza" más fuerte, la blanca, en el marco de una selección social-darwinista.[16] En cambio, en el racismo nacionalsocialista se trataría de un racismo "involutivo" al modo de Arthur de GOBINEAU,[17] según el cual —al contrario del racismo evolutivo— la sociedad racialmente pura (la raza superior aria) todavía debería lograrse, es decir, la comunidad del pueblo alemán primero tendría que ser depurada de elementos "impuros" —en el sentido de un retroceso (involución)— (pp. 45 s.).[18]

Esto conduce a la institucionalización del Estado nacionalsocialista (cap. 3, pp. 85 ss.), cuyos predecesores intelectuales son hallados por ZAFFARONI en las figuras de Ernst Rudolf HUBER, Ernst FORSTHOFF y Carl SCHMITT (pp. 87 s.).[19] Esta institucionalización está caracterizada, por completo, por la realización de la apostrofada comunidad del pueblo. ZAFFARONI cita aquí en extenso un conocido discurso de GÖRING ante la Academia de Derecho Alemán (*Akademie fur Deutsches Recht*), en el año 1935, en el que puso de relieve que el Estado nazi no era un fin en sí mismo, sino un medio para un fin, precisamente para la realización de la comunidad del pueblo "de la misma

[16] Cf., especialmente, SPENCER, *Principles of Biology*, 1864, en donde, con apoyo en *On the Origin of Species* de DARWIN, traslada el lema del "*survival of the fittest*" a la sociología y la ética, pero sin tomar como base de su teoría social la selección natural en el sentido darwiniano. Antes bien, su darwinismo social está influenciado por el lamarckismo, es decir, por la (compleja) tesis del biólogo francés Jean-Baptiste LAMARCK sobre la herencia genética de determinados rasgos adquiridos del carácter (al respecto SPENCER, *Social Statistics*, 1851 y *The Social Organism*, 1860). ZAFFARONI, no obstante, no cita este trabajo.

[17] GOBINEAU, *Essai sur l'inegalité des races humaines*, 1853-1855.

[18] No obstante, la influencia de GOBINEAU en el racismo nacionalsocialista se encuentra discutida, cf. solo KALE, *Modern Intellectual History* (MIH) 7 (2010), pp. 33 y 59 ss. (donde se señala: "Gobineau's influence on German racism has been repeatedly overstated…").

[19] En detalle sobre estos autores, en especial la lucha de SCHMITT contra el principio de legalidad, AMBOS *supra* nota *, pp. 36 s.

especie".[20] GÖRING propagaba la superioridad de la raza aria y del derecho nórdico-germánico respecto de las personas de los "Mares del Sur", quienes no entendían ese derecho y cuyo propio derecho, a su vez, "nosotros no comprendemos y ni aceptamos".[21] ZAFFARONI observa, al respecto, que esa discriminación no se dirige contra Latinoamérica, sino contra Italia (pp. 86 y 96). No obstante, esto es dudoso, porque, por un lado, la discriminación de los "isleños de los Mares del Sur" era expresión del difundido pensamiento jurídico colonialista ("civilizado") de aquella época —y en ocasiones también actual—, dirigido contra el "nuevo mundo", y, por otro lado, el fascismo italiano sirvió de modelo al nacionalsocialismo en muchos aspectos;[22] también en el ámbito jurídico-penal existía una cercanía ideológica.[23]

La "comunidad del pueblo", en cuanto eje y punto crucial del proyecto nacionalsocialista, también se halla, en lo sucesivo, en el centro de las reflexiones de ZAFFARONI: con razón subraya varias veces que no se trató de una figura existente *a priori*, sino de un mero proyecto político del nacionalsocialismo, que precisamente todavía tenía que ser realizado. Y para realizarlo era necesaria, justamente, la coerción jurídico-penal, pues si ya hubiera existido una comunidad del pueblo homogénea, tal coerción habría sido absolutamente innecesaria (pp. 127 s. y 293). Paralelamente, se llevó a cabo la supresión de derechos a través de la despersonalización de aquellos ciudadanos que no pertenecían a la "comunidad del pueblo ario" (pp. 97 ss.). Al respecto, ZAFFARONI remite con acierto a la creación de Karl LARENZ —en un abandono consciente del "individualismo ético-subjetivo del derecho natural tardío" y con un giro hacia el "derecho como forma de vida de la comunidad del pueblo"— de restringir la participación plena en el tráfico jurídico a los "compatriotas del pueblo" ("*Volksgenossen*"), porque solo estos podían ser reconocidos como miembros de valor íntegro de la comunidad jurídica ("compatriotas jurídicos" ["*Rechtsgenossen*"]) en razón de su pertenencia al pueblo alemán y a la sangre alemana.[24] Ciertamente, de ello debía

[20] GÖRING, *Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft*, 1935, p. 6.

[21] ÍDEM, p. 13.

[22] HITLER era admirador de MUSSOLINI (al respecto, NOLTE, *Der Faschismus in seiner Epoche*, 1963, pp. 32 s., 50, 55 y 291) y numerosos símbolos nacionalsocialistas tienen origen italiano-fascista (p. ej., el saludo alemán, que está copiado del "saludo romano", y los estandartes "romanos" de las unidades del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán; respecto del carácter de modelo del Imperio Romano, p. 500).

[23] Cf., por un lado, DAHM/SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933, p. 40 (el fascismo italiano como ejemplo de la "concepción de Estado nacionalista y total", no obstante con la misma acentuación del pueblo que la postura nacionalsocialista); por otro lado, GRISPIGNI (1941), en GRISPIGNI, Filippo/MEZGER, Edmund, *La reforma penal nacional-socialista*, 2009, p. 70 con nota 12.

[24] LARENZ, en DAHM *et al.*, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, pp. 225, 228, 238 s. y 241 ("miembro jurídico es solo quien es compatriota del pueblo; compatriota del pueblo es quien es de sangre alemana"). Con esto, debería ser reemplazado el § 1 BGB (Código Civil), que reconocía la capacidad jurídica de "toda persona" (íd.).

seguirse que solo los "compatriotas del pueblo" podían tener los plenos deberes frente a la comunidad del pueblo y al Führer (líder) —en última instancia no tenían derechos, sino únicamente deberes— (p. 101).

El pensamiento colectivista-populista necesariamente condujo a la sustitución del derecho penal liberal por un derecho penal "total", eticizante y desformalizado de la voluntad, que también se puso al servicio de la realización de la comunidad nacional racista y entendida en términos de sangre y de la voluntad del líder.[25] En este modelo, incluso los jueces tenían que servir a la comunidad del pueblo y, por tanto, al Führer; es decir, no eran limitadores autónomos del poder punitivo del nuevo Estado, sino que tenían que actuar con el fin de realizarlo —incluso si eran personalidades líderes nacionalsocialistas — y, por supuesto, solo en perjuicio de los presuntos delincuentes.[26]

II. Derecho penal nacionalsocialista y neokantismo

ZAFFARONI le dedica un capítulo completo a la incidencia del neokantismo en la teoría jurídico-penal nacionalsocialista (pp. 161 ss.). La renormativización del derecho penal producida por este a través del método teleológico sería, por un lado, una respuesta a la teoría positivista de la peligrosidad y a la criminología biologicista y, por otro lado —más allá del discurso jurídico-penal—, expresión de la cultura revitalizada frente a las ciencias naturales. Desde la perspectiva jurídico-penal se debe subrayar que el neokantismo, por un lado —como si fuera en un meta-nivel—, le dio empuje a una normativización y una eticización del derecho penal[27] y, por otro lado —en el nivel dogmático jurídico-penal—, esquematizó el fundamento filosófico-jurídico de la teoría neoclásica del delito, con el descubrimiento de los elementos subjetivos del ilícito[28] y el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad[29].[30] Pero todos los fundadores del neokantismo jurídico liberal —salvo Gustav RADBRUCH— ya habían muerto cuando los nazis llegaron al poder en el año 1933. Y el

[25] En detalle, AMBOS, *supra* nota *, pp. 38 ss.

[26] Cf., p. ej., SIEGERT, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, 1934, p. 19, según quien el juez, cuando no hay ley ni derecho consuetudinario, tiene que "actuar según el espíritu del pueblo y del liderazgo"; más referencias en AMBOS, *supra* nota *, pp. 35 f., 38 y 99 ss. (Escuela de Kiel).

[27] Cf. ZIEMANN, *Neukantianisches Strafrechtsdenken*, 2009, pp. 120 ss., 125 ss. y 137 s.

[28] MEZGER, *Der Gerichtssaal* (GerS) 89 (1924), pp. 207 y 259 ss.; HEGLER, ZStW 35 (1915), pp. 19 y 31 ss.; MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, pp. 11 s. y 185 ss.

[29] MAYER, *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 1901, pp. 24 s. y 102 ss.; FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, pp. 9 ss.; posteriormente, p. ej., también WOLF, *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, 1933, pp. 38 ss.

[30] Cf. también MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939, pp. 144 ss.; secundariamente, MARXEN, en ROTTLEUTHNER, *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, 1983, p. 56.

propio RADBRUCH y otros adeptos del neokantismo liberal, p. ej., Max GRÜNHUT (1893-1964) o James GOLDSCHMIDT (1874-1940), fueron apartados de sus cargos por los nacionalsocialistas relativamente rápido,[31] de manera que, según la tesis de ZAFFARONI (pp. 170 ss.), los valores neokantianos solo podían ser cumplidos por el derecho nazi.

Sin embargo, como ya se ha desarrollado en detalle en otro lado,[32] esta tesis no es sostenible. El neokantismo "no es una escuela acabada",[33] sino un "movimiento político de múltiples ramificaciones",[34] existente desde fines del siglo XIX, que unifica las más diversas corrientes (individuales y colectivas).[35] De ahí que no sea sencillo determinar el contenido básico del neokantismo (jurídico). Por un lado, se diferenciaba metodológicamente, a causa de la distinción entre realidad (materia, ser) y valor (forma, deber),[36] y de modo fundamental de la eticización del derecho penal nacionalsocialista y su método de neutralización de los opuestos.[37] Por otro lado, se ha de diferenciar entre el neokantismo y las doctrinas materiales del valor o bien del ser, dominantes desde la década del treinta,[38] y orientadas fenomenológicamente, de Max SCHELER[39] y Nicolai HARTMANN[40].[41] Sin dudas, pueden ser consideradas como punto de partida o fundamento filosófico-jurídico del nacionalsocialismo,[42] pues precisamente lucharon contra el formalismo neokantiano y

[31] Cf. WAPLER, *Werte und das Recht. Individualistische und kollektivistische Deutungen des Wertbegriffs im Neukantianismus*, 2008, p. 23.

[32] AMBOS, *supra* nota *, pp. 68 ss.

[33] Cf., p. ej., HOLZHEY, en: RITTER/GRÜNDER, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 1984, p. 749; similar ZIEMANN, *supra* nota n.º 27, p. 23.

[34] WAPLER, *supra* nota n.º 31, p. 29.

[35] Al respecto, con referencias adicionales, HOLZHEY, *supra* nota n.º 33, pp. 747 ss.; también ÖSTERREICH, Friedrich, *Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie Friedrich Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie*, 1951, pp. 416 ss.; sobre las diferentes orientaciones individualistas o colectivistas WAPLER, *supra* nota n.º 31, pp. 18 ss. y 213 ss.

[36] WAPLER, *supra* nota n.º 31, pp. 37 s., 42 s. y 155 s.; LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994, p. 333; DREIER/PAULSON, en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1999, pp. 13 y 237; VON DER PFORDTEN, JZ 2010, pp. 1024 (1026); disiente ZIEMANN, *supra* nota n.º 27, pp. 105 s.

[37] Así, distintos autores del nacionalsocialismo se han manifestado explícitamente en contra del dualismo metodológico, o bien de la idea de separación, cf. WAPLER, *supra* nota n.º 31, pp. 32, 249 s. y 258 y AMBOS, *supra* nota *, p. 40 con nota 137 y p. 98 con nota 476.

[38] WAPLER, *supra* nota n.º 31, p. 162.

[39] SCHELER, *Vom Umsturz der Werte*, 1916; ÍDEM, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 1919.

[40] HARTMANN, *Ethik*, 1926.

[41] Cf., en ese sentido, también SCHMITT, *FS Forsthoff*, 1967, pp. 37 (44, 49); igualmente: WIEGAND, *Unrichtiges Recht*, 2014, pp. 79 ss.

[42] Sobre las tendencias nacionalsocialistas de la doctrina de los valores, p. ej., AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 141, 224 y 226 ss.; WAPLER, *supra* nota n.º 31, pp. 243 ss.; también, FROMMEL, *supra* nota n.º 5, p. 913 (sin referencias).

su neutralidad ideológica[43] y, en lugar de ello, propagaron la fusión (nacionalsocialista) del ser (*Sein*) con el deber ser (*Sollen*), así como la eticización y la espiritualización metafísica del derecho (penal).[44] La crítica clásica a la fundamentación valorativa del derecho, a saber, en cuanto crítica contra la fundamentación de valores puramente intuitiva, intersubjetiva e incomprensible, que en última instancia conduciría a una "tiranía irracional de valores"[45] por sobre el derecho,[46] en realidad se dirige también, y sobre todo, contra las teorías valorativas materiales. Pero se condenaría por igual a justos y pecadores si se rechazara *in limine* toda fundamentación valorativa del derecho en razón de la "tiranía de los valores" nacionalsocialista.[47] Los mencionados valores (pluralistas) del Estado constitucional liberal, como p. ej., en especial, la dignidad humana, la justicia y la igualdad material, sin dudas pueden contraponerse a tendencias totalitarias y contrarias a los derechos humanos de un programa normativo.[48] Así, tampoco resulta sorprendente que en la república de la Ley Fundamental (Bonn y Berlín) haya persistido la ciencia del derecho valorativa, en diferentes variantes dentro del discurso jurídico, así como en el derecho penal, con orientaciones valorativas neokantianas.[49]

Todo esto es ignorado soberanamente por ZAFFARONI. Clasifica ciertos pensadores en el neokantismo (jurídico) sin haber definido lo que significa. Su descripción de la llamada Escuela de Neokantismo de Marburgo (SCHWINGE/ZIMMERL) es también superficial, ya que menciona su obra principal[50] solo en una nota a pie de página y se ocupa de dos obras individuales menos importantes.[51] Esto es particularmente problemático porque en el momento de su publicación la obra principal también fue percibida por los opositores al régimen nazi como una expresión de

[43] Cf. ZIEMANN, *supra* nota n.º 27, p. 133; también, MARXEN, *supra* nota n.º 1, pp. 55 y 170 ss.

[44] Sobre la transformación sustantiva del concepto (originalmente formal) de valor, en ese sentido, ZIEMANN, *supra* nota n.º 27, pp. 138 ss.; también, VOGEL, *supra* nota n.º 1, p. 72.

[45] El concepto se origina en HARTMANN, *supra* nota n.º 40, p. 524. No obstante, fue utilizado en su contra por sus críticos, cf., p. ej., SCHMITT, *supra* nota n.º 41, pp. 37 ss. y 59.

[46] BOCKENFÖRDE, en DREIER, *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, 1990, pp. 33 ss. y 41 ss.; anteriormente ya MITTASCH, *supra* nota n.º 30, pp. 32 s.; recientemente (como crítica a la ciencia metafísica del derecho, con verdades cargadas ideológicamente y basadas en la sustancia) LINDNER, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, 2017, pp. 4 ss. y 181.

[47] Asimismo, STARCK, en DREIER, *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, 1990, p. 50.

[48] Sobre la respectiva orientación valorativa basada en los derechos humanos del derecho comparado, véase: AMBOS, *Rechtswissenschaft* (RW) 2017, pp. 247 y 271 s.

[49] Cf. solamente ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 7 Rn 27 (desarrollo y continuidad de las posiciones "neokantianas del período de entreguerras que… fueron enterradas durante la época nazi…").

[50] SCHWINGE/ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1934 (de ZAFFARONI, *supra* nota *, p. 268 y *passim*, citado incorrectamente como monografía); una síntesis en AMBOS, *supra* nota *, pp. 61 ss.

[51] SCHWINGE, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, 1938; ZIMMERL, *FS Gleispach*, 1936, p. 173.

resistencia, sobre todo frente el nacionalsocialismo fanático representado por la Escuela de Kiel.[52] La otra cara de la exagerada crítica de ZAFFARONI al neokantismo es, además, la presentación completamente acrítica del ontologismo finalista de WELZEL. Este último es estilizado por ZAFFARONI como el superador del derecho penal (neokantiano) del nacionalsocialismo. Sin embargo, esto ni siquiera corresponde al estado de la investigación en el círculo jurídico[53] de habla hispana y es insostenible, aunque solo sea porque numerosos escritos de WELZEL entre 1933 y 1945 indican una proximidad nacionalsocialista.[54] En última instancia, aquí ZAFFARONI demuestra ser un finalista ortodoxo (y anti-causalista), cuyo ojo finalista lo deja ciego.

III. Derecho penal nacionalsocialista autónomo y a través de la Escuela de Kiel

La Escuela de Kiel ("una facultad de pelotón de asalto"[55]) pretendía fundamentar un derecho penal nacionalsocialista autónomo: una superación de todo vestigio del liberalismo ilustrado y una diferenciación clara respecto del neokantismo cargado de nacionalsocialismo de la escuela de Marburgo.[56] De este modo se convirtió en el sostén más importante con el que contó el régimen nacionalsocialista en el ámbito de la ciencia jurídico-penal. Por eso ZAFFARONI le dedica, con razón, tres capítulos (6-8), en los que presenta, en lo esencial, la teoría central de la lesión al deber (pp. 197 ss.), así como el camino hacia un concepto unitario de la figura delictiva (*Deliktstypus*) por medio de la abolición de la teoría del delito tradicional (de tres niveles), en especial de las categorías del ilícito (pp. 231 ss.) y de la culpabilidad (pp. 255 ss.). La Escuela de Kiel había sido más consistente en este sentido, ya que desde el principio se había propuesto crear un nuevo derecho penal nazi autónomo, sobre las ruinas del derecho penal liberal-individualista de la Ilustración (pp. 284 y 290).[57]

La contribución probablemente más importante de la escuela de Kiel al derecho penal nacionalsocialista fue el escrito programático redactado en conjunto por DAHM y SCHAFFSTEIN —

[52] Véase, MITTERMAIER, SchwZStR 52 (1938), 209, pp. 211 ss.; RADBRUCH, SchwZStR 1939, pp. 109 s.

[53] Cf. el trabajo ya citado de LLOBET, supra nota n.º 13, pp. 247 ss.; más referencias en AMBOS, *supra* nota *, pp. 139 ss.

[54] Lo que comienza con su escrito de habilitación patéticamente (*Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935), cf. AMBOS, *supra* nota *, pp. 134 ss.; un análisis detallado de los trabajos pertinentes, recientemente en STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, 2018, pp. 17 ss.

[55] ECKERT, en: SÄCKER, *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, pp. 37 ss.

[56] En detalle, AMBOS, *supra* nota *, pp. 87 ss.

[57] Similar ya MITTERMAIER, SchwZStR 52 (1938), p. 210 ("… orientación casi revolucionaria").

que lamentablemente ZAFFARONI solo menciona al pasar (p. 203)[58]— "Liberales oder autoritäres Strafrecht" ("Derecho penal liberal o autoritario").[59] Sobre esta base, DAHM y SCHAFFSTEIN han proyectado un derecho penal nacionalsocialista autoritario en numerosas obras individuales, que se pueden resumir en los conceptos de lealtad (a la comunidad nacional), honor, lesión al deber, intuición concreta de las esencias (orientada según la idea de ordenamiento de SCHMITT[60]), derecho penal de la voluntad de autor, y el tipo de desvalor total ("figura delictiva").[61] El núcleo de la disputa entre "los de Kiel" y "los de Marburgo" residió, por tanto, solo en definir qué postura —lesión al deber o doctrina teleológica del bien jurídico— era más apta para superar el pensamiento liberal;[62] se trató, en última instancia, de una *disputa ficticia o aparente*.[63]

En este contexto, ZAFFARONI (pp. 246 ss.) también se dedica a Erik WOLF (1902-1977), pero no le hace justicia, porque solo abarca sus escritos relevantes de manera incompleta y no refleja la compleja carrera de WOLF: el giro nazi en la doctrina del tipo de autor/de ánimo y el posterior alejamiento (difícil de precisar temporalmente).[64]

IV. Recepción y continuidad en Latinoamérica

En su capítulo de cierre —importante para la historia de la recepción del derecho penal alemán en Latinoamérica y su relación actual— (pp. 277 ss.), ZAFFARONI se dedica en un primer momento a la relación entre la dogmática jurídico-penal y el sistema político. Allí aboga primero en favor de un derecho penal humano —en línea con su publicación paralela[65]— y advierte sobre las tendencias inhumanas del derecho penal moderno, que también podrían tomar prestada la dogmática jurídico-penal nacionalsocialista (pp. 277 s.). ZAFFARONI reitera su convencimiento de que la ciencia jurídica está condicionada por el contexto cultural y socio-político, por lo que también advierte, en cuanto a la recepción de la ciencia jurídico-penal, sobre la adopción ciega de la dogmática jurídico-penal

[58] En detalle, empero, ZAFFARONI, en ÍDEM, DAHM/SCHAFFSTEIN, "¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?", 2011, pp. 7 ss.
[59] DAHM/SCHAFFSTEIN, supra nota n.º 23; una síntesis en AMBOS, *supra* nota *, pp. 92 ss.
[60] Véase, p. ej., DAHM, en ÍDEM *et al.*, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, p. 86 y 101. Sobre la idea de ordenamiento de SCHMITT, en ese sentido, AMBOS, *supra* nota *, p. 63 con nota 267.
[61] En detalle, con referencias adicionales, AMBOS, *supra* nota *, pp. 102 ss.
[62] Cf., en este sentido también contra SCHAFFSTEIN, SCHWINGE/ZIMMERL, *supra* nota n.º 50, pp. 48 s. y 67 (allí intentan, entre otras cosas, demostrar la proximidad entre la doctrina de la lesión al deber y el pensamiento individualista del liberalismo).
[63] Cf. AMBOS, *supra* nota *, p. 63 (con nota 264), 75 y 107.
[64] Cf. sobre la carrera profesional y la obra de WOLF, en detalle, AMBOS, *supra* nota *, pp. 119 ss.
[65] ZAFFARONI, *Derecho penal humano*, 2017.

alemana (pp. 279 s.): en una adopción de esta clase siempre habría que prestar atención a dos aspectos, a saber, por un lado, uno metodológico, con vistas a la adopción de la dogmática en sentido estricto para el perfeccionamiento y la profundización del derecho propio; por el otro, empero, justamente también un aspecto político —frecuentemente desatendido—, con miras al contenido de esa dogmática.

Al mismo tiempo, ZAFFARONI —de forma erudita y autocrítica— tacha de parcial la recepción del derecho penal alemán en Latinoamérica a mediados del siglo XX, es decir, una recepción del derecho penal inspirado en el nacionalsocialismo, en especial de los autores de la Escuela de Kiel (p. 172), con lo que se recogió los "restos de una guerra dogmática entre nazistas". La supuesta cientificidad o neutralidad científica de estos profesores de derecho penal dio lugar, según ZAFFARONI, a una desorientación de la ciencia jurídico-penal latinoamericana, pues parecía haber caído en el olvido que "nunca puede haber *asepsia ideológica* cuando se proyectan decisiones de poder, porque lo impide la propia *naturaleza de las cosas*".[66] Al mismo tiempo, ZAFFARONI estima que el instrumental que brinda la dogmática jurídico-penal es absolutamente apto para contribuir al desarrollo de un derecho penal humano, pero que la experiencia nacionalsocialista indica que también podría ser pervertido y, por tanto, dar lugar a que se pierdan los fines humanos de todo derecho penal (pp. 281 s.). ¡Pero la dogmática jurídico-penal, por sí sola, no protege contra graves violaciones a los derechos humanos!

Por último, ZAFFARONI advierte sobre la *continuidad* del pensamiento nacionalsocialista en el derecho penal actual, en especial en el latino (pp. 299 ss.). ZAFFARONI ve el núcleo de este pensamiento en el concepto de la comunidad del pueblo (pp. 289 ss.). Por último, el derecho penal nacionalsocialista, también y, especialmente el de la Escuela de Kiel, remite según ZAFFARONI a una ética imaginaria de la comunidad del pueblo y del Führer, con la que se sustrae de cualquier clase de control empírico (p. 299). Los contenidos políticos del irracionalismo romántico del nacionalsocialismo habrían sido incorporados a la ciencia del derecho penal para poder castigar del modo más severo a aquellos que se opusieran al programa del nacionalsocialismo y al modelo de sociedad nacionalsocialista (íd.). ZAFFARONI reconoce la continuidad de este pensamiento también en el presente (latinoamericano), entre otras cosas bajo la forma de la moralización del derecho penal, de un terrorismo mediático y de la estigmatización de disidentes, y también, y especialmente,

[66] Bastardillas del original; coincidente, GUZMÁN DALBORA, Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC, Buenos Aires) VII (2017), p. 230; crítico de la recepción acrítica del derecho penal alemán, también MATUS, ZIS 2014, pp. 622 s. y 627 s.

en la jurisprudencia (p. 301). Considera que la función más noble de la dogmática jurídico-penal, esto es, la restricción racional del poder punitivo estatal, se encuentra en peligro a causa del nacionalismo populista, incluso orientado al pueblo, de los líderes latinoamericanos, apoyados por medios populistas (pp. 301 y 303). Quien conozca la praxis (a menudo manejada mediáticamente) de la justicia penal latinoamericana —a modo de ejemplo, remítase a la exhibición pública de personas sobre las que recae una mera sospecha policial—, probablemente no podrá contradecir el diagnóstico de ZAFFARONI, bien que, al respecto, tendrían que ser llevadas a cabo investigaciones especiales, con concretizaciones necesarias y precisiones, sobre todo con miras a las tendencias autoritarias y de derecho penal del enemigo de la praxis policial[67] y la jurisprudencia.

V. Valoración general

En definitiva, es cierto que ZAFFARONI no presentó una reconstrucción completa de la doctrina penal nazi,[68] pero sin embargo —y a pesar de las inexactitudes[69] y deficiencias ortográficas[70]—, sí una investigación que genera una buena impresión. Es admirable la profundidad con la que ahondó en la literatura relevante, en su mayoría en lengua alemana, a pesar de su edad. Debido a su autor, la obra influirá y dará forma al debate en la comunidad jurídica de habla hispana y portuguesa en los años venideros. Se le desea una amplia difusión y una recepción crítica (!). Al igual que ZAFFARONI (p. 303), solo podemos esperar que su trabajo refuerce, especialmente en Latinoamérica, el escepticismo frente el derecho penal autoritario e inhumano, y que sea retomado por futuras investigaciones.

[67] Un paralelismo acertado con la "Policía Pacificadora" de los barrios pobres de Río de Janeiro en BATISTA, en ZAFFARONI/FREISLER, *Derecho penal de voluntad*, 2017, pp. 109 s.

[68] Demasiado enfático, en ese sentido, GUZMÁN DALBORA, RDPC VII (2017), p. 230.

[69] En muchas partes lamentablemente faltan fuentes primarias. Esto es especialmente desafortunado en aquellos pasajes en los que ZAFFARONI también les reprocha infracciones morales a los autores a los que hace referencia, cf., p. ej., pp. 104, 107, 116 s, 141, 151, 207 y 287.

[70] El libro contiene numerosos errores ortográficos, en especial con relación a los conceptos y apellidos alemanes ("Shaffstein" en el texto de portada), cf. pp. 22, 64, 65, 79, 105, 107, 111 s. y 204; sobre los conceptos y apellidos alemanes, pp. 28, 59, 93, 98, 109, 149 y 202.

Reseñas bibliográficas

"JUSTICE DIGITALE: RÉVOLUTION GRAPHIQUE ET RUPTURE ANTHROPOLOGIQUE" DE ANTOINE GARAPON Y JEAN LASSÈGUE*

Emanuela FRONZA**

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2019
Fecha de aprobación: 25 de octubre de 2019

GARAPON, Antoine y LASSÈGUE, Jean, Justice digitale: Révolution graphique et rupture anthropologique, París, Presses Universitaires de France, 2018, 364 pp.

1. Justicia digital. Revolución gráfica y ruptura antropológica, de GARAPON y LASSÈGUEES, es un libro que da cuenta de una profunda agitación, ya en curso, del derecho y la justicia. Los autores, tomando como punto de partida la necesidad de integrar más miradas y, en particular, la del jurista y la del epistemólogo para comprender las revoluciones introducidas por las tecnologías, muestran claramente cómo la informática, como una nueva fase de la escritura, introduce mutaciones en lo antropológico y, en particular, sobre el derecho, en tanto regulador esencial de las relaciones sociales.

El derecho y la justicia están atravesando una fase de transformación radical con implicaciones en múltiples niveles. La justicia está dominada por la centralidad del *big data*, en el que todas las decisiones tomadas, incluidos los elementos fácticos, los argumentos de las partes y la evaluación —relativa— del juez, se insertan en bases de datos capaces de utilizar y procesar dicha información para fines predictivos.

No estamos tratando con un imaginario distópico de ficción, sino con mutaciones, ya en curso, particularmente en los Estados Unidos, definidas por ambos estudiosos como verdaderas

* Reseña publicada originalmente en *Diritto penale contemporaneo*, 11 de diciembre de 2018, bajo el título "*'Code is Law'. Note a margine del volume di Antoine Garapon e Jean Lassègue, justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique, PUF, Paris, 2018*" (disponible en: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6371-code-is-law-note-a-margine-del-volume-di-antoine-garapon-e-jean-lassegue-justice-digitale-revolutio [enlace verificado el día 5 de abril de 2020]). Traducción del italiano de María Alejandra QUINTANA GALLARDO.

** La autora agradece a Nicolás GUZMÁN (Universidad de Buenos Aires) por sus comentarios.

revoluciones. Los abogados y los jueces ven cómo el uso de las bases de datos ha cambiado radicalmente la práctica de sus profesiones. La sensibilidad de la cuestión también se confirma por el establecimiento, por parte del Consejo de Europa, de la comisión para evaluar la eficiencia de los sistemas judiciales responsables del examen de las condiciones de eficacia y eficiencia, que pueden promover el uso responsable de las tecnologías en el sector judicial.

El libro afronta el tema, más amplio, de la así llamada "justicia predictiva" y del impacto de las tecnologías en la ley y en la justicia, que tampoco se libran de los cambios resultantes de la innovación tecnológica.

La justicia digital es una realidad muy variada, que fascina y al mismo tiempo asusta, pero que ya ha penetrado (y no solo, como se mencionó, en los Estados Unidos)[1] en el funcionamiento de la máquina judicial.

El enfoque elegido por los autores es constructivo: debemos tomar nota de lo que está sucediendo y de la contribución que las tecnologías pueden brindar al derecho y a la justicia, sin perder de vista, sin embargo, aquellos componentes que pueden eliminar la intervención del componente humano, sustituyéndolo con una discusión entre técnicos, ciertamente más rápida, pero sin los componentes esenciales de una evaluación de valor.

La justicia predictiva ya está entre nosotros y este es el punto de partida que debe tomarse para dar cuenta de la información, las ideas, las preguntas y la invitación a la reflexión conjunta contenida en este texto.

[1] Para obtener una descripción general de la aplicación en los Estados Unidos, ver SIMMONS, "Quantifying Criminal Procedure: How to Unlock the Potential of Big Data in Our Criminal Justice System", en *Michigan State Law Review*, 2016, pp. 947-1017; con referencia a *drug courts*, ver MARLOWE ET AL., "Adaptive Programming Improves Outcomes in Drug Court: An Experimental Trial", en *Criminal Justice and Behavior*, vol. 39, n.° 4, 2012, pp. 514-532; para la perspectiva europea, ver SICURELLA y SCALIA, "Data Mining and Profiling in the Area of Freedom, Security and Justice: State of Play and New Challenges in the Balance between Security and Fundamental Rights Protection", en *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, n.° 4, 2013, pp. 409-460. En italiano, entre las diversas contribuciones, ver, CANZIO, "Il dubbio e la legge", en *Diritto penale contemporaneo*, 20 de julio de 2018 (disponible en: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6183-il-dubbio-e-la-legge [enlace verificado el día 5 de abril de 2020]); CASTELLI / PIANA , "Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi, in Questione Giustizia" en *Questione Giustiza*, n.° 4, 2018 (disponible en: http://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi_15-05-2018.php [enlace verificado el día 4 de abril de 2020]); ver también la entrevista con GARAPON por NOVI, en *Il Dubbio*, 22 de noviembre 2018, pp. 8-9 (disponible en: https://www.ildubbio.news/2018/11/25/garapon-la-tecnologia-non-potra-mai-sostituire-giudice-e-avvocato/ [enlace verificado el día 5 de abril de 2020]).

Los vuelcos, las transformaciones y las múltiples revoluciones marcan el panorama legal contemporáneo, inaugurando una relación sin precedentes entre los ciudadanos y el poder. Ante esta dinámica derivada de la revolución digital, los autores establecen el objetivo de contribuir positivamente al debate, dando cuenta de la complejidad de los procesos actuales.

2. La revolución de lo digital se expresa en múltiples niveles: simbólico, sociológico y cognitivo.

Primero, implementa una revolución simbólica que rediseña las mediaciones a través de las que producimos y construimos el sentido y los significados sociales.

La informática y la digitalización de la ley modifican no solo los medios para difundir esta última, sino, más profundamente, *su propia elaboración* y su relación con el mundo. Por lo tanto, la escritura digital se inserta en la producción de la norma, lo que requiere de una nueva organización social y de un nuevo orden de sentido. La justicia predictiva (o la justicia digital) es entendida como una fuente alternativa de la normatividad jurídica, si es cierto que todo el derecho está en el código, según la fórmula (varias veces repetida en el libro) del jurista LESSIG.[2] Si para Lessig el código es la ley, en la era digital el código es el ciberespacio. El código (digital) ha cambiado y revolucionado el código (penal, civil). Hoy no podemos leer lo digital: esto plantea un problema desde el punto de vista de una ley que no está escrita en un texto, en un cuerpo (*corpus*) jurídico como tal.

De ahí un segundo postulado. La revolución simbólica es también una *revolución gráfica*, conectada a la aparición de una nueva forma de escritura, que no tiene todas las propiedades del lenguaje, ya que es muda y opaca. Si el derecho está en el código, es sobre esta revolución gráfica que debe realizarse una investigación. De hecho, la digitalización inaugura un nuevo régimen de normatividad, con, p. ej., el riesgo de eliminar el habla.

[2] *Code is law* es el título de un artículo famoso del abogado estadounidense LESSIG, "Code is Law. On Liberty in Cyberspace" en *Harvard Magazine*, 2000. Disponible en: https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html [Enlace verificado el día 4 de abril de 2020]. Al aplicar la declaración "El código es ley" al momento actual de la ley positiva italiana, surge una paradoja obvia: si la codificación es el derecho en sí mismo y si el derecho (vivo) se ha convertido (o se está convirtiendo) en la mera manifestación de los códigos computacionales, el problema surge de las reglas procesales que a su vez ahora tienden a convertirse en reglas meramente técnico-informáticas de "escanear" los actos procesales en su nuevo entorno. La referencia es obviamente al proceso administrativo electrónico, donde está claro que, en muchos momentos, la adaptación de las reglas "tradicionales" a las posibilidades que ofrece la tecnología de la información sufre el límite estructural de la nueva dimensión digital: piénsese, p. ej., en el tema de las copias y documentos originales.

Finalmente, resta una tercera cuestión fundamental. No solo la de la transformación de la ley a través de rutinas informáticas, algoritmos, sino también la fascinación por las máquinas, lo que les da más y más poder. ¿Por qué toda esta confianza en las tecnologías va más allá del rendimiento real de estas últimas? ¿Por qué es tan fascinante la tentación de delegar en máquinas?

Se enfatiza el aspecto performativo de la escritura mecánica, dando lugar a un nuevo orden gráfico. La escritura digital no solo contendrá pasivamente nuestras leyes, sino que ofrecerá la posibilidad de reorganizar la convivencia humana y revelar la verdad. Del sistema judicial se espera mucho más que antes: no solo la facilitación de ciertos procedimientos, sino un instrumento de la verdad, una *trust machine*, una representación de nosotros mismos.

La ambición de la *legaltech* es convertirse en justicia en sí misma, a través de una revolución digital que hace compatibles mundos heterogéneos, poniendo en comunicación el derecho con la realidad cambiante del hecho. El sueño secreto es el de un mundo donde las relaciones sociales ya no serán manejadas por la política y el derecho, sino por la tecnología, a partir de la asunción de que la opinión pública se tranquiliza más con una decisión técnica que con una decisión humana, incluso si esta se toma en cumplimiento de todas las garantías. La justicia hecha por seres humanos corre el riesgo de ser considerada arbitraria, falaz, un hecho histórico superado. De este modo, se ha puesto en marcha un proceso de de-simbolización de la frágil humanidad del derecho y del juez y una re-simbolización en términos científicos.

3. ¿Qué le sucede al derecho en una sociedad que delega en las máquinas? La revolución gráfica transforma, como todo hecho social, todos los sectores de la vida social.

A diferencia de las revoluciones legales anteriores (como la introducción del código civil o, de nuevo, del constitucionalismo), esta transformación no es llevada a cabo ni por los abogados, ni por el legislador ni por otras entidades públicas, sino por diferentes actores, como jóvenes empresarios, matemáticos y *geeks* que después del cuidado de la salud (la *nethealth*), la educación (los *mooks*), la planificación urbana (las *smart cities*) y la vida cívica (la *civictech*), ahora ven en la justicia un terreno aún no aprovechado (el último, tal vez) para la expansión tecnológica y para aplicar sus modelos y su lógica, tan distantes del derecho. Esta es la razón por la cual florecen las nuevas empresas de tecnología legal (tecnologías digitales aplicadas al campo jurídico), diseñadas por ingenieros y empresarios de acuerdo con una lógica orientada al lucro. Y aquí hay un choque cultural: la justicia predictiva y la tecnología legal surgieron de la penetración de una lógica capitalista en la profesión

legal. Por un lado, el propósito anunciado por las nuevas empresas es hacer que la casta de abogados ya no sea necesaria. De esta manera, se desencadena un choque entre la lógica capitalista y una lógica artesanal de la justicia. El objetivo, más general, es dirigir a los abogados, jueces y clientes hacia una justicia más *inteligente*, para lo cual se obtendría el máximo resultado con el menor empleo de medios y el uso más amplio posible de la tecnología. El valor cardinal de la nueva dimensión se convierte en optimización.

Más allá de eso, a los ciudadanos se les promete una justicia más accesible, lo que aumentaría su poder, permitiéndoles conocer sus derechos, sin ser privados de su causa por profesionales. Detrás de la voluntad de devolverle el poder al individuo que está sujeto a la justicia, permitiéndole así el acceso directo, antes guardado celosamente por la institución y por la ley, se afirma la idea de que todo puede ser modelado, puesto en una ecuación matemática. Se piensa más en términos de intereses que de derechos.[3]

Ya sea que se trate de relaciones entre Estados o entre individuos, lo que el sistema insta no es la conciencia de sus derechos, sino la defensa de sus propios intereses. Hay presión sobre los individuos para que renuncien a sus derechos.[4] El sistema está construido por los nuevos actores de manera tal que el interesado haga prevalecer sus propios intereses por sobre sus propios derechos, llevándolo a cálculos y, por lo tanto, a elecciones racionales, más predecibles también para el poder.

Así se introduce una nueva dimensión normativa basada en el cálculo, neutral, y no en la subjetividad o la libre convicción del juez. Por lo tanto, la justicia estaría mejor asegurada por algoritmos (neutrales) que por seres humanos (sujetos a percepciones y variables subjetivas e impredecibles)[5]. P. ej., en los Estados Unidos, para la concesión de la fianza, las evaluaciones de riesgo se obtienen mediante algoritmos, con el resultado de que, como se ha señalado, se abre el

[3] Se crea un mercado legal. El libro subraya varias veces el vínculo entre la justicia predictiva y la "revolución" llevada a cabo por actores económicos guiados por objetivos económicos, con la progresiva desaparición de la palabra y el espacio simbólico. También debe señalarse a este respecto que esta dinámica podría dar lugar a nuevas formas de justicia transicional, así como permitir que el derecho se centre en los casos más complejos.

[4] Reflexiones ya desarrolladas por GARAPON y SERVAN-SCHREIBER en *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, París, Presses Universitaires de France, 2013.

[5] De ahí el contraste que se encuentra en el texto entre justicia como *fairness* y justicia como *fitness* (pp. 316 ss.).

camino a nuevos canales de discriminación y encarcelamiento masivo[6] para los sectores socialmente más débiles y más pobres.

4. Otro cambio significativo se registra en el nivel cognitivo: el conocimiento predictivo, de hecho, situado en la base de la revolución digital, es totalmente ajeno al derecho. O, más bien, el concepto de previsibilidad es intrínseco a la regla primaria (fuente normativa), pero, como se sabe, la aplicación práctica siempre tiene un margen de imprevisibilidad. En este espacio se insertaron las estadísticas; la *legaltech*, sin embargo, da un salto cualitativo: no solo formaliza las reglas —ciegas, pero no menos ideológicamente orientadas— de aplicación de la norma, sino que además apunta a prever el tratamiento que será dado por la institución específica en un caso particular.

El *big data* pretende dar una consistencia matemática y no jurídica, combinando tres tipos de datos (legales, características esenciales del hecho concreto y elementos de contexto relevantes adicionales) para luego, a partir de los precedentes, construir decisiones modelo, identificando probabilidades[7] e indicando los argumentos más o menos convincentes (también para las partes, porque los argumentos de las partes están incluidos en el *big data*). Todos los elementos, legales y fácticos, se ponen en el mismo nivel para determinar la decisión. El riesgo, bien conocido, es el de estandarizar las decisiones y cancelar por completo una interpretación creativa de la ley.[8]

Por lo tanto, la causalidad legal se abandona (o se pone en segundo plano) a favor de una correlación práctica, ya que la realidad cuenta más que las ficciones. El derecho, por lo tanto, es solo una de las informaciones que determinan una sentencia.

[6] Destaca el uso de algoritmos en el campo criminal en los Estados Unidos ALEXANDER, autora de *The New Jim Crow*, señala que estas secuencias determinan quién debe permanecer en prisión y quién puede ser liberado. Ergo, ante la opción de algunos estados de cambiar la liberación bajo fianza por una gratuita, mediante el uso de un sistema cada vez más acompañado por el uso de algoritmos basados en la probabilidad, muestra cómo, aunque sea "gratis", no es "libre". "La libertad, incluso cuando se otorga, después de todo, nunca es gratuita", ALEXANDER, "The Newest Jim Crow" en *The New York Times*, 8 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.nytimes.com/2018/11/08/opinion/sunday/criminal-justice-reforms-race-technology.html [enlace verificado el día 4 de abril de 2020].

[7] De hecho, esta "ciencia" (que es en realidad una técnica y, por lo tanto, ya en sí misma una aplicación ideológica del "estudio de la naturaleza") ciertamente no es la de Newton, sino la de las ciencias probabilísticas. Toda la ciencia, hoy, todas sus verdades, no son más que verdades y oráculos de tipo probabilístico: no dicen la verdad, sino lo probable como (más) probable. Este elemento también hace posible reforzar el tema de la diferencia entre *fairness* y *fitness*.

[8] Aquí podemos ver la figura del juez científico que hace del razonamiento judicial un razonamiento científico. Ver NUSSBAUM, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, 1995.

Todo derecho se convierte en un hecho y todos los hechos, legítimos o no, se vuelven normativos.

El registro cognitivo se reemplaza lentamente por el registro normativo. La ciencia jurídica en este nuevo contexto no desaparecerá, sino que se convertirá en secundaria: la capacitación y la interpretación de la ley no pertenecen a un tejido formal autorreferencial, sino que se convierten en un tema a tratar. Las sentencias no construyen una jurisprudencia, sino que alimentan una base de datos.

La agitación que se está produciendo es muy profunda: ya no se lee el código, sino que se favorece una dinámica de analfabetismo y pérdida de control que transfiere a los informáticos la lectura y el procesamiento de los datos. Y de manera coherente con tales trastornos en el plano antropológico, la cultura jurídica cede ante la inteligencia artificial.

La tecnología jurídica hace que un nivel de realidad, hasta ahora inaccesible, sea transparente: el inconsciente de la producción jurídica se impone con la autoridad de la ciencia. Por lo tanto, existe un nuevo registro teórico, que sin embargo no es de naturaleza jurídica. Al menos hasta que la ley y la ciencia probabilística y la informática hayan encontrado un equilibrio diferente, lo cual será posible, aunque no seguro, si y solo si los abogados contribuyen de manera constructiva a estos cambios.

5. Las revoluciones políticas, sociológicas y cognitivas convergen hacia un universo más horizontal y libre, sin una tercera figura, una especie de mundo pospolítico de-simbolizado y des-especializado, desprovisto de un poder que gobierne.[9] La dimensión sagrada, típica de cada institución, se debilita. Estas revoluciones excluyen lo sagrado de la dimensión real, ya sea republicana, religiosa o ritual. La revolución simbólica que presenciamos se impone como no simbólica, como no humana, según los autores. Aunque puede objetarse que la dimensión sacra, en realidad, solo pasa a ser reemplazada por el imperio del algoritmo y la naturaleza esotérica del conocimiento subyacente en este. Piénsese en la lógica de siempre de Apple: el usuario promedio no necesita saber cómo funcionan las configuraciones de registro, o por qué debe escribirse un determinado comando de una manera determinada en lugar de otra. Por el contrario, el usuario promedio necesita poder hacer eso haciendo clic en alfa, obteniendo beta. Y es precisamente esta

[9] Los autores insisten mucho en este proceso de descentralización.

misma lógica la que permitió a Apple construir un mundo cerrado y exclusivo, propietario, donde el usuario no controla nada y solo confía en el *geek* y en toda la cadena hasta el sumo "sacerdote". El último no es otro que el que posee la empresa, el software, los contenidos y ahora también todo aquello que cada uno de nosotros pone en *iCloud*.

Según los autores, estas transformaciones afectan significativamente las profesiones del abogado y del juez. Los algoritmos podrían ocupar el lugar de los jueces y liberar así al derecho de sus imperfecciones, pasiones y conflictos. Se perderían así la liturgia de la palabra y el *juzgar*,[10] pero no la decisión. Lo digital no necesita un espacio, no necesita reunir a las personas para que hablen, los jueces ni siquiera necesitarán reunirse y los procesos se llevarán a cabo con suma rapidez. De este modo se logra, de nuevo, una congelación del proceso de simbolización y del proceso político. De ahí el reiterado impacto significativo sobre el derecho y la justicia.

Este avance introducido por lo digital es ciertamente más incisivo que otras transformaciones que ha sufrido la justicia en tiempos más recientes: de la justicia penal internacional, a la justicia restaurativa o al derecho global. Se trata aquí de una revolución de varios niveles, capaz de cuestionar el componente humano del *ius dicere*.

Por lo tanto, la revolución digital actúa como un factor que desorganiza el espacio y el tiempo de la justicia, hace que el tiempo de los procedimientos fracase y da una centralidad al presente, en el que la justicia predictiva es estratégicamente funcional. La justicia predictiva transforma profundamente la idea misma del proceso como un lugar de catarsis, como un teatro. Acelera los procedimientos, altera la verificación de la verdad con prácticas de correlación y no, en cambio, de interpretación. Aunque el marco espacio-tiempo no se modifica aparentemente, la efectividad simbólica del proceso se revoluciona, con el resultado de una serie de discontinuidades con respecto a las características esenciales del rito clásico. Por esta razón, después de leer este texto, es urgente que los juristas se comprometan a encontrar respuestas (en el derecho) a estas modificaciones.

Sin embargo, ¿qué implicaciones puede tener este proceso (inevitable)?

Por supuesto, el mal no es la tecnología en sí misma. Bien puede ser esta un soporte para lo práctico y para facilitar un acceso general a la información. Sin embargo, es necesario hacer un uso crítico de la tecnología, que encuentre un equilibrio entre la reducción positiva de la arbitrariedad

[10] Ver GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milán, Cortina Raffaello, 2007.

y los peligros de una dramática cancelación de las garantías de libertad. De hecho, la característica del derecho es producir reglas suficientemente precisas para guiar nuestro comportamiento, pero al mismo tiempo elaborar y cristalizar las reglas generales que dejan un margen de apreciación en el área de aplicación. Desde una *ley universal y general* a una *regla* que se aplica al caso concreto que pierde su carácter general, con el resultado de que la misma distinción entre derecho y hecho pierde su relevancia, hasta desaparecer.

La audiencia es un lugar de intercambio de espacio humano, difícil y complejo, en el que las partes —víctima y presunto victimario— se enfrentan para permitir que el juez tome la decisión correcta. Lo digital trae consigo el riesgo de trivializar ese espacio (desde la falta de confrontación física entre las partes, la admisión de conferencias a distancia, la posibilidad de tuitear durante la audiencia, etc.). Ya no hay un espacio compartido, pero hay una superposición de espacios, entre un espacio de comunicación y el espacio de la tecnología. El de los tuits ya no es un espacio.

6. Las transformaciones involucran a los protagonistas de la justicia. Es probable que las crecientes demandas de habilidades informáticas en manos del abogado sobrepasen, sin hacerlas desaparecer, sus competencias legales. Y nuevamente: el defensor frente a una predicción estadísticamente negativa siempre será inducido a buscar una solución en el nivel transaccional, con el peligro de que el proceso se convierta en "un lujo" para los casos ganadores y ceda el terreno a una solución "comercial". ¿Qué responsabilidad ética implica esto para los operadores de estos dispositivos? Por eso mismo, la cuestión es no solo cuándo se va a utilizar el algoritmo, sino también cómo hacerlo transparente. El deber de dar a conocer los métodos de procesamiento de datos, además de contribuir a respetar el principio (no solo criminal) de un juicio justo, excluiría (o confirmaría) la existencia de posibles parámetros discriminatorios.[11] ¿Cómo establecer, entonces,

[11] Muchos autores creen que los algoritmos a menudo se caracterizan por un sesgo discriminatorio, en particular un sesgo racista. Si este enfoque es interesante, por otro lado, se debe tener en cuenta que los datos son los registrados por los organismos encargados de hacer cumplir la ley y, por lo tanto, no podemos atribuir una intención discriminatoria a la inteligencia artificial, que procesa los datos recopilados. Sobre la necesidad de transparencia, ver JOHN, "Feeding the Machine: Policing, Crime Data, & Algorithms", en *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 26, n.° 2, 2017, pp. 287-302; GABLE CINO, "Deploying the Secret Police: The Use of Algorithms in the Criminal Justice System", en *Georgia State Univeristy Law Review*, vol. 34, n.° 4, 2018, pp. 1073-1102; SIMONITE, "All Experts Want to End 'Black Box' Algorithms in Government", en *Wired*, 18 de octubre de 2017. Disponible en: https://www.wired.com/story/ai-experts-want-to-end-black-box-algorithms-in-government/ [enlace verificado el día 4 de abril de 2020]. También es cierto que los datos en los algoritmos recopilan información ya existente de juicios ya emitidos, lo que refuerza opiniones y prejuicios mayoritarios.

la igualdad en este nuevo panorama y garantizar la transparencia y el control sobre las secuencias de fórmulas numéricas?

Además de una transformación de la profesión legal, los autores demuestran claramente cómo esta revolución transforma radicalmente la función del juez. De hecho, este último trabajo, en la era de la ley contrafáctica, del "qué pasaría si la ley", conlleva una enorme presión mediática (especialmente en los procesos terroristas, aunque no solamente). P. ej., gracias al *big data*, el juez sabe de antemano cómo sus colegas han decidido casos similares. Por lo tanto, se le pedirá al juez que realice su función de manera consistente y brinde un mensaje tranquilizador al público, que narra la historia de manera unívoca, para evitar perturbar los mercados financieros o desalinear sus opciones con respecto a las del sistema político, y así terminar desorientando a la opinión pública.

Por el contrario, los sufrimientos, esperanzas y heridas de los seres humanos individuales involucrados se tornan cada vez más secundarios. La justicia predictiva puede tomar un valor normativo, lo que lleva a un "efecto oveja" ("efecto manada") en las elecciones.

7. En la tercera parte del libro, los autores regresan a su postulado teórico (y multidisciplinario) de partida, por un lado, y al enfoque político, por el otro.

Por lo tanto, el valor de la revolución digital debe evaluarse no solo en términos de efectividad, conveniencia o placer, sino también en términos de libertad, utilidad y humanidad.

La justicia predictiva puede realizar la idea de un derecho sin un Estado, totalmente positivizado y en manos de la tecnología, donde el derecho coincide con la ciencia. Sin embargo, ¿será esto todavía una justicia humana? Podría resultar contraproducente: de hecho, la mayor libertad se puede convertir en un control social que puede asustarnos. Piénsese, p. ej., en la biometría, pero también en la trazabilidad total de las transacciones financieras. La justicia requiere que la justicia digital respete la humanidad de la persona. Esta última, por el contrario, se afirma como una justicia que precisamente pone en tela de juicio la parte humana de la justicia, al presionar al juez con la excusa de ofrecer la posibilidad concreta de una institución más efectiva, rápida y justa, porque es capaz de juzgar sin seres humanos. Gracias a la inteligencia artificial, la justicia podría llegar a ser capaz de pronunciar un juicio sin una ayuda cognitiva. Sin embargo, sería ingenuo pensar que la máquina no tiene principios: puede incorporarlos en forma de parámetros. Si algunos de estos criterios son contrarios a los derechos humanos fundamentales, como el origen étnico, basta con eliminarlos. Sin embargo, a diferencia del ser humano, una vez eliminado formalmente, estaremos seguros de si este

parámetro no se considerará de otra forma (piénsese en el lugar donde reside la persona, en su escolarización, en su condición de trabajo que revele índices del mismo criterio socialmente discriminatorio abandonado formalmente). En nombre de la necesidad de una aceleración de los procedimientos, una mayor imparcialidad de la justicia, la mejora de la eficiencia de la administración judicial, el intercambio de decisiones, se desarrolla una desconfianza hacia los jueces, como personas vinculadas a una experiencia humana de valores y menos controlables y en cualquier caso falibles. La decisión humana propone varias posibilidades, mientras que la técnica propone una certeza y un automatismo e indica el mito de la justicia sin ninguna subjetividad.

Perfilar y clasificar una masa de datos permite llegar a nuevas reglas generales. Un nuevo derecho natural va en aumento.

La justicia predictiva fascina porque es capaz de realizar un derecho sin Estado, que coincide con la máquina y la técnica. Al mismo tiempo, elimina la parte inaccesible y misteriosa de la decisión, un componente necesario de lo simbólico para hacer justicia.

8. En realidad, el misterio de la decisión humana es reemplazado por uno mucho más arbitrario. La promesa de la inteligibilidad total de los medios tecnológicos se contradice con la complejidad de la nueva escritura que nadie puede dominar: hay una caja negra digital, opaca y misteriosa.

P. ej., debe señalarse el uso, en los Estados Unidos,[12] de técnicas informáticas para medir el riesgo de reincidencia del delincuente con el fin de determinar el monto de la sentencia o una medida alternativa a la detención. Considérese el caso del estado de New Jersey, que reemplazó las audiencias para la concesión de la fianza con evaluaciones de riesgo obtenidas mediante algoritmos. Esto es, por supuesto, una evaluación que por ahora sirve únicamente como una guía y no reemplaza la decisión del juez. En un sistema basado en una fianza, a menudo acusado de ser un vehículo de prejuicios relacionados con la etnicidad y la clase social, el propósito de la adopción de algoritmos es hacer que el cálculo de los riesgos sea neutral y que se base exclusivamente en la evidencia y en

[12] Ver CORTE SUPREMA DE WISCONSIN, "State of Wisconsin v. Eric Loomis", 13 de julio de 2016; CORTE SUPREMA DE INDIANA, "Malenchick v. State of Indiana", 9 de junio de 2010. El tema de la transparencia de los algoritmos también se planteó. El tribunal, si bien considera que el uso por parte de la corte de algoritmos para evaluar el riesgo de reincidencia del acusado respetó el principio del debido proceso, intenta de alguna manera advertir sobre los peligros que estos modelos de evaluación pueden revestir y trata de dar una dirección sobre el uso de estas herramientas (65, 66). Sin embargo, las críticas a la corte no se expresaron con suficiente fuerza, ignoran la capacidad limitada del juez para sopesar los instrumentos en cuestión y no toman en cuenta la presión sobre los jueces para que los usaran.

los datos. Aun así, esta medida nos obliga a hacer una pregunta implícita: ¿debemos tener más miedo del juez o del algoritmo? ¿No tiene también el juez sus prejuicios? El juez, sin embargo, sigue expuesto a la crítica de la elección, sin que se afirme que su decisión es el fruto ineludible y objetivo de un cálculo aritmético. ¿No será que la justicia predictiva terminará por revertir el razonamiento, de modo que, en lugar de continuar con la búsqueda de datos, nos dirigiremos hacia el objetivo partiendo solo de los datos disponibles? La pregunta que surge en esta era, una vez más, es si la justicia, con una influencia tan amplia de la tecnología —que no se confía ni a lo prescrito por la ley ni a la determinación del hecho, sino a un modelo matemático—, sigue siendo una justicia humana, que admite libertad de juicio, incertidumbre de resultado y un margen de apreciación resultante de la libre convicción del juez.

Se corre el riesgo de que los algoritmos terminen por reemplazar al ritual simbólico, a la palabra pronunciada en el proceso. Ante esta mutación antropológica debemos preguntarnos, como señalan los autores, cómo permanecer en este espacio, cómo usar estas aplicaciones, y recordar la especialidad del derecho y de la justicia y el componente humano de hacer justicia.

La justicia predictiva quiere (pre)decir el futuro y asignar un papel decisivo al pasado y a la relación con este último. Sigue una *intensificación* del presente, ya que el pasado y el futuro están representados en forma cifrada, como proyecciones y predicciones. El futuro se basa en el pasado y predice el futuro. Así, un individuo corre el riesgo de cometer un crimen con base en su estatus familiar, su contexto social o su historia familiar, lo que resulta en profecías autocumplidas.

La apuesta es alta: pensar, con las herramientas de la modernidad, en un mundo que permanezca —con las reglas que gobiernan su existencia y la supervivencia— habitable por el ser humano.[13]

[13] La conclusión de GARAPON se reanuda en "Les enjeux de la justice prédictive", en *La Semaine Juridique*, 1-2, 2017, p. 1021.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 9, pp. 193-204.

"LA RECEPTACIÓN COMO DELITO CONTRA EL MERCADO FORMAL" DE ALEJANDRA VERDE

Maximiliano Antonio VARGAS*

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2019
Fecha de aprobación: 22 de noviembre de 2019

VERDE, Alejandra, La receptación como delito contra el mercado formal, Madrid, Marcial Pons, 2019, 352 pp.

I. Presentación de la obra

El libro de Alejandra VERDE tiene como objeto de estudio el delito de receptación, que consiste en obtener con fin de lucro una cosa proveniente de un delito. La autora se propone establecer cuál es el daño que ocasiona dicho comportamiento y determinar en qué reside su ilicitud material (o incorrección moral). A partir de allí, realiza una propuesta de *lege ferenda* acerca de cuál es el mejor modo en que debería ser legislado ese ilícito en un código penal.

El libro tiene dos partes. En la primera, VERDE describe la evolución legislativa que tuvo el delito de receptación en Alemania, España y la Argentina.[1] Además, resalta las diferencias que tales legislaciones presentan con relación a dicho injusto.[2] Así, a modo de ejemplo, mientras en Alemania la receptación solo puede tener lugar cuando el delito precedente es uno que afecte al patrimonio, en España el ilícito anterior puede ser uno contra el patrimonio o el orden socioeconómico. En la Argentina, en cambio, si bien la autora aclara que el delito de receptación no estaría legislado

* Abogado, especialista en derecho penal económico y doctorando en derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Investigador en el proyecto "Fundamentos del derecho penal y delitos de cuello blanco", desde 1/1/2016 hasta el 31/07/2017, con subsidio de secyt – unc. Contacto: mavargas83@hotmail.com.

[1] VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 47 ss.

[2] VERDE, *supra* nota 1, p. 61 ss.

específicamente, la figura del favorecimiento real —prevista en el art. 277, inc.1.º, c, CP— admite la posibilidad de receptar efectos provenientes de cualquier delito.[3]

En la primera parte del libro, VERDE también desarrolla las diferentes teorías que se han esbozado para justificar el delito de receptación. En esta sección, existe una detallada descripción de la teoría de la perpetuación y sus diferentes variantes. Aquí solo vale recordar que, según esta teoría, el daño que ocasiona la receptación consiste en mantener o perpetuar la situación antijurídica generada por el delito previo.[4] Pero a la par de esta posición, la autora explica otras posturas que también han sido empleadas para legitimar la penalización de la receptación. Así, muestra que, para la teoría de la vigencia del derecho lo que se protege es la función de prevención general que tiene el derecho penal.[5] Para la teoría mixta, a su vez, la receptación tiene una "doble naturaleza": pues, por un lado, mantiene la situación antijurídica provocada por el delito precedente, mientras, que, por el otro, favorece la realización de futuros delitos.[6] Por último, la teoría del aprovechamiento reprocha al receptador el aprovecharse de la cosa que ha sido obtenida antes por otra persona, a lo que se suma que tal cosa proviene de un delito.[7]

VERDE afirma que estas teorías son incorrectas para explicar y justificar la criminalización del delito de receptación.[8] A la teoría de la perpetuación le critica, entre otras cosas, ser falsa porque ningún delito posterior tiene la capacidad de lesionar de nuevo un patrimonio.[9] Asimismo, objeta que no se podría decir que hay un mantenimiento de la situación antijurídica provocada por el delito anterior cuando el ladrón transmite la cosa al receptador, pues la posesión ilícita de aquel finaliza con esa entrega.[10] Por último, indica que es falso que la receptación disminuya la posibilidad de la víctima de recuperar la cosa, sino, todo lo contrario, "*ayuda*, en muchas oportunidades, a seguir el rastro de las cosas robadas" y, por ello, a poder encontrarlas.[11]

[3] VERDE, *supra* nota 1, p. 63.
[4] VERDE, *supra* nota 1, p. 74.
[5] VERDE, *supra* nota 1, p. 109.
[6] VERDE, *supra* nota 1, p. 117.
[7] VERDE, *supra* nota 1, p. 120.
[8] VERDE, *supra* nota 1, p. 73.
[9] VERDE, *supra* nota 1, p. 87.
[10] VERDE, *supra* nota 1, p. 96.
[11] VERDE, *supra* nota 1, p. 101.

Para VERDE, la teoría de la vigencia del derecho tampoco resulta satisfactoria. Según la autora, con esta posición "no se protege *inmediatamente* ningún bien jurídico en particular, sino solo de manera *mediata* todos los bienes jurídicos ya protegidos por el derecho penal".[12] Por eso, cuestiona esta postura con el argumento de que el derecho penal "no puede tener como finalidad protegerse *a sí mismo*"[13], pues, según afirma, el derecho penal no constituye un bien, sino que es "una herramienta *para proteger bienes*".[14] A su vez, objeta que esta posición lesiona el principio de legalidad, pues la finalidad de proteger las funciones preventivo-generales del derecho penal puede dar lugar a interpretaciones extensivas, ya que se crearían tipos penales con una redacción demasiado amplia e indeterminada.[15] En tercer lugar, señala que esta tesis constituye "una estrategia para evitar responder en qué consiste la ilicitud propia de esas conductas y cuál es el bien jurídico que lesionan o ponen en peligro".[16]

VERDE asevera que la teoría mixta merece las mismas objeciones que han sido dirigidas en contra de la teoría de la perpetuación, pero también es pasible de recibir las críticas efectuadas a la teoría de la vigencia del derecho.[17] Así, concluye, la teoría mixta "no supera los problemas particulares que cada una padece, sino que, por el contrario, los acumula".[18]

En la segunda parte del libro, VERDE busca establecer cuál es el daño que ocasiona la receptación y cuál es su ilicitud material. Aquí es importante destacar que, para la autora, el daño y la ilicitud son conceptualmente independientes.[19] Retener esto resulta importante, puesto que la criminalización legítima es aquella que podría dar cuenta tanto del daño que produce una conducta como de su ilicitud (o incorrección moral).[20] Utilizando sus palabras: "El Estado, en definitiva, estará legitimado para criminalizar conductas si causan un daño o crean un peligro de causarlo respecto de bienes jurídicos dignos de tutela estatal, pero siempre que tales conductas, además, sean

[12] VERDE, *supra* nota 1, p. 109.
[13] VERDE, *supra* nota 1, p. 113.
[14] VERDE, *supra* nota 1, p. 113.
[15] VERDE, *supra* nota 1, p. 114 ss.
[16] VERDE, *supra* nota 1, p. 117.
[17] VERDE, *supra* nota 1, p. 119.
[18] VERDE, *supra* nota 1, p. 120.
[19] VERDE, *supra* nota 1, p. 142.
[20] VERDE, *supra* nota 1, p. 143-144.

inmorales".[21] Si una acción es dañina, pero no es inmoral, será ilegítimo intervenir con el derecho penal; y estará igualmente injustificado intervenir ante un comportamiento inmoral que es inofensivo. En definitiva, la autora adopta una *concepción dualista de la criminalización*, en donde una conducta debe ser dañina e incorrecta para poder ser legítimamente criminalizada.[22]

Con relación al componente del daño, la tesis de VERDE es que "*la receptación genera un peligro abstracto de daño al mercado legal de la clase de cosas que han sido objeto de este delito, en la medida en que vulnera las legítimas expectativas de los compradores y comerciantes legales (considerados colectivamente, como el conjunto conformado por todos ellos, y no en forma individual) de que las operaciones de compra y venta de esa clase de cosas se efectúen únicamente en el mercado formal*, pues es solo ese mercado el que puede generar un derecho de propiedad no viciado, respecto de los primeros, y ganancias lícitas, respecto de los segundos".[23] Según la autora, "puede afirmarse que cada compraventa en el mercado ilegal vulnera la expectativa legítima que tiene todo adquirente y comerciante legal de que las compraventas de esa clase de cosas se lleven a cabo en el mercado formal".[24]

VERDE intenta mostrar que el mercado es un *recurso valioso* para la ciudadanía, y que merece protección penal porque "permite a los ciudadanos desarrollar su personalidad y, por tanto, satisfacer sus necesidades más elementales, las secundarias y las superfluas".[25] El mercado formal se constituye, según dice, por la expectativa que los comerciantes tienen de que ciertas cosas sean negociadas en ese lugar.[26] No obstante, aclara que la receptación no lesiona la expectativa individual que sobre esa institución tiene un ciudadano o comerciante. Por el contrario, subraya que la receptación daña "el conjunto de expectativas que tienen todos los comerciantes legales de que las operaciones de compra y venta de determinadas clases de productos se lleven a cabo únicamente en

[21] VERDE, *supra* nota 1, p. 145.

[22] Sobre esto, véase el interesantísimo trabajo de SOLAVAGIONE, "La incorrección moral como presupuesto de legitimidad de la criminalización", en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 8, p. 143 ss.

[23] VERDE, *supra* nota 1, p. 156.

[24] VERDE, *supra* nota 1, p. 156.

[25] VERDE, *supra* nota 1, p. 158-159.

[26] VERDE, *supra* nota 1, p. 160.

el mercado formal, que es el único que, a esos comerciantes, puede generarles ganancias".[27] Este interés, señala, "puede ser visto como un interés, y en particular un interés colectivo".[28]

VERDE también se encarga de fundamentar que la receptación debe ser considerada como un delito de peligro abstracto.[29] Así, entiende que un solo hecho de receptación tiene la *posibilidad* de afectar las expectativas del mercado (expectativas que consisten en que las transacciones se realicen conforme a lo prescripto por la ley).[30] La autora rechaza que la receptación lesione de modo efectivo las expectativas que constituyen al mercado formal.[31] Pues, según sostiene, un hecho aislado no tiene la magnitud de perjudicar al mercado o bien, desde un plano epistémico, es difícil saber si lo lesiona.[32] Asimismo, VERDE rechaza la idea de que la receptación pueda ser considerada como un "delito acumulativo", ya que esta categoría se aplica a conductas que son inocuas, a diferencia de la receptación que, a su juicio, sí ocasiona un peligro de daño.[33] También rechaza que el delito de receptación sea un delito de peligro concreto, en tanto el riesgo que ocasiona un hecho aislado de receptación no sería susceptible de ser percibido por los actores como un atentado al mercado formal.[34]

En cuanto al componente de la ilicitud material o incorrección moral, VERDE sostiene la tesis de que la receptación es una conducta moralmente incorrecta porque viola el principio moral R, según el cual "*es inmoral aprovecharse, aunque sea indirectamente, del sufrimiento que en otro ha producido un delito penal, para obtener una ventaja económica*".[35] Tal principio, a su vez, sería una derivación del principio S, que afirma que "*es inmoral aprovecharse, aunque sea indirectamente, del sufrimiento del otro,*

[27] VERDE, *supra* nota 1, p. 162.
[28] VERDE, *supra* nota 1, p. 162.
[29] VERDE, *supra* nota 1, p. 170.
[30] VERDE, *supra* nota 1, p. 171.
[31] VERDE, *supra* nota 1, p. 164.
[32] VERDE, *supra* nota 1, p. 166.
[33] VERDE, *supra* nota 1, p. 167.
[34] VERDE, *supra* nota 1, p. 169.
[35] VERDE, *supra* nota 1, p. 203.

para obtener una ventaja económica".[36] El principio S, asimismo, sería una especie de otro principio más general (S1), que rezaría que "*es inmoral aprovecharse del sufrimiento de otro*" (S1).[37]

Para VERDE, estos principios no solo forman parte de la moral positiva (esto es, la moral que actualmente rige en nuestra sociedad), sino que, además, reúnen la condición de ser pasibles de universalización, ya que serían adoptados por cualquier ciudadano o ciudadana. Para justificar esta idea, la autora apela a la idea de la posición original de RAWLS, para señalar que un principio según el cual es moral aprovecharse del sufrimiento ajeno sería rechazado por sus participantes, por ser incorrecto en sí mismo y carecer de universalización.[38] Al contrario, señala que, en dicha ubicación originaria, los ciudadanos preferirán un principio que prohibiera aprovecharse del dolor ajeno, pues tal principio disminuiría "la práctica del sufrimiento", a la par que consideraría el interés de todos los participantes.[39]

Después de explicar y justificar cuál es el daño que causa la conducta de receptación, y de explicar y justificar en qué reside su incorrección moral, VERDE busca derivar las consecuencias que se siguen de sus premisas fundamentales. Tales consecuencias serían las siguientes: 1) la receptación debe ser de una cosa que proviene directamente de un delito, entendido este como un hecho típico y antijurídico; 2) solo pueden ser objetos de receptación "las *cosas*, esto es, los objetos materiales, cuya comercialización no esté prohibida y que provengan inmediatamente de un delito anterior".[40] Para la autora, debe tratarse de las denominadas *scelere quaesta*, esto es, "objetos materiales ya existentes al momento de la comisión del delito y que su autor obtiene mediante esa comisión".[41] La condición de *scelere quaesta*, agrega, es la nota más relevante que debe presentar la cosa, pues debe provenir "de un *delito* patrimonial anterior".[42]

VERDE se pregunta si el dinero puede ser objeto del delito de receptación. Al respecto, distingue dos usos del dinero: como medio de cambio y como "objeto del mercado financiero".[43]

[36] VERDE, *supra* nota 1, p. 188.
[37] VERDE, *supra* nota 1, p. 189.
[38] VERDE, *supra* nota 1, p. 190.
[39] VERDE, *supra* nota 1, p. 191.
[40] VERDE, *supra* nota 1, p. 236.
[41] VERDE, *supra* nota 1, p. 237.
[42] VERDE, *supra* nota 1, p. 237.
[43] VERDE, *supra* nota 1, p. 238.

Según afirma, cuando el dinero es empleado como medio de cambio, la receptación de ese dinero "no vulnera el bien jurídico que lesiona la receptación, y que *debe* lesionar, por lo demás, para que su castigo penal esté justificado".[44] En tal caso, señala, el comerciante no habrá "cometido receptación alguna, porque recibir dinero ilícitamente obtenido en un caso como este no afecta a los vendedores de esa clase de productos, dado que todo ello tiene lugar dentro del mercado formal".[45] Respecto del dinero, entonces, como medio de cambio, "no es posible recibirlo con 'ánimo de lucro'".[46] En cambio, según la autora, cuando el dinero se emplea en el mercado financiero puede ser objeto del delito de receptación "porque únicamente de esta manera se puede perjudicar o crear el peligro de lesionar el patrimonio de quien opera financieramente de forma lícita prestando dinero".[47] Así, remarca, si se presta dinero en el mercado ilegal, "las tasas de interés serán más bajas que las que ofrecen los bancos o las instituciones que operan de manera leal a las normas o los requisitos para adquirir los préstamos permitirán obtenerlos a muchas personas que no pueden hacerlo por vía legal".[48]

En el capítulo VI, VERDE estudia la autoría en el delito de receptación. Describe lo dispuesto por la legislación alemana, española y argentina, las que, de forma idéntica, excluyen al autor del delito previo de la autoría del delito de receptación.[49] Una *razón formal* para esta exclusión, señala, sería "porque lo dice la ley".[50] Según la autora, la doctrina alemana, española y argentina se han valido de tal argumento para referirse a la impunidad de la autorreceptación.[51] Sin embargo, sostiene que la doctrina esgrime que también existen *razones materiales* para fundamentar tal exclusión.[52] Así, por un lado, se afirma que el delito de receptación es autónomo respecto del delito previo.[53] Por el otro, algunos se apoyan en la doctrina del "delito posterior copenado", tema que la autora desarrolla con profundidad.[54] Según dice, la existencia de una cláusula que expresamente

[44] VERDE, *supra* nota 1, p. 239.
[45] VERDE, *supra* nota 1, p. 239.
[46] VERDE, *supra* nota 1, p. 240.
[47] VERDE, *supra* nota 1, p. 240 s.
[48] VERDE, *supra* nota 1, p. 241.
[49] VERDE, *supra* nota 1, p. 246.
[50] VERDE, *supra* nota 1, p. 246.
[51] VERDE, *supra* nota 1, p. 248 ss.
[52] VERDE, *supra* nota 1, p. 251.
[53] VERDE, *supra* nota 1, p. 251.
[54] VERDE, *supra* nota 1, p. 256 ss.

exija que la receptación deba ser realizada sobre una cosa proveniente de un delito cometido por otro es lo que impide penalizar a los autores o coautores del ilícito anterior. Con relación a los cómplices e instigadores, la autora considera correcta la solución que brinda la legislación alemana, la que, a diferencia de la legislación argentina y española, admite que el delito de receptación pueda ser cometido por un partícipe en el delito anterior, por constituir un hecho independiente no integrado en la pena del delito precedente.[55]

Pero VERDE busca establecer cuál es el sentido de la cláusula normativa que excluye al autor o coautor del delito previo como autor de la receptación.[56] Según afirma, en tanto la receptación supone un acuerdo entre dos partes, una que entrega, la otra que recibe, o una que vende y la otra que compra, el sentido de la regla es "*consagrar la impunidad de la venta o entrega* con fin de lucro que el autor o partícipe del delito previo lleve a cabo para que otro recepte".[57] A juicio de la autora, esa finalidad —la de dejar impune la venta o entrega— no quedaría alcanzada con solo no prohibir esa acción.[58] Por eso, refiere, el legislador argentino advirtió esta situación y "dejó expresamente fuera del círculo de los sujetos que pueden cometer el delito de receptación al autor, coautor y, en algunos países, a los partícipes del delito anterior".[59] Sin embargo, su posición es que tanto el que vende o entrega, como el que compra y recibe, realizan tanto el daño típico del delito de receptación como su incorrección moral o ilicitud material.[60] En consecuencia, ambas conductas deberían ser penalizadas.[61]

En el último capítulo, VERDE analiza una última consecuencia de su teoría, a saber: el fin de lucro como elemento del delito de receptación[62]. Según la autora, la inmoralidad de la receptación reside en "la finalidad egoísta como la de querer obtener por su intermedio una ventaja económica".[63] Si el comportamiento tuviese, por el contrario, un fin altruista, entonces no sería

[55] VERDE, *supra* nota 1, p. 307.
[56] VERDE, *supra* nota 1, p. 253.
[57] VERDE, *supra* nota 1, p. 253.
[58] VERDE, *supra* nota 1, p. 309.
[59] VERDE, *supra* nota 1, p. 309 ss.
[60] VERDE, *supra* nota 1, p. 311.
[61] VERDE, *supra* nota 1, p. 312.
[62] VERDE, *supra* nota 1, p. 315.
[63] VERDE, *supra* nota 1, p. 316.

inmoral.[64] Por ello, concluye que exigir el "fin de lucro en el tipo básico […] es indispensable para que pueda apreciarse en la receptación una clase de conducta *prima facie* inmoral y, por lo menos en principio, merecedora de ser criminalizada".[65] Según dice, si alguien realiza tal acción pero no actúa con fin de lucro, habrá que analizar qué delito comete, pero no ejecutará el tipo penal de receptación.[66]

II. Comentarios críticos a la obra

El libro de VERDE es un valioso aporte para la doctrina penal argentina. En primer lugar, porque se ocupa de los criterios que deben guiar una criminalización legítima y este tipo de análisis —a decir verdad— hasta el momento ha despertado poco interés en el ámbito académico nacional. De allí que este trabajo constituya una buena referencia para todo aquel que esté interesado en profundizar acerca de qué clases de conductas le está permitido penalizar al Estado. En segundo lugar, se trata de una obra necesaria para poder comprender un delito particular como el de receptación, que, por lo general, ha sido abordado dentro del delito de encubrimiento, pero, como bien lo reconoce la autora, solo mediante interpretaciones exegéticas o léxicas de las palabras empleadas por el legislador.[67] Incluso, en tanto la obra aborda un estudio de *lege ferenda*, ofrece sólidos lineamientos a tener en cuenta al momento de criminalizar la conducta de receptación en una futura reforma al Código penal. En tercer lugar, y aunque no sea el objetivo principal, el libro presenta un desarrollo profundo y claro de la doctrina del "delito posterior copenado", tema que también ha sido analizado de modo muy superficial en la doctrina argentina.

Párrafo aparte merece el estilo de redacción del libro. Destaco la claridad con que VERDE expresa sus ideas, describe teorías, las critica y fundamenta su propia tesis. El lector, con una sola lectura, ya podrá informarse del contenido del trabajo, pues, si bien se trata de un texto científico, está escrito con un lenguaje accesible y sencillo. Asimismo, la obra sobresale por sus recursos argumentativos, tanto al momento de criticar las posturas contrarias a la sostenida por la autora como cuando resulta necesario justificar su pensamiento propio. Y si bien en algunos pasajes la prosa puede resultar un poco reiterativa, esto puede verse como una virtud que permite mantener el hilo

[64] VERDE, *supra* nota 1, p. 316.
[65] VERDE, *supra* nota 1, p. 316.
[66] VERDE, *supra* nota 1, p. 316.
[67] VERDE, *supra* nota 1, p. 247.

de las ideas principales que iluminan el trabajo. Desde este punto de vista, entonces, considero que el libro puede servir como un buen modelo de trabajo para todo aquel que desea iniciar una tesis doctoral.

Por último, la investigación muestra de modo prolijo las premisas que VERDE defiende y cuáles son las consecuencias que deben seguirse para el delito de receptación. Así, se podría decir que otra ventaja que presenta el trabajo es su coherencia interna. Pues todas las conclusiones a las que arriba la autora, en principio, se siguen de las premisas que adopta. Que tales conclusiones, en algunos casos, puedan resultar contraintuitivas para el lector es algo que, en todo caso, quedará abierto a una discusión posterior.

Ahora me gustaría señalar algunas objeciones que se pueden realizar a la investigación de VERDE. La primera objeción se proyecta sobre la idea del daño que produce la receptación. Aquí me interesa marcar lo que podría ser una contradicción importante en la argumentación de la obra.

Según VERDE, el mercado debe ser tutelado por el derecho penal porque es una institución valiosa que promueve el bienestar de los ciudadanos. Hasta donde alcanzo a ver, esta afirmación podría formularse de manera más general: *merece protección penal toda institución que promueva el bienestar de los ciudadanos*. Sin embargo, la autora critica la "teoría de la vigencia del derecho" porque busca proteger al derecho penal, pero, según afirma, el derecho penal "no puede tener como finalidad protegerse *a sí mismo*".[68] Ahora bien, si el punto de partida es que las instituciones que promueven el bienestar de los ciudadanos debe ser materia de protección penal, entonces, nada impediría proteger al derecho penal con el derecho penal. Pues, es innegable que se trata de una institución que, a través de la protección de bienes jurídicos, trata de promover el bienestar de las personas. Para decirlo de otro modo: sin el derecho penal, las personas podrían sentirse más inseguras respecto de sufrir daños a sus bienes; la existencia del derecho penal, que busca reprimir conductas lesivas a esos bienes, trata de fomentar —al igual que el mercado— una mejor calidad de vida para las personas. De ahí que mi objeción es que la autora fundamenta su posición justamente en aquello que antes había criticado a la teoría de la vigencia del derecho, con la diferencia de que esta última hace referencia a la necesidad de proteger la institución "derecho penal", en tanto la

[68] VERDE, *supra* nota 1, p. 113.

autora pone el acento en la institución "mercado". En definitiva, podría decir que, después de todo, *esa* crítica que dirige a la teoría de la vigencia no estaría justificada.

En segundo lugar, VERDE señala que el delito de receptación se debe ejecutar con la finalidad egoísta de obtener una ventaja económica. Descarta, así, que tal ilícito se configure cuando se lleva a cabo con un objetivo altruista, como, p. ej., cuando el propietario desposeído se presenta en el mercado negro y trata de recuperar la cosa que le ha sido robada. Si bien la postura de la autora es sólida, no es menor preguntarse cómo deberíamos tratar al autor altruista. Esto, como se advertirá, no es un objetivo de su trabajo, pero cabría preguntarse si tal propietario no afectaría la administración de justicia cuando pretende recuperar la cosa "por mano propia". Una línea de trabajo en tal sentido ya ha sido encarada, p. ej., en los supuestos en que el dueño de la cosa hurtada trata de recuperarla por sí mismo de quien es su ladrón.[69] Tal vez, se podría pensar, entonces, que la acción del titular, aunque no fuera típica de receptación, no obstante, podría constituir un caso de favorecimiento personal al autor, pues su conducta ayudaría a mantener el delito sin investigar.

La tercera objeción se refiere a una conclusión que me parece contraintuitiva, a saber: que el dinero, cuando es utilizado como medio de cambio, no podría ser objeto de receptación. La autora deriva esta consecuencia de la inexistencia de un daño, pues allí no se afectan las expectativas de los ciudadanos en el mercado formal. Esto puede resultar lógicamente correcto, pues es una derivación necesaria de la premisa de las que la autora parte. Pero la idea de que el dinero quede excluido de la receptación aparece como una conclusión difícil de aceptar. Después de todo, el dinero es un objeto material y se podría decir que cuando se piensa en los casos paradigmáticos de receptación, uno de los objetos en que se piensa es el dinero.

De todos modos, VERDE no afirma que la receptación de dinero deba quedar impune. Al contrario, en algunos pasajes de su obra hace referencia a que ese comportamiento puede quedar abarcado por las figuras delictivas del favorecimiento real o el lavado de activos. Sin embargo, tal solución jurídica no resulta tan sencilla si se toman en cuenta dos premisas que la autora ha sostenido: una en este mismo trabajo y otra en un trabajo diferente. En la presente obra, la autora pone de manifiesto que el daño de la receptación no puede residir en el incremento de las posibilidades de que el dueño de la cosa no pueda recuperarla, porque, como ella afirma, la

[69] Sobre esto, recomiendo el interesante trabajo de PEDERNERA., "El ilícito de apropiarse de lo que es de uno", en *Fundamentos del Derecho Penal y delitos de cuello blanco*, Córdoba, Alveroni, 2019, pp. 79-105.

receptación aumenta la posibilidad de que aquella pueda ser recuperada. Si esto es así, entonces lo mismo vale para el dinero, por lo que tal obtención de dinero proveniente de un delito no podría ser considerado como un delito contra la administración de justicia. Ahora bien, en otro trabajo[70] la autora ha señalado que los actos de consumo realizados con dinero no pueden ser catalogados como actos de lavado de dinero, con lo cual, en muchos casos, el uso del dinero como medio de cambio no podría ser considerado como un comportamiento típico de ese ilícito. En definitiva, la consecuencia de excluir el dinero como medio de cambio como objeto del delito de receptación podría generar casos de impunidad que, a mi juicio, merecerían castigo. No obstante, reconozco que parto de una intuición que, para poder ser mantenida, requeriría de una mayor fundamentación, algo que —por razones de espacio— no puedo realizar en este comentario bibliográfico.

Para finalizar, considero que el tratamiento que la autora brinda a la doctrina del "delito posterior copenado" aparece como excesivo para la finalidad que persigue, que es la de demostrar que la impunidad de la autorreceptación se debe a que es "fáctica y conceptualmente imposible".[71] Es más, se podría decir que el desarrollo que tiene el tema aparece como una "obra dentro de la obra". Entonces, sobre tal cuestión, a quien tenga intenciones de leer el libro le sugeriría lo siguiente: si solo quiere conocer la posición de VERDE en materia de autorreceptación, puede omitir esta parte y dirigirse al último punto del capítulo.

III. A modo de cierre

Espero haber dado una aproximación precisa de las virtudes y problemas que el libro puede ofrecer. He tratado de realizar un análisis descriptivo y crítico que permita al futuro lector o lectora de esta obra saber qué puede esperar. Serán ellos quienes podrán coincidir con la interpretación que he realizado en este comentario bibliográfico. En cualquier caso, entiendo que se trata de un trabajo novedoso, valioso y necesario para la discusión penal argentina.

[70] VERDE, "¿Es el autolavado un delito posterior co-penado?", en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 2, 2016, pp. 55-85.

[71] VERDE, *supra* nota 1, p. 298.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 225-229

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 o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del autor o los autores. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de "(ed.)" y, si es compilador, de "(comp.)". En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo "/", y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al*. (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis "(eds.)" y si son compiladores "(comps.)".

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van "entre comillas dobles". En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de

volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, "¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, "El desistimiento de la tentativa. La 'voluntariedad' como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal", en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, "New Court, Old Dogmatik", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los "autos" (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, "Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case", 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico

o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, "'Umräumen von Möbeln' auf offener Bühne", en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, "§ 242", en S/S-StGB, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá

solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquel y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

***

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros

externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).

***

EN LETRA
DERECHO PENAL

Año V, N.º 9, Nov. de 2019

Dirección:
Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sec. de Redacción)

Comité Editorial:
Antonella Donnes
Ezequiel Jiménez
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Alejandra Verde
Thomas Wostry

Consejo Académico:
Kai Ambos
María Laura Böhm
Hernán Bouvier
Alejandro Chehtman
Luis Chiesa
Fernando Córdoba
Marcelo Ferrante
George P. Fletcher
Luís Greco
Hernán Gullco
Alejandro Kiss
Máximo Langer
Marcelo D. Lerman
Marina Lostal Becerril
Ezequiel Malarino
María Laura Manrique
Juan Pablo Montiel
Héctor Olásolo Alonso
Daniel Pastor
Gabriel Pérez Barberá
Marcelo A. Sancinetti
Eugenio Sarrabayrouse
Alejandra Verde
Patricia Ziffer