

E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año V, N.º 10  
Mayo de 2020  
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 Díaz

La Pampa 2670, 2.º piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

[enletrapenal@enletra.com](mailto: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.

## **DIRECCIÓN**

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

## **SUBDIRECCIÓN**

José R. BÉGUELIN (UBA)

Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

## **SECRETARÍA DE REDACCIÓN**

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

## **COMITÉ EDITORIAL**

Antonella DONNES (UBA)

M<sup>a</sup>. Belén RODRÍGUEZ MANCENIDO (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY)

Carla SALVATORI (UBA)

Santiago MOLLIS (CORNELL UNIVERSITY)

Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

Diana VELEDA (UTDT)

Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA)

Agustina SZENKMAN (UBA)

Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

## **CONSEJO ACADÉMICO**

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UIDESA)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

Ezequiel MALARINO (UIDESA/CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/CONICET)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Héctor OLÁSULO ALONSO (UROSARIO)

Julieta Di CORLETO (UTDT)

Daniel PASTOR (UBA)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Luis GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Hernán GULLCO (UTDT)

Alejandra VERDE (UIDESA/UTDT)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Patricia ZIFFER (UBA)

Máximo LANGER (UCLA)



**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.

## **EDITORIAL**

### **IN MEMORIAM**

La fecundidad de los años de Autónoma, Jesús-María Silva Sánchez, 5

Julio Maier, in Memoriam, Gabriel Pérez Barberá, 10

### **COLUMNAS**

Las lágrimas del juez, Mariana Noé y Adrian Ward, 13

Recomendaciones de triaje en la crisis del Coronavirus, Eric Hilgendorf, 22

La vida no es imponderable, Frauke Rostalski, 26

### **ARTÍCULOS**

La estructura típica de la administración desleal, Juan Pablo Mañalich, 31

Receptación, no encubrimiento, Alejandra Verde, 54

Sistema de intervención delictiva y concepto de autor, Ítalo Reyes Romero, 108

El delito de explotación laboral en el orden jurídico argentino, Patricia Gallo, 144

Responsabilidad y discurso, Juan Zelaya, 169

### **TRADUCCIONES**

Violación como relaciones sexuales no consentidas, Tatjana Hörnle, 197

El concepto de verdad en el derecho penal, Eric Hilgendorf, 218

### **RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

“El poder de no punir”, de Paolo Caroli, Pablo Eiroa, 232

“Condenas erróneas en los Estados Unidos” de Matías Díaz, Pablo Rovatti, 248

### **PAUTAS DE PUBLICACIÓN**

### **PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN**

## **EDITORIAL**

### **IN MEMORIAM**

The fertility of the Autónoma University years, Jesús-María Silva Sánchez, 5

Julio Maier, in Memoriam, Gabriel Pérez Barberá, 10

### **COLUMNS**

The tears of the judge, Mariana Noé y Adrian Ward, 13

Triage recommendations in the Coronavirus crisis, Eric Hilgendorf, 22

Life is not immeasurable, Frauke Rostalski, 26

### **ARTICLES**

The conceptual structure of disloyal administration, Juan Pablo Mañalich, 31

Reception, not Concealment, Alejandra Verde, 54

Participation System and the Concept of Perpetrator, Ítalo Reyes Romero, 108

The crime of labor exploitation in the Argentine legal order, Patricia Gallo, 144

Responsibility and discourse, Juan Zelaya, 169

### **TRANSLATIONS**

Rape as Non-Consensual Sex, Tatjana Hörnle, 197

The concept of truth in Criminal Law, Eric Hilgendorf, 218

### **BOOK REVIEWS**

“El poder de no punir”, by Paolo Caroli, Pablo Eiroa, 232

“Condenas erróneas en los Estados Unidos” by Matías Díaz, Pablo Rovatti, 248

### **GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES**

### **EVALUATION PROCEEDINGS**

## Editorial

En esta ocasión hemos decidido no escribir un editorial. En los últimos meses, la ciencia jurídico-penal de habla hispana ha sufrido dos pérdidas irreparables con el fallecimiento de los profesores Santiago Mir Puig y Julio Maier. Por esa razón, desde En Letra: Derecho Penal hemos decidido ceder el espacio para dos homenajes, a cargo de discípulos de ambos profesores. Sin más, les ofrecemos estos dos trabajos de Jesús-María Silva Sánchez (Universitat Pompeu Fabra) y de Gabriel Pérez Barberá (Universidad de Córdoba), en homenaje a sus respectivos maestros.

In Memoriam

LA FECUNDIDAD DE LOS AÑOS DE LA “AUTÓNOMA”  
SANTIAGO MIR PUIG (1947-2020), IN MEMORIAM

Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez\*

---

Como saben todos los lectores, el pasado 6 de mayo falleció Santiago MIR PUIG. Para una mera necrológica, es tarde.<sup>1</sup> Para el recuerdo emocionado, seguramente no es este el lugar. Una valoración completa de la trascendencia de su obra, que apenas se puede palpar en los dos Libros Homenaje que recibió en vida, requiere tiempo y distancia.<sup>2</sup> Con todo, sí es posible perfilar aquí — a modo de breve homenaje— una característica que le resalta frente a cualquier otro penalista de nuestra cultura. En efecto, una gran singularidad de la obra de MIR PUIG es que, siendo esencialmente sistemática, su estructura se define con firmeza ya en los últimos años de la veintena y los primeros de la treintena del autor. Así, en el período comprendido entre 1976 y 1982 —sus años en la Universidad Autónoma de Barcelona— quedan fijados los fundamentos de su teoría del Derecho penal. Por tanto, puede afirmarse que las obras determinantes de su trayectoria son la

---

\* Universitat Pompeu Fabra (UPF). Este texto fue escrito como Editorial de la sección de Derecho penal de *InDret* 3/2020.

<sup>1</sup> Se han escrito muchas. Entre ellas, pueden confrontarse los enlaces: [https://www.upf.edu/web/dret/noticies//asset\\_publisher/W8R4C1KECQIt/content/id/234837493/maximized](https://www.upf.edu/web/dret/noticies//asset_publisher/W8R4C1KECQIt/content/id/234837493/maximized), sobre MIR PUIG y la Universidad Pompeu Fabra; <https://runrun.es/opinion/406693/santiago-mir-puig-en-venezuela-in-memoriam-por-juan-luis-modolell-gonzalez/>, sobre MIR PUIG y Venezuela; <https://aldia.microjuris.com/2020/05/07/in-memoriam-santiago-mir-puig/>, sobre MIR PUIG y Puerto Rico.

<sup>2</sup> LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, 2010; SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (eds.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Madrid, Edisofer, 2017. También el homenaje en alemán: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 12/2017. *Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag*.

*Introducción a las bases* (1976)<sup>3</sup> y las dos ediciones (1979, 1982) de la *Función de la pena y teoría del delito*.<sup>4</sup>

Ciertamente, la *Introducción*, pese a estar condicionada por la estructura propia del primer ejercicio de las tradicionales “oposiciones a cátedra” —concepto, método y fuentes de la disciplina—, no era nada convencional. Desde sus primeras páginas<sup>5</sup>, proponía la liberación de la dogmática de la actitud positivista por dos vías: por un lado, mediante la introducción de consideraciones valorativas (“políticas”, decía);<sup>6</sup> por otro lado, mediante la orientación a la realidad del caso.<sup>7</sup> No es difícil advertir aquí la influencia de Claus ROXIN, un autor de cabecera para MIR PUIG. Sin embargo, lo cierto es que una de las influencias fundamentales en la *Introducción* fue la de un libro de Rolf Peter CALLIESS (1935-2018).<sup>8</sup> Esta obra, no especialmente relevante en la discusión alemana, se convirtió, mediante su recepción por MIR PUIG, en un libro famoso en España, hasta el punto de ser conocido —al menos de oídas— para todos los penalistas españoles de los años ochenta en adelante. CALLIESS proponía la reconstrucción de la teoría del Derecho penal con base en dos criterios fundamentales: por un lado, la función social comunicativa de las normas penales; por otro lado, la orientación al marco político-constitucional. En cuanto a lo primero, se podía advertir en él la acogida del funcionalismo propio de la teoría de los sistemas sociales, aunque en una variante dialógica.<sup>9</sup> Esta respondía a la influencia intelectual tanto de Talcott PARSONS y de LUHMANN, como de HABERMAS. Sin embargo, pese a la simpatía con la que valoraba esta concepción de las normas,<sup>10</sup> lo cierto es que MIR PUIG no la desarrolló. En cambio, la orientación a la Constitución que proponía

---

<sup>3</sup> MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1.ª ed., Barcelona, Bosch, 1976.

<sup>4</sup> MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1ª ed., 1979, 2ª ed., 1982. A lo que cabría añadir las Adiciones de Derecho español a la traducción del Tratado de JESCHECK (1981), que se convirtieron en el embrión de su manual.

<sup>5</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3, pp. 8, 82-88.

<sup>6</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3, pp. 288-293, 303. Aludía a que “proclamar una metodología políticamente ‘comprometida’ constituye una exigencia del actual momento cultural” (p. 301). En concreto, a la idea de Estado democrático, que es garantía no solo de la libertad formal y de la fraternidad de los ciudadanos, sino de su “efectiva —concreta— igualdad” (p. 302).

<sup>7</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3, pp. 281 y ss.

<sup>8</sup> CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Fischer, Frankfurt, 1974.

<sup>9</sup> En 2005 apareció, con ocasión de sus setenta años, una recopilación de trabajos de CALLIESS precisamente bajo este título: CALLIESS, *Dialogisches Recht. Beiträge zur Rechtstheorie und zu den Grundlagen des Strafrechts im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

<sup>10</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 30.

CALLIESS, aunque enfocada en términos algo distintos,<sup>11</sup> se convirtió en el signo de distinción de toda la obra de MIR PUIG.<sup>12</sup> La adopción del método de una dogmática creadora tomaba así, como referencia fundamental, las que a su juicio eran las valoraciones básicas derivadas de la noción de Estado social y democrático de Derecho. Esta noción había sido acogida en la Constitución española de 1978 siguiendo el modelo alemán.

Para la visión del Derecho penal de MIR PUIG era decisiva la concepción imperativa de la norma.<sup>13</sup> Sin embargo, ello no se debía a razones de ontología de las normas ni de la acción, sino decididamente funcionales. En efecto, MIR PUIG vinculaba la concepción imperativa con la función de motivación de las normas —y también de las conminaciones penales abstractas—. Por eso, y pese a que en sus reflexiones siempre estuvo presente Armin KAUFMANN,<sup>14</sup> desde 1976 se advertía en él asimismo la influencia de Enrique GIMBERNAT ORDEIG.<sup>15</sup> En todo caso, la consecuencia dogmática de ese enfoque era inicialmente la inclusión en el centro del injusto del “momento subjetivo de desobediencia, el dolo”, como “voluntad negadora de la prohibición o mandato”.<sup>16</sup> Esta línea la desarrolló en *Función de la pena y teoría del delito* y, todavía más, en su trabajo sobre la perspectiva *ex ante* en la teoría del delito.<sup>17</sup>

En este punto, sin embargo, hubo siempre un “pero”. Poco a poco, fue pensando que una concepción del sistema que se centrara en la infracción de la norma de conducta era autoritaria. Además, tenía el inconveniente de que aparentemente dejaba fuera de la antijuridicidad la producción del resultado. Si se examinan las dos ediciones de *Función de la pena y teoría del delito* se puede advertir la incomodidad que generan en MIR PUIG las críticas a la minusvaloración del resultado y la asociación de su planteamiento a las tesis de ZIELINSKI en Alemania. Esa preocupación le acompañó durante años. Una segunda incomodidad derivaba de que el sujeto activo solo puede infringir la norma si conoce que está actuando contra los bienes jurídicos. Esto significa que el

---

<sup>11</sup> Para CALLIESS, en una línea crítica bastante en boga en los años setenta, la pena solo podía ser aseguramiento y resocialización participativa (dialogica). MIR PUIG compartía el alejamiento de la retribución, pero en su planteamiento lo decisivo era la prevención general negativa.

<sup>12</sup> MIR PUIG, “Rechtsgüterschutz durch dialogisches Strafrecht”, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 2006, pp. 667 y ss.

<sup>13</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 56.

<sup>14</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 58, nota 87.

<sup>15</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3, pp. 57-58, 106-107.

<sup>16</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 58. Compárese esto con las páginas 44-45 de la primera edición de *Función de la pena: lo prohibido sería una conducta que pueda “modificar las expectativas sociales”*.

<sup>17</sup> MIR PUIG, “La perspectiva *ex ante* en Derecho penal”, en *ADPCCP*, 1983, pp. 5 y ss.

conocimiento de la antijuridicidad tiene que ser requisito de la antinormatividad. Pero entonces está claro que no cabe identificar antijuridicidad y antinormatividad. A mediados de los noventa, creyó haber resuelto ambos dilemas. Para ello era necesario articular dos conceptos que se entrecruzaban parcialmente. Por un lado, un concepto objetivo-subjetivo de antijuridicidad, que constituiría la columna (des-)valorativa del delito, incluyendo tanto el desvalor del resultado como el de la conducta. Por otro lado, un concepto de antinormatividad entendida como infracción, que necesariamente tenía que comprender el conocimiento de la antijuridicidad. Esta sería condición de la denominada imputación personal.<sup>18</sup>

En cuanto al objeto de protección del Derecho penal, MIR PUIG partía ciertamente de Roxin, pero se alejaba de este para incorporar los desarrollos funcionalistas de CALLIESS. Afirmaba que el Derecho penal solo podía utilizarse “respecto de hechos disfuncionales para los sistemas sociales”.<sup>19</sup> Pero “si el Derecho ha de proteger los sistemas sociales, es solo en cuanto ello supone la defensa del individuo”. El peligro de la idea de la “disfuncionalidad” es que se tomen en cuenta solo “las necesidades del conjunto social, descuidándose las del individuo”.<sup>20</sup> Al tiempo, acogía también el concepto de bien jurídico de CALLIESS: posibilidad concreta y voluntaria de participación en los sistemas sociales. Este concepto no lo abandonó nunca, como tampoco lo hizo con la función de motivación de las normas. Esta última la vinculaba con su justificación del Derecho penal sobre la base de la protección de bienes jurídicos mediante la coacción psicológica.

En efecto, pese a los matices que fue introduciendo con el paso de los años,<sup>21</sup> MIR PUIG se mantuvo en una fundamentación del Derecho penal sobre la prevención general negativa. Como FEUERBACH y GIMBERNAT ORDEIG, él era determinista, aunque esto no le condujo a desechar la propia noción de responsabilidad. Sí rechazaba, por entender que era moralizante, el término “culpabilidad” y hablaba de imputación personal, cuyo contenido vinculaba a la idea de igualdad. En 1976 le había dado un fuerte contenido socio-político a esa idea. Así, mantenía que la “realidad del

---

<sup>18</sup> MIR PUIG, “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, en *ADPCP*, 1994, pp. 5 y ss.; MIR PUIG, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Dr. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 73 y ss.; MIR PUIG, “Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal”, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 1307 y ss.

<sup>19</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3, p. 136

<sup>20</sup> MIR PUIG, *supra* nota 3 p. 138.

<sup>21</sup> MIR PUIG, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, en *ADPCP*, 1986, pp. 48 y ss.

hombre concretamente condicionado por sus circunstancias económico-sociales” conduce a que “la concreta culpabilidad dependa también de estas circunstancias sociales, que pueden llegar a excluirla y a menudo la han de modificar”.<sup>22</sup> Ello lo reiteraba, con más suavidad, en 1982. Pero finalmente no lo desarrolló. En todo caso, la idea de culpabilidad la concibió desde esos primeros años como un límite a la prevención. Ello le distanciaba del ROXIN de los años setenta —no tanto del ROXIN posterior— y, desde luego, de GIMBERNAT ORDEIG.<sup>23</sup> Con esa pretensión limitadora, adoptó la noción de motivación normal, presente ya en VON LISZT, como base de la culpabilidad.

Finalmente, el sistema se cerraba, también por influencia de ROXIN y CALLIESS, que lo derivaba de la noción de Estado democrático, con la configuración resocializadora de la ejecución de la pena. En todo caso, su idea era que la ejecución estuviera presidida por una concepción dialógica, esto es, participativa y no autoritaria.<sup>24</sup>

Para acabar de situar al MIR PUIG de 1982 sería necesario dar mayor extensión a estas páginas. Cabe discutir, en concreto, qué clase de normativista era MIR PUIG,<sup>25</sup> porque *volens nolens* lo era. Mi opinión es que era un normativista individualista y que lo que rechazaba era un normativismo social o jurídico construido sobre la base del funcionalismo holista. Asimismo, hay que discutir sobre qué teoría de la interpretación de las leyes sostenía, porque en 1976 se había adherido a las tesis de la *Juristische Methodik* de Friedrich MÜLLER,<sup>26</sup> aunque luego no le dio más vueltas a esa doctrina.

Conocí a Santiago MIR PUIG en octubre de 1977. No compartía muchos aspectos de su *Weltanschauung*, cosa que a ninguno de los dos nos importó nunca. En junio de 1981, le confirmé que quería ser penalista académico bajo su dirección. Si se tiene en cuenta lo que pude oír y leer en esos años, creo que es fácil entender por qué. Muchas gracias y hasta siempre, querido Santiago.

---

<sup>22</sup> MIR PUIG, supra nota 3, p. 316.

<sup>23</sup> MIR PUIG, supra nota 3, pp. 67, 97, 100, 124 y ss.

<sup>24</sup> MIR PUIG, supra nota 3, pp. 109, 164-165.

<sup>25</sup> MIR PUIG, “Límites al normativismo en Derecho penal”, en Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 665 y ss.

<sup>26</sup> MIR PUIG, supra nota 3, pp. 333 y ss.

## JULIO MAIER, IN MEMORIAM

Prof. Dr. Gabriel PÉREZ BARBERÁ\*

---

El lunes 13 de julio, ya en horas de la noche, recibo en el teléfono celular un llamado directo de Eugenio Sarrabayrouse. Somos amigos íntimos, pero nunca nos comunicamos así, sin previo aviso, y menos tan tarde en la noche. Antes de responder lo pensé: pasó algo; y lo pensé más directamente: falleció Julio. Tuve ese golpe de angustia en el pecho ya segundos antes de escuchar la noticia. Sabíamos *en abstracto* que en cualquier momento podía pasar: Julio cargaba con problemas serios de salud. Pero por alguna razón tendemos a pensar que nuestros seres queridos son, incluso físicamente, eternos, inmortales. No hay lógica retrospectiva, entonces, que ayude a mitigar el dolor que produce la noticia consumada. Con Julio, con María Inés, su esposa, durante exactamente treinta años fuimos, antes que nada, amigos, en el sentido fuerte y profundo que él daba a ese vocablo y al sentimiento que involucra. Por eso tanta tristeza hoy, tanta sensación de vacío.

A Eugenio, a Daniel Pastor y a mí, además, se nos suma una desazón adicional: la de no haber podido terminar el tomo IV del Tratado de Julio antes de que falleciera. Nos había encomendado a los tres esa tarea hacía ya un par de años, pero Daniel y yo no llegamos a finalizar nuestras partes (Eugenio sí). A la vez tuvimos la satisfacción de haberle enviado, la semana previa a que muriera, nuestros capítulos ya muy avanzados, casi terminados. Pero no *terminados*. Julio los recibió y estaba contento. Había leído ya todo lo de Eugenio y lo que habíamos alcanzado a entregarle Daniel y yo hacía unos meses y se había entusiasmado. Pero no pudo ver las versiones finales. Unos días después de su fallecimiento nos reunimos por videollamada los tres y acordamos en que el mejor homenaje que podíamos hacerle a quien tanto nos enseñó era terminar y publicar el tomo IV. En eso estamos.

No es necesario explayarse demasiado respecto de lo que significó Julio Maier tanto para la academia como para la reforma del sistema de administración de justicia penal en Argentina y en

---

\* Profesor titular (catedrático) por concurso de Derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor de Derecho penal profundizado en la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Contacto: gperezbarbera@gmail.com.

Latinoamérica: todos lo saben. No obstante, quizá para los más jóvenes sea oportuno comentar que Julio, en su momento, elevó los estándares de excelencia académica a niveles no conocidos con anterioridad. A todos los que se acercaron a él les puso una vara muy elevada de exigencia que redundó en una segunda “época dorada” para el derecho procesal penal en Argentina, digamos desde finales de 1980 hasta poco antes de finalizada la primera década del nuevo milenio (la primera se había dado en Córdoba en tiempos de Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo, precisamente con quienes Julio se había formado mientras era estudiante; a la tercera la está construyendo Daniel Pastor). Sus resultados de muy alta calidad científica pueden rastrearse en el ya casi inabarcable aluvión bibliográfico de esos tiempos, tanto en revistas como en monografías. Editores del Puerto (que publicó “Nueva Doctrina Penal”), bajo el cuidado de Alberto Bovino, y Ad-Hoc (que publicó “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”), bajo el cuidado de Rubén Villela, lideraron aquellas ediciones.

Por supuesto que, vistas desde hoy, algunas de las exigencias que nos impuso Julio no parecen ya necesarias, y hasta pudieron haber sido un tanto contraproducentes porque, seguramente, inhibieron a personas valiosas. Esto de tener que aprender alemán (sí o sí), de tener que ir a Alemania (sí o sí), de escribir tesis doctorales muy extensas que dieran cuenta exhaustiva del estado de la discusión en lugar de concentrarse en resolver un problema, etc. De hecho, creo que, en nuestro ámbito, Daniel Pastor, Eugenio Sarrabayrouse y yo, entre otros, representamos algo así como el último eslabón de una forma de hacer academia en Argentina —la que Julio nos enseñó— que ya no es la que recomendamos a quienes tenemos el gusto de dirigir sus tesis doctorales. Hoy les exigimos, por supuesto, que obtengan una beca doctoral para una estadía prolongada de investigación en el extranjero, pero les sugerimos que no descuiden ni el aporte alemán ni el anglosajón; y les pedimos que se concentren en desarrollar *un* argumento para resolver *un* problema acotado, no en describir una categoría general ni en exponer una inabordable evolución histórica. En suma: ¡todo lo contrario a lo que hicimos nosotros!

Lo cierto, con todo, es que en la época en la que Julio exigía todo aquello ese era el (buen) estándar de los tiempos: hacer lo que, en Alemania, se conoce como “tesis de habilitación”, que es un trabajo posterior a la tesis doctoral, siempre más complejo y extenso, para acceder a una plaza de profesor *full time* en la universidad. Y esto es lo que, a mi juicio, caracterizó a Julio en su largo período de máxima y mejor productividad: estar siempre a la altura de los tiempos; saber distinguir con velocidad hacia dónde “iban las cosas” y anticiparse o sumarse en el momento oportuno a discusiones que después marcarían a una generación entera. Pero lo que lo distinguía era su

capacidad científica para abordar esos temas con una profundidad y un conocimiento bibliográfico muy difíciles de conseguir: Julio, en esa larga etapa, supo estar siempre al día, pero sin ser jamás superficial.

Por eso creo que honrar su legado científico exige, entre tantas otras cosas, que sepamos estar a la altura de *estos* tiempos, en los que él ya no escribía académicamente y en los que, desde hace tan poco, él ya no está. Es lo que le habría gustado y, de hecho, lo que nos pedía en sus últimos años, en particular cuando conversábamos acerca de las características que debía tener su “tomo IV”. Nos insistía: “el libro, ahora, es de ustedes, escriban lo que ustedes piensen, no lo que crean que yo podría pensar; no titubeen en contradecirme en todo lo que les parezca que esté mal de mi obra anterior; no duden en abandonar puntos de vista que ya no les parezcan acertados”. Casi textual, diría. Ese era Julio.

Intento “hacerle caso” en estos días, mientras con dificultad trato de no pensar demasiado en sus ojos brillando finitos cuando algo, cerveza de por medio, *realmente* lo entusiasmaba. Así se ponen mis ojos también por alguna lágrima a punto de escaparse mientras lo recuerdo, mientras escribo esto, por ejemplo.

## LAS LÁGRIMAS DEL JUEZ. BREVE ENSAYO EN FAVOR DE LA EDUCACIÓN EMOCIONAL

Mariana Beatriz NOÉ y Adrian Henry Franklin WARD\*

Fecha de recepción: 31 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 15 de agosto de 2020

### I. Introducción

En 1995 Samuel Brownridge fue declarado culpable de homicidio y encarcelado. Veinticinco años después, el 23 de junio de 2020, en una audiencia virtual se mostró que el juicio original había estado plagado de irregularidades. No habían llegado a declarar testigos de la defensa. Los testigos oculares se habían retractado tras haber identificado a Brownridge. El arma del homicidio jamás se había encontrado.<sup>1</sup>

Brownridge, que tenía diecinueve años cuando perdió su libertad, no pudo contener las lágrimas al escuchar que el fallo iba a ser anulado. Cuando le dieron la palabra, agradeció a su madre, quien había fallecido mientras él todavía estaba en la cárcel. Al retomar la palabra, el juez Joseph Zayas estaba visiblemente conmovido. “Se supone que los jueces no deben llorar en el tribunal” dijo, mientras se secaba las lágrimas.<sup>2</sup>

---

\* Columbia University y Fordham University.

<sup>1</sup> Para más información sobre el caso, ver *The People of the State of New York v. Brownridge*, 2020 N.Y. Slip Op. 20144 (N.Y. Sup. Ct. 2020). El video completo de la audiencia está disponible online en <https://www.law.com/newyorklawjournal/2020/06/25/watch-the-video-brownridge-murder-exoneration-hearing-and-judges-calls-for-reforms/>.

<sup>2</sup> Salvo que se indique lo contrario en una nota al pie, todas las traducciones del idioma inglés son nuestras.

En este breve ensayo examinamos la creencia detrás de la afirmación del juez Zayas. En la primera sección, hacemos un breve repaso de la historia de censura emocional en el poder judicial. En la segunda sección, presentamos tres razones por las cuales las emociones están íntimamente ligadas al derecho en general y a la labor de los jueces en particular. En la tercera sección, examinamos tres propuestas en favor de la educación de los jueces en materia de regulación y desarrollo emocional. Cerramos el ensayo con la discusión de una posible objeción a nuestro planteo.

## II. El derecho y la razón

Según LAKS<sup>3</sup>, el diálogo platónico *Leyes* es la primera obra “genuina” de filosofía política de la tradición occidental. No es para menos: en este diálogo PLATÓN no solo describe la finalidad, causas y fundamentos de la legislación, sino que también elabora ciento quince leyes<sup>4</sup> con sus respectivos comentarios para su futura implementación. Los jueces, junto con el consejo de ancianos, son la fuente máxima de autoridad de la ciudad imaginada en *Leyes*.<sup>5</sup> Ahora bien, en los párrafos más importantes respecto de la función de los jueces, PLATÓN los caracteriza como aquellos que deberán oscilar entre el silencio y la *eufemia* (en griego antiguo, εὐφημία).<sup>6</sup> Esta última, de la cual proviene nuestra palabra “eufemismo”, simboliza el uso pío del lenguaje y la abstinencia del discurso blasfemo. Así, los jueces en *Leyes* parecen habilitados a actuar solo a través de la censura y la abstinencia, ya del lenguaje impropio, ya de todo el lenguaje.

Una segunda caracterización puede encontrarse *ex negativo* en *Leyes* IX 876a y ss., donde PLATÓN describe a los jueces y miembros del jurado como opuestos al público de los teatros. El público ateniense es allí caracterizado como emocional y ruidoso, una descripción recurrente a lo largo de la obra platónica.<sup>7</sup> Esto quiere decir que a la calidez emocional y verborragia del teatro se le opone

---

<sup>3</sup> LAKS, “The Laws” en ROWE/SCHOFIELD (eds.), *The Cambridge History of Greek and Roman Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 258.

<sup>4</sup> De acuerdo con la numeración hecha por SAUNDERS en PLATO, “Laws” en COOPER (ed.), *Plato. Complete Works*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1997.

<sup>5</sup> Sobre el consejo de ancianos se habla brevemente en el último libro de *Leyes*, el número doce. Un poco más difícil es localizar la discusión respecto de los jueces de la ciudad, ya que se encuentra desperdigada entre los libros seis, nueve, once y doce de la obra.

<sup>6</sup> Podemos encontrar algunos ejemplos de esto en *Leyes* VI 766d4, *Leyes* IX 876b1, *Leyes* IX 876b3, *Leyes* XII 957b5 y *Leyes* XII 957b6. Incluimos en las citas de las obras platónicas la paginación tradicional de Stephanus.

<sup>7</sup> Ver también *Íón* (*passim*) y *República* X 604d y ss.

la frialdad racional<sup>8</sup> y el silencio de los tribunales. La caracterización platónica no muere con el filósofo griego, sino que vuelve a aparecer en obras claves de la filosofía política. P. ej., en el *Leviatán* (1651) de Thomas HOBBS, el filósofo inglés nos explica que un buen juez es aquel capaz de “despojarse de todo miedo, enojo, odio, amor y compasión” al momento de juzgar.<sup>9</sup>

La tajante oposición entre razón y emoción no quedó limitada a los ámbitos teóricos sino que, poco a poco, se fue inmiscuyendo en la práctica. Un claro comienzo puede vislumbrarse en algunos de los artículos de *El Federalista*. Esta colección, que contiene artículos escritos por Alexander Hamilton, John Jay y James Madison, fue escrita en apoyo de la Constitución norteamericana de 1787.<sup>10</sup> En el artículo número cuarenta y nueve, James Madison<sup>11</sup> afirma que “es la razón del público, por sí sola, la que debe controlar y regular al gobierno. Las pasiones deben ser reguladas por el gobierno”. Este llamado al control emocional<sup>12</sup> encuentra ecos también en casos más recientes. En 1987 p. ej., durante el juicio *California v. Brown*, el juez les ordenó a los miembros del jurado que no se dejaran influenciar por el “mero sentimiento, conjeturas, simpatías, pasiones, prejuicios, por la opinión o la emoción pública”.<sup>13</sup> Unos años más tarde, en *Commonwealth of Pennsylvania v. White*, el profesionalismo de la jueza Renee Cardwell Hughes fue puesto en duda tras expresiones de simpatía hacia la acusada, una niña de once años, y de enojo por las condiciones del juicio.<sup>14</sup> Todas estas instancias se condensan en las palabras del ex juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin SCALIA, y de Bryan A. GARNER, que en su libro *Making Your Case: the Art of Persuading Judges* escriben: “los buenos jueces se enorgullecen de la racionalidad de sus fallos y de

<sup>8</sup> De hecho el mismo Platón hace un juego de palabras entre “razón” (νοῦς) y “ley” (νόμος) en *Leyes* XII 957c.

<sup>9</sup> Ver *Leviatán*, capítulo XXVI, titulado “Sobre las Leyes Civiles”.

<sup>10</sup> Hoy es comúnmente aceptado que Alexander Hamilton fue el que dirigió y organizó el proyecto. Para una descripción exhaustiva de cómo lo hizo y del contexto político y social, ver CAREY/MCCLELLAN (eds.), Alexander Hamilton, John Jay & James Madison. *The Federalist. Edited with an Introduction, Reader's Guide, Constitutional Cross Reference & Glossary*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001, pp. xvii-lv).

<sup>11</sup> Seguimos la conjetura de autoría de CAREY/MCCLELLAN, *supra* nota 10, p. 260.

<sup>12</sup> A lo largo de este ensayo, usamos “pasión” y “emoción” de manera intercambiable. La segunda es hoy la más común en los ámbitos de filosofía, ciencias cognitivas, psiquiatría y psicología. Para una breve reseña sobre la evolución histórica de estas dos palabras, ver KAHAN/NUSSBAUM, “Two Conceptions of Emotion in Criminal Law” en *Columbia Law Review*, Vol. 96, n.º 2, 1996, pp. 275-6, n. 11.

<sup>13</sup> Para más información sobre el caso, ver *California v. Brown*, 479 U.S. 538 (1987).

<sup>14</sup> A pesar de tener once años, tras el peritaje psicológico se determinó que Miriam White mostraba señales de retraso madurativo. Sin embargo, la joven fue juzgada como un adulto. Para más información sobre el caso, ver *Commonwealth of Pennsylvania v. White*, 589 Pa. 642 (2006).

su capacidad de suprimir sus inclinaciones personales, incluyendo especialmente sus emociones”.<sup>15</sup> Nos queda entonces preguntarnos si el juez Joseph Zayas cometió un error al expresar sus emociones.

### III. El derecho y la emoción

Ahora bien, hay por lo menos tres razones importantes por las cuales los jueces no pueden divorciarse de las emociones. La primera, señalada por NUSSBAUM,<sup>16</sup> es que los jueces tienen que tomar en consideración los estados emocionales (1) de los acusados y (2) de las víctimas.<sup>17</sup> Esto quiere decir que las emociones son un dato relevante al momento de describir a las personas y a sus interacciones. Y así como un buen médico tiene que estar instruido sobre las partes del cuerpo antes de hacer un buen diagnóstico, un juez debe conocer las diversas maneras en que los humanos expresamos (o no) las emociones.<sup>18</sup>

La segunda razón, resaltada por BARRETT,<sup>19</sup> es que el sistema legal en sí es el que provee las reglas para las emociones humanas. En otras palabras, es la ley la que determina qué es una emoción válida y qué no, cuáles se pueden controlar y cuáles no, y en cuáles situaciones se pueden controlar y en cuáles no. P. ej., cuando se acepta la noción de “crimen pasional”, esto conlleva el mensaje de que las pasiones *por sí solas* pueden motivar un crimen. Pero ni las decisiones más razonadas son tomadas totalmente al margen de las emociones, como muestra DAMASIO,<sup>20</sup> ni las acciones más emocionales están completamente fuera de nuestro control, como afirma BARRETT.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> SCALIA/GARNER, *Making your Case: the Art of Persuading Judges*, St. Paul, Thomson West, 2008, p. 32.

<sup>16</sup> NUSSBAUM, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 5-6.

<sup>17</sup> Por cuestiones de extensión, no nos enfocaremos ni en la expresión de emoción de los acusados ni en la de las víctimas. Para un análisis exhaustivo de la expresión de emoción de los acusados, ver GREENE, “Pathetic Argument in Constitutional Law” en *Columbia Law Review*, Vol. 113, n.º 6, 2013, pp. 1389-1481. Para un análisis preciso sobre las expresiones emocionales de las víctimas, ver BANDES, “Share your Grief but not your Anger: Victims and the Expression of Emotion in Criminal Justice” en ABELL/SMITH (eds.), *The Expression of Emotion: Philosophical, Psychological and Legal Perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2016.

<sup>18</sup> Sobre la analogía entre los jueces y los médicos, ver MARONEY, “Emotional Regulation and Judicial Behavior” en *California Law Review*, Vol. 99, n.º 6, 2011, pp. 1517-9.

<sup>19</sup> BARRETT, *How Emotions are Made: the Secret Life of the Brain*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2017, p. 217.

<sup>20</sup> DAMASIO, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, New York, Penguin Books, 1994, pp. 173-180.

<sup>21</sup> BARRETT, *supra* nota 19, p. 245.

La tercera y última razón es un poco más general. Los jueces no pueden divorciarse de las emociones simplemente porque los humanos no pueden hacerlo. De acuerdo con la tesis del “realismo afectivo”, elaborada por WORMWOOD y otros,<sup>22</sup> es un error pensar que percibimos el mundo de manera limpia y cristalina a través de nuestros cinco sentidos. Por medio de una serie de experimentos, los psicólogos y psiquiatras muestran cómo las emociones que experimentamos afectan la manera en la cual percibimos el mundo. P. ej., si nos hemos acostumbrado a temer a un determinado tipo de persona, es posible que “veamos” un arma en sus manos en vez de un objeto inofensivo. Algo similar podría pasar al momento de interpretar emociones en las caras de los acusados, de los testigos o de las víctimas.

Para sintetizar las ideas expuestas en esta segunda sección, podemos citar nuevamente a un ex juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: como dijo Robert H. Jackson hace ya unos años, uno debe pensar la figura del “juez sin pasiones” del mismo modo en que se piensa “al conejo de Pascuas o a Santa Claus”.<sup>23</sup>

#### IV. El derecho y la educación

Dado que la separación entre emociones y derecho es imposible, los que han estudiado las emociones en los últimos años han llegado siempre a la misma conclusión: los jueces deben ser educados con respecto a las emociones, a su manejo y a su variedad.

Desde la filosofía, NUSSBAUM<sup>24</sup> argumenta que la sociedad en su conjunto tiene que ser firmemente educada en lo que hace a la compasión. Sin embargo, la autora hace especial énfasis en la educación emocional de los jueces y jurados: “necesitamos jueces que sean ejemplo de racionalidad; si mi argumento es correcto, esto significa que necesitamos jueces que sean apropiadamente emocionales”.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> WORMWOOD/SIEGEL/KOPEC/QUIGLEY/BARRETT, “You are what I feel: A test of the affective realism hypothesis” en *Emotion*, Vol. 19, n.º 5, 2019, pp. 788-798.

<sup>23</sup> Ver el voto disidente del juez Jackson respecto de *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78 (1944).

<sup>24</sup> NUSSBAUM, *Upheavals of Thought: the Intelligence of Emotions*, New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 441-454.

<sup>25</sup> NUSSBAUM, *supra* nota 24, p. 446. Existe un debate interesante sobre cuáles emociones son las más beneficiosas para el orden social. P. ej., NUSSBAUM (*supra* nota 24, p. 453; *supra* nota 16, *passim*) no cree que el asco y la vergüenza sean realmente útiles para la armonía social. Para una defensa del asco, ver KAHAN, “The Progressive Appropriation of Disgust” en BANDES (ed.), *The Passions of Law*, New York, New York University Press, 1999.

Desde el derecho y la práctica jurídica, MARONEY<sup>26</sup> propone que los jueces sean entrenados en regulación emocional. Esta técnica, desarrollada por GROSS,<sup>27</sup> ayuda a regular qué emociones se sienten, cuándo uno las siente y cómo uno las experimenta y expresa.<sup>28</sup> MARONEY ha adaptado la técnica al ámbito judicial y la enseña hoy a jueces de los Estados Unidos. Los cuatro principales núcleos de la técnica son (A) prestarle atención a las emociones que uno está experimentando, (B) expresarlas, (C) distanciarse de estas y (D) enmarcarlas racionalmente. P. ej., si un juez está enojado por cuestiones personales, tiene que darse cuenta, elaborar o expresar su enojo, distanciarse del enojo y tener en cuenta que este puede afectar sus decisiones y percepciones a lo largo del día.

Desde la psicología, BARRETT<sup>29</sup> elabora un “manifiesto de las ciencias afectivas para el sistema jurídico” que consiste en las siguientes cinco reglas: (1) las emociones no son expresadas de manera objetiva, (2) todos nuestros sentidos y lo que percibimos a través de estos son afectados por nuestros sentimientos, (3) las acciones que se sienten como automáticas<sup>30</sup> no están completamente fuera de nuestro control y no son necesariamente emocionales, (4) no existen regiones del cerebro que causen malas acciones y (5) los jueces y jurados tienen que estar atentos a sus propios prejuicios respecto de cómo los otros se deben expresar emocionalmente.

Si bien particulares aspectos de una u otra propuesta pueden convencer más o menos al lector, la conclusión general a extraer es la siguiente: el estudio de las emociones tiene muchísimo para aportar a la práctica de los jueces y del derecho en general.<sup>31</sup>

## V. Conclusión

La propuesta de este ensayo bien podría pensarse como un llamado de atención sobre la importancia de las emociones. Y lo es. Pero también podría ser malinterpretado. P. ej., se nos

---

<sup>26</sup> MARONEY, “Emotional Regulation and Judicial Behavior” en *California Law Review*, Vol. 99, n.º 6, 2011, pp. 1485- 1555.

<sup>27</sup> GROSS, “The Emerging Field of Emotion Regulation: an Integrative Review” en *Review of General Psychology*, Vol. 2, n.º 3, 1998, pp. 271-299.

<sup>28</sup> Sobre el éxito de esta terapia ver el capítulo de MENNIN/FRESCO, “Emotion Regulation Therapy” en GROSS (ed.), *Handbook of Emotion Regulation*, 2.ª ed., New York, The Guilford Press, 2014. De más está decir que este ensayo no pretende enumerar todas las opciones alternativas existentes para la educación emocional.

<sup>29</sup> BARRETT, *supra* nota 19, pp. 244-246.

<sup>30</sup> Esto es, involuntarias.

<sup>31</sup> Sin ir más lejos, en 2012 la Corte Suprema de Nueva Jersey (USA) proveyó a los jurados instrucciones para el correcto trabajo con testimonios: se les informó a los jurados cómo la memoria suele fallar en humanos y cómo puede ser manipulada por otros. Algo similar se está pensando respecto de las emociones hoy. Para más información, ver BARRETT, *supra* nota 19, p. 237.

podría objetar que la aceptación del aspecto emocional del humano nos haría “más bestiales”. Pensamos todo lo contrario: nuestra propuesta no hace más que extender nuestro abanico de responsabilidades. Dado que el entrenamiento en regulación emocional nos enseña a reconocer cómo reaccionamos, somos ahora responsables sobre nuestras reacciones emocionales. Este poder de proyectar la agencia a futuro no es nuevo: ya Aristóteles plantea esto en el libro III de la *Ética Nicomaquea* (dedicado a la voluntariedad e involuntariedad de las acciones). Con respecto a las acciones llevadas a cabo bajo la influencia del alcohol, el filósofo agrega que: “se castiga aun por el propio hecho de ignorar si se cree que se es causante de la ignorancia; así, para los ebrios, la pena es doble, pues el principio [está] en uno, ya que [se es] dueño de no embriagarse, y eso es la causa de la ignorancia”.<sup>32</sup> Hoy tenemos las herramientas para educarnos emocionalmente como quien aprende a beber con responsabilidad. El total control no es una opción concebible, claro, pero queda en nosotros la decisión de *mitigar* todo lo posible los desequilibrios emocionales.

“Se supone que los jueces no deben llorar en la corte” dijo el juez Joseph Zayas tras escuchar las declaraciones de Samuel Brownridge. Luego de secarse las lágrimas, la sesión continuó normalmente. La expresión de emoción es algo normal y esperable, y si les sirve a los jueces expresarlas para poder continuar con su trabajo de manera imparcial, deberían poder hacerlo. Porque, como dice Platón en *Leyes IX*, hay que tener mucho cuidado de no pensar al derecho a medida de los dioses si somos meros humanos (853b-d).

## Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* (trad. de E. Sinnott), Buenos Aires, Colihue, 2007.

BANDES, S. A. “Share your Grief but not your Anger: Victims and the Expression of Emotion in Criminal Justice” en ABELL, C./SMITH, J. (eds.), *The Expression of Emotion: Philosophical, Psychological and Legal Perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2016.

BARRETT, L. F., *How Emotions are Made: the Secret Life of the Brain*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2017.

---

<sup>32</sup> Ver *Ética Nicomaquea* III.5 1113b30-35.

CAREY, G. W. & MCCLELLAN, J. (eds.), Alexander Hamilton, John Jay & James Madison. *The Federalist. Edited with an Introduction, Reader's Guide, Constitutional Cross Reference & Glossary*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001.

DAMASIO, A. R., *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, New York, Penguin Books, 1994.

GREENE, J., "Pathetic Argument in Constitutional Law" en *Columbia Law Review*, Vol. 113, n.º 6, pp. 1389-1481, 2013.

GROSS, J. J., "The Emerging Field of Emotion Regulation: an Integrative Review" en *Review of General Psychology*, Vol. 2, n.º 3, pp. 271-299, 1998.

KAHAN, D. M., "The Progressive Appropriation of Disgust" en BANDES, S. A. (ed.), *The Passions of Law*, New York, New York University Press, 1999.

KAHAN, D. M./NUSSBAUM, M. C., "Two Conceptions of Emotion in Criminal Law" en *Columbia Law Review*, Vol. 96, n.º 2, pp. 269-374, 1996.

LAKS, A., "The Laws" en ROWE, Ch./SCHOFIELD, M. (eds.), *The Cambridge History of Greek and Roman Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

MARONEY, T. A., "Emotional Regulation and Judicial Behavior" en *California Law Review*, Vol. 99, n.º 6, pp. 1485- 1555, 2011.

MENNIN, D. S./FRESCO, D. M., "Emotion Regulation Therapy" en GROSS, J. J. (ed.), *Handbook of Emotion Regulation*, 2.ª ed., New York, The Guilford Press, 2014.

NUSSBAUM, M. C., *Upheavals of Thought: the Intelligence of Emotions*, New York, Cambridge University Press, 2001.

— *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

PLATO, "Laws" en COOPER, J. M. (ed.), *Plato. Complete Works*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1997.

SCALIA, A./GARNER, B. A., *Making your Case: the Art of Persuading Judges*, St. Paul, Thomson West, 2008.

WORMWOOD, J. B./SIEGEL, E. H./KOPEC, J./QUIGLEY, K. S./BARRETT, L. F., “You are what I feel: A test of the affective realism hypothesis” en *Emotion*, Vol. 19, n.º 5, pp. 788-798, 2019.

**EN LETRA: DERECHO PENAL**  
Año VI, número 10 (2020).

## RECOMENDACIONES DE TRIAJE EN LA CRISIS DEL CORONAVIRUS:

### NO IMPORTUNAR A LOS MÉDICOS CON CUESTIONES JURÍDICAS

Prof. Dr. Dr. Eric HILGENDORF\*

---

Fecha de recepción: 20 de junio 2020

Fecha de aceptación: 9 de julio de 2020

*En caso de recursos limitados, los médicos deben decidir a quién tratar. Las recomendaciones ético-clínicas aconsejan ahora atender al mayor número posible de pacientes. Eso es algo bueno, incluso si genera una sensación de malestar entre los juristas.*

La pandemia del coronavirus ya no solo representa un enorme desafío médico, sino que está planteando cada vez más problemas jurídicos y éticos. Uno de los más difíciles es la priorización de los enfermos graves en situaciones de insuficiencia de recursos médicos.

Hay informes provenientes de Italia que indican que en unidades de cuidado intensivo los pacientes de muy avanzada edad son rechazados de antemano, para poder atender en las — demasiado pocas— camas de terapia intensiva a personas más jóvenes con mejores perspectivas de recuperación. Entretanto, algo parecido se informa desde las clínicas francesas.

Es evidente que tales decisiones son sumamente problemáticas tanto ética como jurídicamente. Para la gente que tiene que tomarlas representan una enorme carga emocional. Hasta ahora no hay normas jurídicas sobre el tema. Por eso, siete asociaciones profesionales médicas alemanas, entre ellas la Asociación Interdisciplinaria Alemana de Medicina Intensiva y de Emergencia (DIVI), han

---

\* Titular de la Cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal, Teoría del Derecho, Derecho de información e Informática jurídica en la Universidad de Würzburg. Traducción del alemán a cargo de María Lucila Tuñón Corti (Universität Würzburg). Publicado originalmente en Legal Tribune Online el 27/3/2020 bajo el título “Triage-Empfehlungen in der Coronakrise. Mit Rechts-fragen nicht die Ärzte belasten”.

aprobado hace unas semanas unas “recomendaciones ético-clínicas”, sobre la base de las cuales se tratarán casos semejantes en Alemania.

## **I. Juristas: ¿Porque no puede suceder lo que no debe suceder?**

Triage (de triar: escoger, separar), un concepto originado en la medicina militar, significa la priorización de la prestación de auxilio médica urgente, que de no producirse puede dar lugar a lesiones más graves o incluso a la muerte. Esto obviamente plantea la cuestión sobre los criterios a aplicar en la priorización. También en la medicina de urgencias existen catálogos de criterios, que en general entran en los esquemas de decisiones que pueden ser aplicados directamente en el momento por las personas responsables. Un esquema de decisiones tal fue añadido también en las nuevas recomendaciones de DIVI.

Son especialmente problemáticas las decisiones de triaje cuando se produce una situación de vida contra vida, es decir, cuando el rechazo de la asistencia médica para el paciente que no fue atendido significa un juicio seguro de muerte. En la crisis actual se trata mayormente de tales casos.

En la literatura jurídica se dice a menudo que las vidas humanas “no podrían” ponderarse entre sí. Sin embargo, esta afirmación es claramente errónea, porque en muchas situaciones de triaje las vidas se ponderan, en realidad, unas con otras. Lo que se quiere decir es que la vida no debería o no podría ser ponderada con otra. Una formulación similar se encuentra también en las recomendaciones de los médicos presentadas el miércoles: “Por motivos jurídico-constitucionales la vida humana no puede ser sopesada contra otra vida humana”. Si se toma esto al pie de la letra, entonces significaría que en la situación de triaje no deberían buscarse razones para estructurar de forma racional una decisión. Es decir, ni siquiera se debe entrar en un proceso de reflexión y ponderación. ¿O significa que salvar la vida humana nunca podría justificar el sacrificio de otras vidas?

En las situaciones de triaje, tal y como se producen ahora, la debilidad de algunas posiciones se hace manifiesta: ¿Queremos realmente afirmar que los médicos que conectan a una persona infectada al único respirador vital existente, pero no pueden conectar otro, están actuando antijurídicamente?

## **II. Un tema que en el nivel jurídico todavía no ha madurado: la colisión de deberes justificante**

En el derecho penal es conocida la idea de una colisión de deberes justificante y también podría aplicarse aquí. Quien, frente a dos deberes de actuar equivalentes, no puede cumplir ambos, pero satisface uno, actúa de manera justificada. En el caso de deberes de actuar desiguales, se debe cumplir con el de mayor rango. Sin embargo, la colisión de deberes justificante solo puede justificar actos de omisión, como el sacrificio de una persona por medio del rechazo de un tratamiento, pero no una acción activa, como la muerte directa.

Si colisionan deberes de actuar y omitir (p. ej., si hay que quitar un respirador a un paciente para conectarlo a otro), entonces entra en consideración, en principio, el § 34 del Código Penal alemán (estado de necesidad justificante). Sin embargo, esta disposición no ayuda en casos de igual urgencia, como ya explicó Till Zimmermann hace unos días en LTO.

¿Y qué factores podrían en realidad desempeñar un papel importante y quién decide sobre estos? ¿Qué pasaría si con el aparato se pudiera practicar respiración artificial continua a un solo paciente o a dos infectados alternativamente? Hasta ahora, la opinión dominante ha defendido que los aspectos cuantitativos (una vida contra quinientas) no deberían influir en la ponderación de la vida contra la vida. Una vida, suele decirse, “pesa” tanto como cinco o quinientas vidas. Entonces, ¿podría el médico dejar morir a dos personas infectadas para salvar a otra? Se trata de cuestiones que aún no se han abordado suficientemente en la ciencia jurídica.

### **III. No importunar a los médicos con cuestiones jurídicas**

Expresado de modo positivo, en la crisis actual se plantea primeramente la cuestión de qué criterio de elección debe o puede aplicarse. Las diferencias en el color de la piel o el género están obviamente fuera de discusión. La edad como tal tampoco debe ser jurídicamente relevante.

Se trata, según las formulaciones de las asociaciones profesionales, de “posibilitarle, con los recursos (limitados), al mayor número posible de pacientes una participación beneficiosa en la atención médica en estas condiciones de crisis”. Este planteo merece elogios, incluso cuando algunos observadores leerán con escepticismo vocablos como “mayor número posible” y “beneficioso”, que de hecho hacen recordar la idea de Bentham de maximizar los beneficios de todos.

Las asociaciones profesionales recomiendan que en situaciones de triaje uno debe orientarse por “criterios de perspectiva de éxito clínica” y “renunciar a atender a aquellos para los que no hay o hay muy pocas perspectivas de éxito”. Pero, ¿qué significa exactamente “éxito” en este contexto? ¿La

supervivencia? ¿Supervivencia sin daños graves? ¿Sobrevivir sin ningún daño indirecto? ¿Debería preferirse una persona que tiene un cincuenta por ciento de posibilidades de sobrevivir sin daños indirectos a otra que tiene un ochenta por ciento de posibilidades de sobrevivir, pero solo con daños indirectos graves?

Nosotros, juristas, haríamos bien en no disputar nuestras controversias a expensas de los médicos. Una solución pragmática es aceptar, en primer lugar, cada decisión médica que todavía luzca defendible, y solo clasificar como antijurídicas aquellas decisiones que de forma evidente ya no resultan defendibles. No tiene sentido cargar a los médicos en situaciones tan extremas con problemas jurídicos. Es tarea de la ciencia jurídica resolverlos.

## LA VIDA NO ES IMPONDERABLE

Prof. Dr. Dr. Frauke ROSTALSKI\*

---

Fecha de recepción: 27 de agosto de 2020  
Fecha de aceptación: 5 de septiembre de 2020

*Viajes, guarderías, eventos culturales: ¿Qué queremos permitir en la flexibilización, incluso cuando esto implique un peligro para la vida? Se trata de ponderar riesgos y no de sopesar bienes jurídicos absolutos.*

Poco a poco las incisivas medidas contra el Corona se van flexibilizando. Se están levantando las restricciones de viaje, se vuelven a abrir las guarderías y escuelas y la gente está volviendo a sus trabajos. Y, sin embargo, todavía está el riesgo de contraer el virus e incluso de morir.

En este debate, el Presidente del Bundestag, el Dr. Wolfgang Schäuble (CDU), ha provocado una discusión por la siguiente declaración: a la vida humana no se le concede una protección absoluta.<sup>1</sup> Recibió muchas críticas por esto, pero también muchos elogios. Desde una perspectiva jurídica, la atención pública prestada a su declaración es sorprendente, dado que, en realidad, se trata de una obviedad.

Cada medida de flexibilización es el resultado de una ponderación, pero no entre bienes jurídicos protegidos de un modo absoluto, sino de riesgos para la vida. La pregunta es: ¿qué tipo de flexibilización queremos permitir, aunque implique un peligro para la vida?

### **I. No hay una protección absoluta de la vida en el derecho constitucional alemán**

El derecho alemán no garantiza una protección absoluta a la vida. Solo la dignidad humana, art. 1, párr. 1 de la Ley Fundamental [Grundgesetz], está protegida frente a cualquier clase de ponderación. De hecho, la vida y la dignidad humana se relacionan de un modo significativo, ya que

---

\* Profesora titular de cátedra de derecho penal, procesal penal, filosofía del derecho y derecho comparado, y directora del Instituto de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Colonia. Desde abril de 2020 integra el Consejo alemán de Ética. Traducción: María Lucila Tuñón Corti (Universität Würzburg). Revisión: Leandro A. Dias (Universität Würzburg).

<sup>1</sup> Ver <https://www.tagesspiegel.de/politik/bundestagspraesident-zur-corona-krise-schauble-will-dem-schutz-des-lebens-nicht-alles-unterordnen/25770466.html> [enlace verificado el 14 de septiembre de 2020].

la vida es, de alguna manera, el fundamento de todos los demás bienes jurídicos y, por lo tanto, también de la dignidad humana. Por eso, la vida es parte de la protección inviolable a la dignidad humana.

No obstante, también esto da lugar a que la vida no sea imponderable. Más bien, se sigue manteniendo que incluso la vida misma está sometida a una ponderación con otros bienes jurídicos. Es evidente que la gran importancia que la vida tiene para el individuo como fundamento de su ser conlleva a que, por regla general, la ponderación se decida a su favor. Pero también hay otros casos. Piénsese únicamente en las constelaciones de casos de legítima defensa.

## II. “Una vida no debe ser ponderada con otra vida” – una imprecisión lingüística

¿Pero cómo se compatibiliza esto con el principio – que se enseña ya en los primeros semestres de la carrera de abogacía – según el cual la vida no debe ser ponderada con otra vida? Conocemos este principio a partir de los ejemplos clásicos de los manuales en los que, por ejemplo, un padre se encuentra a la orilla de un río, en cuyas aguas sus dos hijos amenazan con ahogarse, pero durante el tiempo que él dispone, y según las posibilidades dadas, solamente puede salvar a un niño. Tales situaciones dilemáticas se han convertido, por su parte, en una triste realidad durante la pandemia.

Dado que la vida individual no puede ser valorada desde el punto de vista del Derecho, no es punible el médico que tiene que decidir entre dos pacientes cuando hay un solo respirador, dejando así al otro frente a muerte prácticamente segura.

Quien lo vea así puede preguntarse, ¿cómo puede ser posible que la vida a veces tenga que retroceder incluso frente a bienes jurídicos de menor rango, como, por ejemplo, la propiedad? Sin embargo, la contradicción aquí destacada solo es aparente. Esta es provocada por inexactitudes lingüísticas que a veces se escapan en este contexto. Aquí se hace referencia a la expresión de que la vida se pondera con otros bienes jurídicos.

Con esta formulación, el enunciado está demasiado abreviado y oculta un aspecto esencial que, sin embargo, es decisivo para la valoración del caso respectivo: debe diferenciarse entre la ponderación de los bienes jurídicos y la ponderación de riesgos. Es una diferencia esencial la cuestión de si la vida, como bien jurídico absoluto, se pondera, por ejemplo, con la propiedad en su valor absoluto. Quien se haga la pregunta de esta manera, encuentra sin más la —única— respuesta correcta: la vida humana en su valor absoluto tiene más valor que la propiedad.

### **III. La vida como tal no es menos importante que otras libertades**

Pero las cosas pueden ser de otra manera si no se pone a prueba el rango de los respectivos intereses y su relación entre sí, sino los meros riesgos para los respectivos bienes. Esto puede verse claramente gracias al actual debate sobre la proporcionalidad de cada medida para el control de la infección: por ejemplo, cuando se pregunta si se debe permitir que las guarderías y los negocios vuelvan a abrir o si se debe aumentar el número permitido de personas con las que es posible tener contacto, no sopesamos directamente a la vida y a la salud con otros intereses como la libertad de circulación o la libertad de profesión.

Por lo tanto, no decimos: la vida como tal vale menos que otras libertades. Más bien, estamos diciendo que ponderamos un riesgo específico para la vida humana con injerencias en otros bienes jurídicos. Por cierto, eso es básicamente también en la constelación de casos de Triage,<sup>2</sup> aunque esta circunstancia es menos clara. Pues siempre tenemos que enfrentarnos con una probabilidad rayana a la certeza de muerte de aquel que no es beneficiado.

Sin embargo, cuando estamos seguros de que morirá un paciente que no está conectado a un respirador, los riesgos para los que están en peligro de muerte son equivalentes. Solo bajo esta premisa, el valor absoluto del respectivo bien jurídico alcanza su significado, ya que la afirmación “la vida no debe ser ponderada con otra vida” entra en escena, con razón, en el marco del Triage.

### **IV. El debate sobre la apertura gira en torno a la ponderación de riesgos, no en torno a bienes jurídicos absolutos**

Por el contrario, en el debate sobre la apertura después del Shutdown, en principio, no hay una ponderación de bienes jurídicos como valores absolutos, sino más bien como la mera ponderación de los riesgos para los intereses en conflicto. Por lo tanto, se trata de lo que permitimos, aunque esto esté vinculado al riesgo de un aumento de infecciones y, entonces, también al riesgo de que las personas mueran.

A diferencia de lo que sucede con el Triage, la cuestión relativa a si se permiten más flexibilizaciones de las medidas de control de las infecciones no tiene que ver con un riesgo para la

---

<sup>2</sup> Ver <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> [enlace verificado el 14 de septiembre de 2020].

vida que se realizará con una probabilidad rayana a la certeza. Más bien, el alcance de este riesgo depende del número de infecciones existentes y, en particular, de la disponibilidad de equipos de tratamiento para salvar vidas. Así, en la ponderación con otras libertades, el único factor que debe tenerse en cuenta es un riesgo para la vida más o menos elevado, que debe determinarse sobre la base del estado actual de la pandemia.

Por otra parte, existe la posibilidad de dañar otros bienes jurídicos, que —en comparación con los peligros para la vida y el cuerpo— es prácticamente segura. De manera que sobre la base de esta distribución del riesgo debe evaluarse en qué dimensión está justificada la restricción de los intereses de libertad en favor de la protección de la vida. Se trata de una pregunta clásica, que, por su parte, debe ser discutida con mayor urgencia en una pandemia: ¿Cómo se configura exactamente el riesgo general para la vida en tiempos del Corona?

## **V. Riesgo general para la vida en tiempos de pandemia**

Los riesgos para la propia vida existen siempre y en todas partes. Cuando se camina por el bosque existe el peligro de ser golpeado por un árbol. Sin embargo, el Estado no corta todos los árboles. Por cierto, los peligros para la vida no resultan solamente de fenómenos naturales. El mejor ejemplo de ello es el tránsito vial, que se cobra muchas víctimas cada año. Sin embargo, dadas las ventajas del tránsito vial, la sociedad ha optado, en principio, por aceptar estos peligros. Por lo tanto, no existe una protección absoluta de la vida, tampoco con respecto al comportamiento de los demás; por el contrario, depende de la evaluación del riesgo ya descrita, que traza los perfiles de lo que se considera un riesgo aceptable para la vida en nuestra sociedad. Dentro de estos límites, el individuo es, en principio, el único responsable de la protección de sus bienes.

¿Por dónde pasan los límites del riesgo general para la vida en la pandemia? ¿Hasta qué punto el Estado debe tomar medidas para proteger la vida y en qué momento ya no es necesario? Aquí juegan un papel importante, por un lado, el nivel de riesgo para la vida medido en relación con el estado respectivo de la pandemia y, por otro lado, los intereses de terceros. Al ponderar estos dos factores resulta particularmente difícil determinar el nivel de riesgo para la vida a causa de los considerables déficits cognitivos.

Además, hay que señalar que si bien la vida humana representa uno de los valores más importantes de nuestro ordenamiento jurídico, también otras libertades tienen un peso relevante. Este aumenta con la creciente duración de su restricción. En este contexto, parece importante

examinar y debatir continuamente durante la pandemia cuál es la valoración adecuada de los riesgos y, en particular, no permanecer en un *statu quo*, que posiblemente pueda restringir desproporcionadamente las libertades civiles.

ARTÍCULOS

LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL.

UN ENFOQUE CONTRASTIVO

Juan Pablo MAÑALICH R.\*

---

Fecha de recepción: 7 de diciembre de 2019

Fecha de aceptación: 31 de enero de 2020

**Resumen**

El trabajo presenta una propuesta de reconstrucción de la estructura de la administración desleal, con ocasión de su reciente tipificación en el Código Penal chileno, que en lo fundamental toma el § 266, StGB como modelo regulativo. Sobre la base de una detección de los dos desafíos capitales —uno formal y otro sustantivo— que enfrenta la legitimación de semejante decisión de criminalización, el artículo ofrece una clarificación de la conexión funcional que necesita constituirse entre la deslealtad y el perjuicio patrimonial como componentes basales del contenido de injusto de la administración desleal. Ello sienta las premisas para la defensa de una concepción “integrada” de su fisonomía delictiva, bajo la cual sus dos variantes típicas —la de “abuso” y la de “infidelidad”— quedan especificadas a través de una homogeneización de sus presupuestos, resultante de su restricción recíproca. El argumento global así desplegado descansa, crucialmente, en una contrastación de la estructura de la administración desleal con la de otras formas, igualmente paradigmáticas, de comportamiento punible.

*Palabras clave: Delitos contra el patrimonio – Administración desleal – Perjuicio patrimonial*

**Title:** The conceptual structure of disloyal administration. A contrastive approach

---

\* Doctor en derecho, Universidad de Bonn. Director y profesor titular del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Contacto: [jjmanalich@derecho.uchile.cl](mailto:jjmanalich@derecho.uchile.cl).

## Abstract

The paper outlines a reconstruction of the structure of the so-called “disloyal administration”, in the light of its recent criminalization under the Chilean Penal Code, which in turn finds its regulative model in § 266 of the German StGB. Upon the detection of two main challenges – one formal, the other substantive – faced when seeking to assess the legitimacy of that criminalization decision, the paper offers a clarification of the functional connection that needs to be held between the elements of disloyalty and patrimonial detriment, taken as the grounding components of the distinctive criminal significance of disloyal administration. This lays down the premises for defending an “integrative” account of the offense’s physiognomy, under which its two variants – namely, “abuse” and “unfaithfulness” – become specified through a homogenization of their respective background conditions, achieved by means of their reciprocal restriction. The global argument thus deployed crucially rests upon the contrast between the structure of disloyal administration and the structure of further, and equally paradigmatic, forms of criminal behavior.

*Keywords: Offenses against property – Disloyal administration – Patrimonial detriment*

**Sumario: I. La tipificación de la administración frente a la *reductio ad hitlerum*; II. La administración desleal como delito de perjuicio patrimonial por abuso cualificado de confianza; III. La reconstrucción “integrativa” de las variantes de abuso e infidelidad; IV. Bibliografía.**

## I. La tipificación de la administración fraudulenta frente a la *reductio ad hitlerum*

En su libro *Derecho penal nacionalsocialista*, recientemente publicado en Alemania, AMBOS dedica alguna atención a las implicaciones ideológicas de la fijación legal del tipo de la administración desleal a través de la modificación del § 266 del Código Penal alemán (“StGB”) que entrara en vigencia el 1.º de junio de 1933, y que en lo fundamental se corresponde con la tipificación vigente hasta el día de hoy.<sup>1</sup> AMBOS da cuenta de lo declarado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (“BVerfG”) a través de su pronunciamiento del 23 de junio de 2010, en cuanto a que “las valoraciones subyacentes a la punibilidad a título de administración desleal” no serían tributarias del “ideario nacionalsocialista”.<sup>2</sup> Pero inmediatamente a continuación, AMBOS observa que ello no

---

<sup>1</sup> AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2019, p. 105.

<sup>2</sup> 2 BvR 2559/08 *et al.*, n.º m. 88.

modificaría en un ápice el hecho de que “con su orientación a la idea de lealtad el legislador nacionalsocialista hizo posible un manejo extensivo del tipo en el sentido de representaciones [valorativas] nacionalsocialistas”.<sup>3</sup> De ahí que, a su juicio, pueda sostenerse que la todavía vigente tipificación de la administración desleal, introducida apenas transcurridos cuatro meses de la *Machtergreifung* por parte de Hitler, tendría que ser tomada como un “legado” de la técnica legislativa característicamente nacionalsocialista.<sup>4</sup>

Sería irresponsable no tomar mínimamente en serio esta advertencia de cara a la flamante decisión de criminalización de la administración desleal expresada en el nuevo n.º 11 del art. 470 del Código Penal chileno (“CPch”), introducido por la Ley 21.121. Pues es probable que esta decisión legislativa represente la más drástica innovación en la *parte especial codificada* en la historia del derecho penal chileno. Aquí deberíamos resistir la tentación de entretenernos con la especulación acerca de cuánta picardía pueda haber en someter esa innovación legislativa a la siempre poco elegante *reductio ad hitlerum*, a saber: a aquella distintiva versión de la conocidísima falacia *ad hominem*, críticamente bautizada así por el filósofo judío-alemán STRAUSS, según la cual del hecho de que, por ejemplo, Adolf Hitler, *Führer* del Estado nazi, haya sido vegetariano, se seguiría que quien es vegetariano no podría sino ser un filo-nazi.<sup>5</sup> Es más productivo detenernos, en cambio, en la caracterización que AMBOS hace de una técnica legislativa que sería distintivamente nacionalsocialista, para determinar cuáles de sus aspectos pudieran resultar problemáticos con arreglo a los indudablemente débiles parámetros de legitimación a los que la producción legislativa de normas de sanción penal se encuentra sometida en el marco de un Estado constitucional de derecho.<sup>6</sup>

Esta es una indagación pertinente bajo la pregunta de cuál pudiera ser la mejor estrategia de reconstrucción dogmática de la tipificación de la administración plasmada, desde el 20 de noviembre

---

<sup>3</sup> AMBOS, *supra* nota 1.

<sup>4</sup> AMBOS, *supra* nota 1.

<sup>5</sup> Véase STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1953, pp. 42 ss.; latamente al respecto, TENINBAUM, “*Reductio ad Hitlerum: Trumping the Judicial Nazi Card*”, en *Michigan State Law Review*, 2009, pp. 550 ss.

<sup>6</sup> En general sobre ello, MAÑALICH, “El principalismo político-criminal como fetiche”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 29, 2018, pp. 59 ss. y 64 ss.

de 2018, en el nuevo n.º 11 del art. 470, CPch.<sup>7</sup> Pues la estructuración del hecho punible así tipificado muestra una similitud indesmentible con la formulación del supuesto de hecho del § 266, StGB. El dato regulativo en el que AMBOS centra su atención no consiste en la superación del casuismo exhibido por los numerales 1.º y 3.º del § 266 del antiguo Código Penal del Imperio alemán (“RStGB”) de 1871, que hacían punible la variante de “infidelidad”, mediante una fórmula similar en abstracción a aquella a través de la cual el numeral 2.º definía la variante de “abuso”.<sup>8</sup> Pues hay buenas razones para pensar que una especificación abstracta y conceptualmente homogénea de la respectiva forma de comportamiento punible se adecua en mayor medida a los estándares de producción legislativa propios de una codificación más bien tardía, como lo fuera la alemana.<sup>9</sup> El foco queda puesto, más bien, en el peso específico que la disposición legal introducida en 1933 parecería conferir a la caracterización del comportamiento punible a este título como una forma de *deslealtad*.

AMBOS contextualiza el punto mostrando cómo esa caracterización se correspondería con una concreción, para el ámbito de las interacciones económicas, de la concepción general de *todo delicto* como la infracción de un deber de lealtad hacia la “comunidad del pueblo”, constitutiva así de una “traición”, que fuera pormenorizadamente delineada por DAHM y SCHAFFSTEIN, protagonistas de aquel epicentro de la doctrina penal nacionalsocialista conocido como la “escuela de Kiel”.<sup>10</sup> Con todo, parece prudente tomar distancia de una denuncia presentada con un vocabulario de tamaño calibre, en razón de que la sensata preocupación que cabe extraer de esta contextualización histórica no admite ser reducida al eslogan de que la tipificación de la administración desleal vigente en Alemania desde junio de 1933 sería una muestra de “derecho penal nazi”. Antes bien, la preocupación necesita ser refinada, como una concerniente a que la tipificación en cuestión pudiera ser suficientemente paradigmática de una “etización” (*Ethisierung*) de las correspondientes decisiones de criminalización.

En un primer paso, el análisis quedará centrado en este último problema, bajo la hipótesis siguiente: desde el punto de vista de su *legitimación sustantiva*, disipar la sospecha que se cierne sobre

---

<sup>7</sup> A pesar de las indudables diferencias que el texto legal chileno exhibe frente al n.º 7 del art. 173 del Código Penal de la República Argentina, cabría esperar que el esfuerzo de reconstrucción de la primera de las dos disposiciones, aquí documentada, pueda aportar algunas premisas que sirvan a la interpretación de la segunda.

<sup>8</sup> Al respecto, y desde una perspectiva histórica, KINDHÄUSER, *Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 317 ss. y 323 ss.

<sup>9</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 323 s.

<sup>10</sup> AMBOS, *supra* nota 1, pp. 87 ss. y 102 ss.

la tipificación de la administración desleal *à la* alemana, y —desde el 20 de noviembre de 2018— también *à la* chilena, pasa críticamente por la plausibilidad de una reconstrucción dogmática que subordine la significación de la “deslealtad”, que sería característica de un comportamiento típicamente relevante a este título, a su funcionalidad para el condicionamiento de un menoscabo del patrimonio a cuya protección se encuentra (jurídicamente) obligado el destinatario de la respectiva norma de comportamiento.

Sobre esta base se intentará, en un paso siguiente, fundamentar y delinear una propuesta interpretativa que logre minimizar —aun cuando no eliminar, porque ello no es posible— la indeterminación por vaguedad que aqueja a la formulación del tipo de la administración desleal, en la cual se sustenta la generalizada sospecha de una falta de *legitimación formal* de esa misma decisión de criminalización con arreglo al mandato de determinación que vincula al legislador penal en cuanto sometido al principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Esa propuesta descansará decisivamente en un esfuerzo por relativizar la suposición de que en el n.º 11 del art. 470, CPCh se encontrarían tipificadas *dos* formas de comportamiento delictivo que serían, en una medida considerable, recíprocamente autónomas. Pues un peligro que la praxis judicial probablemente llegue a enfrentar a este respecto consiste en la eventual asunción acrítica de una lectura de la regulación que valide lo que podríamos llamar la tesis de “los dos tipos” de administración desleal.<sup>11</sup> Desde este punto de vista, la pretensión que anima esta contribución es la de ofrecer ojalá una “vacuna”, y no recién un “remedio”, que logre neutralizar la validación de esa lectura.

Para alcanzar este doble objetivo cabe echar mano a lo que, sin mayor aspavento, podemos denominar el “método de la contrastación”. Esto habrá de llevarnos a enfrentar algunos de los problemas que se presentan en cada uno de los dos frentes ya identificados, procurando perfilar la estructura de la administración desleal por la vía de —valga la redundancia— contrastarla con la fisonomía típica de otras formas de comportamiento punible, sin que la pertinencia del contraste respectivo quede condicionada por el preciso grado de parentesco sistemático que quepa reconocer entre aquella y estas.

---

<sup>11</sup> Latamente sobre el problema, en referencia inmediata a la discusión alemana, ROJAS, “El tipo de la administración desleal en el Derecho penal alemán”, en *Revista Penal*, n.º 23, 2009, pp. 143 ss., con múltiples referencias ulteriores.

## II. La administración desleal como delito de perjuicio patrimonial por abuso cualificado de confianza

### 1. La tesis de la disociación

La evitación de una comprensión moralizante del contenido de injusto de la administración desleal depende crucialmente de una clarificación de la *conexión funcional* que debe poder constatarse entre los dos componentes en los que, por vía de abstracción, puede descomponerse su estructura típica, a saber: la deslealtad en la administración del patrimonio ajeno, por un lado, y el condicionamiento de un menoscabo patrimonial constitutivo de perjuicio, por otro.<sup>12</sup> Una muestra especialmente radical de un desconocimiento de la necesidad de centrar la reconstrucción del tipo en el perfilamiento de tal conexión funcional aparece en el siguiente pasaje tomado de un extraordinariamente informativo artículo de ROJAS, que sintetiza algunos planteamientos pormenorizadamente desarrollados en su tesis doctoral:<sup>13</sup>

Es necesario mantener separados la acción típica y el resultado típico en la administración desleal. La única vía posible de mantener esta separación es utilizar perspectivas diferentes para valorar el hecho de administración desleal, esto es, por un lado, la determinación accesoria desde una perspectiva ex ante de la infracción de deber, y, por el otro, una comprobación fundamentalmente económica-autónoma desde una perspectiva ex post de la producción del perjuicio.<sup>14</sup>

Esta toma de posición se explica, en parte, por algunas premisas que ROJAS extrae de un determinado modelo general de teoría de las normas, programáticamente desarrollado por su *Doktorvater*, FRISCH. En lo que aquí interesa, la premisa decisiva consiste en la proposición de que “[e]l Derecho penal solo puede prohibir acciones, nunca producciones de resultado”.<sup>15</sup> Desactivar esta premisa exige advertir que a esta subyace una confusión entre la función y el contenido de las

---

<sup>12</sup> Fundamental al respecto, RANSIEK, “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 116, 2004, pp. 646 ss.

<sup>13</sup> Véase ROJAS, *Grundprobleme der Haushaltsuntreue*, Baden-Baden, Nomos, 2011, *passim*. La monografía ha llegado a ser citada por el BGH en un pronunciamiento referido al alcance de la norma de sanción del § 266 del StGB; véase BGH 3 StR 17/15, decisión de 26.11.2015, n.º m. 82.

<sup>14</sup> ROJAS, *supra* nota 11, p. 170.

<sup>15</sup> ROJAS, *supra* nota 11, p. 171. Al respecto, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, pp. 33 ss.

normas de comportamiento susceptibles de ser reforzadas por algún conjunto de normas de sanción penal.<sup>16</sup> Esto queda internamente conectado con la consideración trivial de que, en contra de lo sugerido por ROJAS, es más que frecuente que un tipo de acción sometido a alguna calificación deóntica quede justamente especificado como consistente en la producción o el impedimento de un resultado de cierta clase.<sup>17</sup> Pero aquí hay que detenerse, más bien, en la específica consecuencia que Rojas extrae de esa premisa para la comprensión de la estructura típica de la administración desleal, que él mismo enuncia en los términos siguientes:

La imputación del resultado constituye una exigencia autónoma de la norma de sanción, lo que presupone una infracción de la norma de conducta, por lo que no puede responder a exactamente el mismo fundamento que la norma de conducta.<sup>18</sup>

De esta manera ROJAS consigue, aparentemente, proveer de sustento a la tesis de que “acción típica” y “resultado típico” tendrían que mantenerse separados. Pues bajo su modelo, la “acción típica” se correspondería con la contravención de la norma de comportamiento, en tanto que el “resultado típico”, con un presupuesto autónomo formulado en la norma de sanción bajo la cual resulta punible el quebrantamiento de aquella norma de comportamiento. Mas la consecuencia que de esto último ROJAS explícitamente extrae para la determinación del contenido del dolo de administración desleal parece constituirse, más bien, como una reducción al absurdo de su planteamiento. Pues de este se seguiría, según Rojas, que haya que negar que “el perjuicio como resultado pertenezca al objeto del dolo en la administración desleal”.<sup>19</sup>

La argumentación de ROJAS tiene la virtud de mostrar con suficiente claridad cuán problemática resulta ser una concepción de la administración desleal que apueste por disociar los dos componentes basales de su contenido de injusto. Como experto conocedor del debate doctrinal alemán, ROJAS tematiza la exigencia de conexión funcional que debe satisfacerse entre uno y otro

---

<sup>16</sup> En detalle, MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 43 ss.; MAÑALICH, “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21, n.º 2, 2014, pp. 236 ss.

<sup>17</sup> MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, Barcelona, Madrid, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons, 2014, pp. 17 ss. y 32 ss.

<sup>18</sup> ROJAS, *supra* nota 11, p. 169.

<sup>19</sup> ROJAS, *supra* nota 11, p. 171.

componente.<sup>20</sup> El problema estriba, sin embargo, en que la tesis de la disociación no está en condiciones de producir una explicación adecuada de esa misma exigencia, precisamente porque, contra la pretensión manifestada por ROJAS al inicio de su trabajo, esa tesis no es capaz de sustentar una concepción de la administración desleal bajo la cual la deslealtad no especifique más que “la modalidad de ataque al patrimonio”.<sup>21</sup>

## 2. ¿La administración desleal como delito de corrupción?

Si esta última caracterización es asumida consistentemente, la deslealtad que ha de ser reconocible en el comportamiento potencialmente delictivo a título de administración desleal necesita quedar estrictamente definida en referencia al resultado de perjuicio patrimonial cuya producción resulta prohibida o cuyo impedimento resulta requerido para quien, como garante de protección, tiene a su cargo el resguardo del patrimonio de otra persona.<sup>22</sup> En lo que sigue se intentará desmenuzar esta descripción, todavía gruesa, del contenido de injusto de la administración desleal. Pero lo ya dicho es suficiente para advertir por qué la administración desleal *no* tiene el carácter de un delito de corrupción.

El punto es fácil de captar si contrastamos la estructura de la administración desleal con la configuración típica de los delitos de corrupción y soborno entre particulares, respectivamente penalizados en los arts. 287 bis y 287 ter, CPch. El contraste es pertinente, en razón de que el debate legislativo resultante en esa última doble tipificación vio enfrentadas una tesis según la cual el respectivo fundamento de criminalización tendría que encontrarse en una afectación de los intereses de la correspondiente empresa o de su titular, por un lado, y otra tesis según la cual aquí se habría tratado, en cambio, de hacer punibles determinadas formas de competencia desleal, por otro.<sup>23</sup> Más allá de cuál sea el grado de sensatez político-criminal de esta innovación legislativa, es claro que *de lege lata* solo la segunda tesis resulta dogmáticamente plausible.<sup>24</sup> La dificultad interpretativa que esto suscita, con todo, concierne precisamente a la manera en que la afectación de las condiciones de *fairplay* entre competidores económicos tendría que quedar conectada con el

---

<sup>20</sup> ROJAS, *supra* nota 11, p. 166.

<sup>21</sup> ROJAS, *supra* nota 11, p. 140.

<sup>22</sup> Véase NIETO, “Administración desleal y apropiación indebida”, en DE LA MATA *et al.*, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, Dykison, 2018, p. 250.

<sup>23</sup> Véase HERNÁNDEZ, “Arts. 287 bis y 287 ter”, en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo Título VI (arts. 261 a 341)*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, pp. 183 ss.

<sup>24</sup> Acertadamente, HERNÁNDEZ, *supra* nota 23, pp. 186 ss.

específico conflicto de interés que define la posición del empleado o mandatario que solicita o acepta recibir un beneficio, para sí o un tercero, para favorecer la posición de un oferente en la contratación en la cual aquel actúa por cuenta del respectivo “principal”.

Es justamente el conflicto de interés que define la posición del potencial autor del delito tipificado en el art. 287 bis, CPch lo que sustenta su caracterización como un delito de corrupción. Pues siguiendo la definición ofrecida por KINDHÄUSER, por “corrupción” *stricto sensu* cabe entender la vinculación del ejercicio de un poder de decisión, conferido en interés ajeno, con una ventaja indebida en razón de su incompatibilidad con la orientación de ese poder de decisión a la promoción de ese mismo interés.<sup>25</sup> En los términos del art. 287 bis, CPch, el interés que legitima el poder de decisión detentado por el empleado o mandatario es el interés del principal, por cuya cuenta aquel puede adoptar decisiones de contratación, resultando indebida la vinculación de este poder de decisión con la ventaja representada por el beneficio que el empleado o mandatario solicita o acepta recibir de parte de uno de los competidores interesados en la respectiva contratación.

Nada de ello es definitorio de una situación con relevancia típica a título de administración desleal. En efecto, la deslealtad constitutiva del delito previsto en el art. 470 n.º 11, CPch no necesita, aun cuando puede,<sup>26</sup> estar vinculada con la persecución de una ventaja para el propio agente o para alguna tercera persona. Una vez que se advierte que una deslealtad en el sentido aquí relevante nada tiene que ver, conceptualmente, con una eventual corrupción en la que pudiera incurrir el administrador del patrimonio ajeno, obtenemos una premisa importante para favorecer una lectura restrictiva de la regulación legal. Pues justamente uno de los antecedentes que explican la amplitud de la formulación introducida por la reforma al StGB del año 1933 parece estar constituido por el compromiso del legislador nacionalsocialista con hacer de la administración desleal un título de punibilidad lo suficientemente elástico como para cubrir una vasta gama de manifestaciones de corrupción en el desenvolvimiento de la actividad económica.<sup>27</sup>

### 3. La conexión funcional entre deslealtad y perjuicio

---

<sup>25</sup> Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 491 ss. Al respecto, también MAÑALICH, “El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. LI, 2018, pp. 96 ss.

<sup>26</sup> Sobre ello, PASTOR y COCA, *El delito de administración desleal*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 195 ss. y 213 ss. A propósito de comportamientos constitutivos de “auto-contratación”, véase también NIETO, *supra* nota 22, p. 256.

<sup>27</sup> Al respecto, KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 339 s., con nota 7.

Lo anterior tendría que volver manifiesto el problema fundamental que enfrenta la dogmática de la administración desleal en lo concerniente a la caracterización de la deslealtad que tendría que ser predicable de un comportamiento potencialmente punible a este título. En atención a que la administración desleal tiene, indudablemente, el carácter de un delito de mero perjuicio patrimonial, la noción aquí relevante de lealtad necesita quedar funcionalmente definida en referencia a la evitación del condicionamiento de perjuicio para el patrimonio protegido. El contraste entre las estructuras típicas de la estafa y la administración desleal puede darnos una pista a este respecto.

Esta última comparación suele ser sintetizada a través del lugar común de que, mientras la estafa consistiría en un ataque al patrimonio ajeno “desde fuera”, la administración desleal representaría un ataque al patrimonio ajeno “desde dentro”.<sup>28</sup> Esta metáfora doble resulta ilustrativa del aspecto decisivo para el contraste. Es propio de toda estafa que su autor *no* esté en posición de dar lugar por sí mismo a la disposición patrimonialmente perjudicial, lo cual hace reconocible la función del engaño como núcleo del comportamiento típicamente relevante: el autor de una estafa provee información falsa bajo la cual *otra persona* habría de materializar, bajo el error resultante del engaño, la respectiva disposición perjudicial. La persona que, al tener una representación errada en cuanto a una o más circunstancias fácticas con relevancia decisoria, efectúa la disposición eventualmente perjudicial puede ser o bien la propia víctima o bien una persona distinta de ella. Esto último es lo distintivo de los casos de “estafa en triángulo”, en relación con los cuales se plantea la pregunta acerca de las condiciones de cuya satisfacción dependería que la respectiva disposición pueda ser entendida como efectuada *por cuenta* del titular del patrimonio.<sup>29</sup>

Como contrapartida, el potencial autor de una administración desleal detenta un poder de disposición (*lato sensu*) referido a uno o más componentes del patrimonio de otra persona. Esto se traduce en que, en cuanto administrador del respectivo patrimonio, aquel se encuentre en posición de ajustar o no ajustar el ejercicio de su poder de disposición a los lineamientos fijados por el titular del patrimonio y que así definen lo que suele denominarse la “relación interna” entre ambos.<sup>30</sup> En estos términos, el carácter delictivo de una irrogación de perjuicio patrimonial a título de

---

<sup>28</sup> Véase HERNÁNDEZ, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, 2005, pp. 202 y 239 ss.; en la doctrina española, NIETO, *supra* nota 22, pp. 250 s.

<sup>29</sup> Sobre el problema, HERNÁNDEZ, “La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIII, 2010, *passim*.

<sup>30</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 346 s.

administración desleal depende de que el perjuicio represente el resultado del ejercicio de un poder de disposición que sobrepase los límites impuestos por la relación que lo vincula con el titular del patrimonio.

Esto ofrece una clave para reconstruir la función predicable de la pretensión de lealtad que vincularía al administrador del patrimonio ajeno en cuanto destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es punible a título de administración desleal. Esa pretensión de lealtad no es sino la contracara de la confianza en él depositada por el titular del patrimonio a cuya preservación o gestión favorable aquel se encuentra obligado. En tal medida, la lealtad esperable del agente representa una *compensación de la vulnerabilidad* relativa del patrimonio frente a quien aparece, precisamente, como *garante* de su protección en el ejercicio del poder de disposición referido a ese mismo patrimonio.<sup>31</sup> Como se sostendrá más abajo,<sup>32</sup> esta caracterización identifica el núcleo típico de la administración desleal, en cuanto fija presupuestos que son comunes a las variantes del abuso y de la infidelidad, con arreglo a lo que cabe denominar una “concepción integrada”. En lo inmediato, sin embargo, interesa vincular esta caracterización funcional de la deslealtad típicamente relevante con la determinación del perjuicio.

#### 4. Perjuicio como merma no compensada de una posición patrimonial

Como ya se sugiriera, la deslealtad dotada de significación delictiva debe ser identificada con la falta de sujeción del poder de decisión, conferido al potencial autor, al marco de autorización determinado por los términos que definen la relación que lo vincula con el titular del patrimonio. Por ello, en casos en los cuales el poder (fáctico o jurídico) de disposición que el administrador tiene sobre el patrimonio cuyo resguardo le está encomendado es ejercido en congruencia con el marco de autorización definido por su vínculo con el titular del patrimonio, la doctrina tiene por configurado un así llamado “acuerdo” de este último, que no expresa más que una reformulación negativa del presupuesto típico de la deslealtad.<sup>33</sup> Esto impacta la formulación del criterio de reconocimiento de un posible perjuicio *qua* resultado típico.

---

<sup>31</sup> Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, p. 347.

<sup>32</sup> *Infra*, 2.

<sup>33</sup> Véase KINDHÄUSER, en KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN (coords.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, t. III, 5.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, §266, n.º m. 66 ss. En general acerca de la categoría del acuerdo, desde el punto de vista de su demarcación frente a la del consentimiento, véase MAÑALICH, *supra* nota 16 [*Nötigung*], pp. 100 ss.

A este respecto, el criterio que tiende a encontrar mayor adhesión doctrinal, en cuanto derivable tanto de la concepción económica como de la concepción jurídico-económica del patrimonio, consiste en el así llamado “principio del saldo”.<sup>34</sup> La aplicación de este asume la forma de una comparación del estado del patrimonio protegido en la situación inmediatamente anterior a la ejecución o la omisión de la acción con potencial impacto patrimonial, por un lado, con el estado de ese patrimonio inmediatamente resultante de la ejecución o la omisión de esa misma acción, por otro. Si, y solo si, la comparación arroja un balance desfavorable, habrá tenido lugar una merma patrimonial, y así un perjuicio. El problema está en que el principio del saldo lleva a resultados difícilmente plausibles, aun tratándose de casos de simple “criminalidad de manual”.<sup>35</sup>

Un ejemplo suficientemente representativo lo provee el caso de un tutor que, contrariando lo dispuesto en el § 1806 del Código Civil alemán (“BGB”) —cuyo equivalente imperfecto lo encontramos en el art. 406 del Código Civil chileno— no pone a interés el dinero comprendido en el patrimonio del pupilo. Si el asunto se enjuicia bajo el principio del saldo, la conclusión tendría que consistir en la negación de un perjuicio patrimonial.<sup>36</sup> Pues el estado del patrimonio del pupilo no experimenta modificación alguna como consecuencia de la omisión del depósito a interés del dinero por parte del tutor. Por supuesto, el caso variaría si pudiéramos sostener que la eventualidad del depósito a interés del dinero por parte del tutor, a lo cual este se encuentra jurídicamente obligado, quedaría cubierta por los parámetros que determinan la situación patrimonial del pupilo. Pero para eso sería necesario, precisamente, postular una conexión interna entre la pretensión de lealtad y el criterio de reconocimiento de perjuicio.<sup>37</sup>

Otra constelación en la cual el recurso al principio del saldo tiende a producir soluciones inadecuadas la ejemplifica el caso del administrador que adquiere maquinaria enteramente innecesaria para el giro productivo de la empresa, pero paga por esta un precio ajustado a su valor de mercado, en circunstancias de que los costos de mantenimiento de las máquinas vuelven necesaria

---

<sup>34</sup> Véanse, en general, HERNÁNDEZ, “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 29, 2009, pp. 58 ss.; SCHLACK, “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.º 2, 2008, pp. 274 ss. y 285; MAYER, *Delitos económicos de estafa y otras defraudaciones*, Santiago, DER, 2018, pp. 77 ss. En referencia inmediata a la administración desleal, ROJAS, *supra* nota 11, pp. 164 ss.; NIETO, *supra* nota 22, 262 ss.

<sup>35</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 254 ss. y 352 ss., en referencia a la determinación del perjuicio patrimonial como elemento del tipo de la estafa y de la administración desleal, respectivamente.

<sup>36</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 8, p. 353.

<sup>37</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 352 s.

la obtención de un oneroso crédito bancario.<sup>38</sup> Si se advierte que la contratación del crédito no admitiría ser entendida como dando lugar a una merma patrimonial *inmediatamente* resultante de la adquisición de la maquinaria,<sup>39</sup> habría que concluir que aquí tampoco cabe reconocer un perjuicio típicamente relevante.

Para evitar los resultados manifiestamente contra-intuitivos a los que conduciría la aplicación consistente del principio del saldo, y no obstante su compromiso con la concepción económica del patrimonio, el Tribunal Supremo Federal alemán (“BGH”) hace suyos determinados “correctivos”,<sup>40</sup> que no son sino modificaciones *ad hoc*, incompatibles con las premisas que lo sustentan.<sup>41</sup> Así, afirmar que en el caso del tutor que no pone a interés el dinero del pupilo se daría un perjuicio, consistente en la frustración de una “expectativa” referida al cumplimiento de la obligación civil que recae sobre el tutor,<sup>42</sup> supone abandonar la adopción de la “perspectiva fáctica” favorecida por toda concepción del patrimonio distinta de la concepción jurídica para determinar cómo se compone el patrimonio de una persona *qua* objeto de protección.<sup>43</sup> A su vez, la maniobra consistente en recurrir a la así llamada “fórmula del impacto individual” para sostener, en referencia al segundo caso, que la adquisición de la maquinaria de gravoso mantenimiento redundaría en un perjuicio para el titular del patrimonio de la empresa,<sup>44</sup> no representa más que una validación parcial del criterio — incompatible con el principio del saldo— de la “frustración del fin”,<sup>45</sup> que es el criterio de perjuicio que tendría que seguirse, más bien, de la adopción de una concepción “personal” del patrimonio.<sup>46</sup>

Pero la concepción personal del patrimonio tampoco representa una alternativa dogmáticamente plausible, precisamente porque el criterio de la frustración del fin no logra servir como un indicador *positivo* de un perjuicio que necesita exhibir significación distintivamente patrimonial.<sup>47</sup> Las dificultades se disipan si, al revés de lo que sugiere la adopción de aquella

---

<sup>38</sup> Véase ROJAS, *supra* nota 11, p. 166.

<sup>39</sup> Acerca de esta exigencia, ROJAS, *supra* nota 11, p. 165.

<sup>40</sup> Al respecto, NIETO, *supra* nota 22, pp. 265 s.

<sup>41</sup> Fundamental KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 256 ss.

<sup>42</sup> Así ROJAS, *supra* nota 11, p. 165. En general sobre el problema, PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 93 ss.

<sup>43</sup> En esta dirección, KINDHÄUSER, *supra* nota 8, p. 353.

<sup>44</sup> Véase ROJAS, *supra* nota 11, pp. 165 s.

<sup>45</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 356 s.

<sup>46</sup> Para una pormenorizada presentación y defensa de la concepción personal del patrimonio, véase GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2.ª ed., Montevideo y Buenos Aires, BfF, 2015, pp. 179 ss. y 238 ss.

<sup>47</sup> Fundamental, KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 261 ss.

concepción, asumimos que la *realización* de un fin capaz de justificar la merma de una posición patrimonial opera como criterio de *negación* de perjuicio.<sup>48</sup> Con ello, por “perjuicio” cabe entender la merma de una posición de significación patrimonial no compensada por la realización de un fin atribuible al titular del patrimonio.

Este concepto de perjuicio se deja reconciliar sin problemas con la estructura típica de la administración desleal.<sup>49</sup> Ya vimos que la adecuación del ejercicio del poder de disposición del administrador al marco de autorización fijado por la relación que lo vincula con el titular del patrimonio obsta a la caracterización del comportamiento del primero como desleal. Con ello, que la posible merma patrimonial pueda verse compensada por la realización de un fin que la justifique en congruencia con los intereses del titular, determina que la *inexistencia de perjuicio* quede internamente conectada con la *falta de deslealtad* predicable del comportamiento del administrador. Y debería ser claro, a este respecto, el paralelismo con la estafa: en la medida en que la disposición consistente en una merma de la capacidad patrimonial de la potencial víctima no tenga lugar bajo una creencia falsa en cuanto a las circunstancias fácticas con relevancia para la disposición, habrá que asumir que esa merma queda compensada, *ceteris paribus*, por la realización de la finalidad perseguida a través de la misma disposición.

Sin que aquí sea posible entrar de manera mínimamente detallada en ello, puede ser oportuno cerrar el análisis de este problema observando lo siguiente: en la reconstrucción dogmática de la tipificación plasmada en la disposición legal chilena, deberíamos evitar una asimilación irreflexiva de algunos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en lo tocante a la definición más precisa del concepto de perjuicio patrimonial, que se explican por ciertas particularidades de la regulación alemana. Esto concierne específicamente a la validación del así llamado “perjuicio-de-peligro” (*Gefährdungsschaden*) como una de las formas que podría asumir la “desventaja” (*Nachteil*) patrimonial constitutiva del resultado típicamente relevante, según reza el § 266 del StGB, y que no consistiría sino en un *peligro concreto* de perjuicio.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 261 ss.

<sup>49</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 355 ss.

<sup>50</sup> Al respecto, latamente, GALLEGO SOLER, *supra* nota 46, pp. 423 ss. y 484 ss., a partir de la defensa de una concepción “personal-funcional” del patrimonio; véase también PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 161 ss., aun cuando traduce la expresión alemana como “peligro de perjuicio”, lo cual distorsiona el sentido atribuible a aquella. Sobre el problema, ROJAS,

Más allá de la pregunta por la aceptabilidad, *de lege lata*, de esta tesis interpretativa del § 266 del StGB bajo la prohibición de analogía,<sup>51</sup> el punto aquí interesante consiste en que, en los hechos, esta construcción pretende eludir la dificultad asociada a la falta de punibilidad de la tentativa (*lato sensu*) de administración desleal bajo el StGB, que se explica por el régimen de *numerus clausus* al que este somete la punibilidad de la tentativa tratándose de hechos punibles no constitutivos de crímenes.<sup>52</sup> Que en referencia al delito tipificado en el n.º 11 del art. 470, CPch resulten punible la tentativa y la frustración con arreglo al régimen general previsto por el CPch, determina que la necesidad práctica de la construcción de un “perjuicio-de-peligro”, cuya aceptabilidad bajo el principio de legalidad es problemática, se ve drásticamente relativizada.

### III. La reconstrucción “integrativa” de las variantes de abuso e infidelidad

#### 1. Concepciones dualistas versus concepciones monistas

Con esto quedamos en condiciones de examinar el segundo de los problemas identificados al comienzo, constituido por la pregunta acerca de si las mejores razones disponibles hablan a favor de enfatizar una *diferenciación* de las dos variantes típicas de administración desleal, en el sentido de una concepción dualista,<sup>53</sup> o más bien a favor de procurar su *unificación*, sea en la forma de una concepción monista “irrestricada”, bajo la cual la variante de abuso habría de quedar sometida a los mismos constreñimientos a los que queda sometida la variante infidelidad en lo tocante al grado de control que el potencial autor ha de poder ejercer respecto del patrimonio protegido,<sup>54</sup> sea en la

---

*supra* nota 11, p. 166; para un acertado rechazo de la construcción, véase empero MATTHEI y ROJAS, “Caso ‘MOP-GATE’”, en VARGAS (dir.), *Casos destacados. Derecho Penal Parte Especial*, Santiago, DER, 2019, pp. 150 s.

<sup>51</sup> Al respecto, y críticamente, BUNG, “Gefährdungsschaden und Vermögensverlust”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (coord.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Fricncfort del Meno, Peter Lang, 2007, *passim*.

<sup>52</sup> En detalle, MAREK, *Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue de lege ferenda?*, Múnic. Verlag Dr. Hut, 2005, pp. 24 s., 35 ss. y 58 ss.

<sup>53</sup> En esta dirección, SCHÜNEMANN, en CIRENER *et al.* (coords.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2012, § 266, n.º m. 13 ss., aun cuando se acepte, con base en las consecuencias que según el BVerfG se seguirían del mandato de determinación consagrado constitucionalmente, la prácticamente irreversible adopción de una concepción monista a lo largo de una consistente praxis jurisprudencial que se extiende ya por más de cuatro décadas, lo cual tendría que traducirse en un favorecimiento de una concepción monista restringida.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, ZIESCHANG, “§ 266”, en PARK (coord.), *Kapitalmarktsstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2008, n.º m. 6 y 11.

forma de una concepción monista “restringida”, bajo la cual solo la exigencia de una orientación al beneficio ajeno (*Fremdnützigkeit*) como marca de la posición del autor *qua* garante sería común a ambas variantes.<sup>55</sup> Para esclarecer qué pudiera estar en juego aquí, puede ser útil echar un vistazo al pronunciamiento del BGH, de 1972, que marcó el punto de inflexión de cara a la hegemonía que hasta entonces exhibían las concepciones dualistas, y que a la vez explica que hoy parezca ser dominante, por el contrario, una variante de concepción monista que se distingue por entender la variante típica de abuso como una mera sub-variante de infidelidad.<sup>56</sup>

El caso decidido por el BGH, conocido como el “caso de la tarjeta de cheques”,<sup>57</sup> involucraba a un individuo que, a lo largo de un periodo de un mes y diez días llegó a cobrar 236 cheques, cada uno correspondiente a un monto que superaba los 200 marcos, ante múltiples bancos de toda Alemania, y exhibiendo para ello, en cada ocasión, la tarjeta asociada a la cuenta contra la cual el respectivo cheque había sido girado, a sabiendas de que por esa vía resultaba sobrepasado el monto máximo para giros efectuados contra la misma cuenta de ahorro. Revocando la sentencia pronunciada por el *Landgericht* de Bremen, el BGH absolvió al imputado por el cargo de una administración desleal continuada, para condenarlo, en cambio, como autor de una estafa asimismo continuada. El argumento decisivo para lo primero lo proveyó la consideración de que sobre el titular de la cuenta no recaía un deber de resguardar la integridad patrimonial de la caja de ahorro. Esto, a pesar de que en principio venía en consideración una realización de la variante de *abuso*, al encontrarse el librador habilitado para comprometer de manera jurídicamente eficaz el patrimonio de la entidad librada, de un modo que resultó, en efecto, en un manifiesto rebasamiento del marco de autorización fijado por la relación contractual que lo vinculaba con esta.

La solución alcanzada por el BGH consistió, de esta manera, en asumir que la exigencia de que el potencial autor tenga el estatus de un garante de protección en relación con el patrimonio de la potencial víctima no es privativa de la variante típica de infidelidad, sino que es igualmente definitoria de la variante de abuso. El impacto inmediato del fallo se expresó en la reacción legislativa resultante en la tipificación del así llamado “abuso de tarjetas de débito y crédito”, en un

---

<sup>55</sup> Así ROJAS, *supra* nota 11, pp. 151 ss.

<sup>56</sup> Al respecto, KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 329 ss.; también, y pormenorizadamente, SCHÜNEMANN, *supra* nota 53, § 266, n.º m. 10 ss. Para una contextualización del debate, véase también HERNÁNDEZ, *supra* nota 28, 241 ss.; así como PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 53 ss.

<sup>57</sup> BGH, 26.07.1972 - 2 StR 62/72.

nuevo § 266b del StGB. Esto es justificadamente entendido como una demostración inequívoca de la falta de plausibilidad, *de lege lata*, de una concepción dualista como clave de reconstrucción dogmática de la tipificación de la administración desleal.<sup>58</sup> Pero constatar esto último no equivale a despejar las dificultades que enfrenta, como contrapartida, la defensa de una concepción monista. La principal de estas dificultades consiste en la indeterminación que exhibiría la descripción correspondiente a la variante típica de infidelidad,<sup>59</sup> que bajo la versión más generalizada de una concepción monista aparece como aquella que identificaría *el* tipo (unitario) de la administración desleal, sobre el trasfondo del cual la variante de abuso se comportaría como una simple especificación, en tal medida lógicamente redundante. Esta última caracterización es la que se sigue, en efecto, de la adopción de una concepción monista “irrestricida”, según ya se sugiriera.

## 2. Una concepción integrada de la administración desleal

La estrategia más favorable para superar la dificultad recién apuntada la encontramos, a mi juicio, en la versión de una concepción monista que KINDHÄUSER ha caracterizado como una “concepción integrada”.<sup>60</sup> Se trata aquí de una concepción monista que procura identificar un conjunto de presupuestos típicos comunes a ambas variantes, por la vía de una combinación o —valga la redundancia— *integración* de los presupuestos inmediatamente distintivos de cada una de las dos variantes, que resulta así en una maniobra de restricción recíproca. La manera en que la reconstrucción de la variante de abuso es impactada por su caracterización enriquecida a través de su adecuación a los presupuestos de la variante de infidelidad ya fue explicitada: el autor de administración desleal por abuso necesita en todo caso exhibir el estatus de garante de protección del patrimonio por él administrado, en los mismos términos en que ello es definitorio de una administración desleal por infidelidad, que es precisamente lo que no se satisfacía en el caso de la tarjeta de cheques. Mas esto tiene que ser complementado, ahora, con una referencia a la manera

---

<sup>58</sup> Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 329 s.

<sup>59</sup> Al respecto, y con una valoración sensatamente matizada del problema, RANSIEK, *supra* nota 12, pp. 640 ss. En la discusión española, véase PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 26 s.

<sup>60</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 331 ss. y 338 ss.

en que, en la dirección opuesta y correlativamente, la variante de infidelidad también resulta modulada a través de su adecuación a los presupuestos de la variante de abuso.

Precisamente esto último está implicado en la sugerencia, ya anticipada, de que también tratándose de una administración desleal por infidelidad es necesario que al potencial autor haya sido conferido un poder de disposición referido al patrimonio de cuya protección aquel es garante.<sup>61</sup> A este respecto, la especificidad de la variante de abuso consiste en que ese poder de disposición resulta cualificado como una potestad de enajenar (*lato sensu*) uno o más componentes del patrimonio por él administrado, o de vincular obligacionalmente a su titular, de manera *jurídicamente eficaz* frente a terceros. Pero esto no impide reconstruir la variante de infidelidad como co-determinada por la exigencia de que el titular del patrimonio haya conferido al potencial autor un poder de decisión que, aun no estando revestido de eficacia jurídica, necesite ser normativamente compensado a través de la sujeción de su detentador a la pretensión de que ese mismo poder sea ejercido *lealmente*, esto es, en congruencia con el interés del titular del patrimonio, según reza la cláusula final del inc. 1.º del art. 470 n.º 11, CPCh. De este modo queda más precisamente determinado el sentido y alcance del requisito (implícito) de relativa “autonomía” de decisión de cuya satisfacción dependería que se constituya una posición de garantía típicamente relevante,<sup>62</sup> lo cual contribuye a que pueda dejarse de lado el poco fructífero recurso al pretendido criterio de la “gravedad” que tendría que exhibir la infracción del deber de resguardo del patrimonio protegido.<sup>63</sup>

### 3. Una propuesta de interpretación del art. 470 n.º 11, CPCh

Sobre esta base es posible esbozar una propuesta de interpretación de la disposición legal chilena, fundada en la adopción de la concepción integrada. Dado que, según esta concepción, las variantes de abuso e infidelidad se diferencian exclusivamente por la modalidad de comportamiento

---

<sup>61</sup> Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 331 s. y 349 s.; coincidentemente, WACHTER, “Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 131, 2019, pp. 313 ss.

<sup>62</sup> Véase en detalle, WACHTER, *supra* nota 61, pp. 301 ss. En la discusión española, PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 113 ss.

<sup>63</sup> Para una exhaustiva revisión del problema en el contexto de la jurisprudencia y la doctrina alemanas, con una toma de posición favorable a la postulación de la exigencia en cuestión, véase WAGNER, “Zum Erfordernis einer ‚gravierenden‘ Pflichtverletzung bei der Untreue – Überlegungen zu Legitimität, Anwendungsbereich und Inhalt eines umstrittenen Korrektivs”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 131, 2019, pp. 320 ss., 332 ss. y 344 ss.

a través de cuya realización tendría que ser condicionado el resultado de perjuicio patrimonial, cabe comenzar analizando los presupuestos típicos comunes a ambas variantes.

La exigencia de que la respectiva modalidad de comportamiento sea realizada por quien tiene “a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de este, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”, especifica tanto la *base* (alternativa) como el *alcance* de la posición de garante por desempeño de una función de protección que hace de la administración desleal un delito especial (“propio”).<sup>64</sup> La enunciación de los títulos formales allí previstos hace reconocible que, a diferencia del § 266 del StGB, el art. 470 n.º 11, CPch no confiere relevancia típica, como tal, a una mera relación “fáctica” de confianza especial.<sup>65</sup> En el contexto de esa misma formulación, la cláusula disyuntiva que determina que el potencial autor haya de tener a su cargo “la salvaguardia o la gestión” del patrimonio en cuestión cumple la función de hacer reconocible que la posición del administrador como garante del respectivo patrimonio puede estar vinculada tanto a un cometido de preservación de su integridad (*qua* “salvaguardia”) como a un cometido de destinación a gasto o inversión (*qua* “gestión”). Nótese que esta es exactamente la diferenciación funcional que subyace a la tipificación diferenciada, bajo los arts. 233, 234 y 235, CPch, del peculado y la desviación de fondos como formas de malversación.<sup>66</sup>

La lectura de la disposición legal según la clave provista por la concepción integrada lleva, por otro lado, a que en la formulación de la variante de abuso la expresión “disponer” tenga que ser entendida como designativa de la enajenación (*stricto sensu*) o el gravamen de uno o más componentes del patrimonio protegido, en tanto que por “obligar” haya que entender la generación de una deuda correlativa a un crédito susceptible de ser satisfecho contra ese mismo patrimonio. En uno y otro caso, el abuso de la respectiva facultad presupone la eficacia jurídica del actuar del administrador en relación con terceros.

Esta interpretación tendencialmente restrictiva de la expresión “disponer” en el contexto de la formulación de la variante de abuso hace posible postular, como contrapartida, una interpretación igualmente restrictiva de la descripción que especifica la variante de infidelidad. De acuerdo con la

---

<sup>64</sup> En general sobre los delitos de garante como delitos especiales, a propósito de la estructura típica de los delitos de omisión impropia, MAÑALICH, *supra* nota 16 [“Omisión del garante”], pp. 241 ss.

<sup>65</sup> Al respecto, y críticamente, WAGNER, *supra* nota 63, pp. 342 ss.

<sup>66</sup> En detalle, MAÑALICH, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, vol. 7, n.º 14, 2012, pp. 363 ss.

concepción integrada, la ejecución u omisión de “cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado” solo puede resultar constitutiva de una administración desleal por infidelidad en la medida en que la acción en cuestión sea ejecutada u omitida por quien, en cuanto garante de protección, detenta un poder de decisión que lo deja en posición de disponer, aunque sea en un plano puramente fáctico, (de a lo menos una parte) del patrimonio protegido. A este respecto, que la cláusula que exige que el comportamiento del potencial autor se presente como “manifiestamente contrario al interés” del titular del patrimonio solo forme parte de la formulación de la variante de infidelidad, deviene explicable si el énfasis se pone en el carácter *manifiesto* que, en los términos de esa misma cláusula, ha de exhibir la contrariedad al interés de la potencial víctima. Pues debería ser contextualmente claro que un *abuso* de la posibilidad de comprometer de manera jurídicamente eficaz el patrimonio protegido siempre resultará, *ceteris paribus*, contrario al interés de su titular, en razón de que por tal se entiende un ejercicio de un poder jurídico de disposición revestido de eficacia jurídica “hacia afuera” que sobrepasa el marco de autorización que vincula al potencial autor para con el titular.

La doble hipótesis interpretativa recién enunciada tiene la ventaja de hacer inmediatamente comprensible, además, que solo en la especificación de la variante de infidelidad la disposición legal haga equivalentes las respectivas formas de comportamiento activo y omisivo. Pues si la variante de abuso es entendida en términos tales que siempre ha de consistir en el condicionamiento de perjuicio a través de un acto jurídico de enajenación o gravamen, o generador de deuda, no parece concebible, en sentido estricto, una administración desleal por abuso *omisivo*. Esto es consistente con que, en la discusión doctrinal alemana, en referencia a las constelaciones de aparente abuso por omisión se observe que en rigor se trataría de comportamientos que tienen el carácter de acciones concluyentes.<sup>67</sup>

Lo anterior vuelve pertinente cerrar el análisis a través de un último contraste. En su reciente análisis de una sentencia de la Corte Suprema de Chile relativa al así llamado “caso MOP-GATE”, MATTHEI y ROJAS han asumido la corrección dogmática de la tesis según la cual el fraude al fisco tendría el carácter de una administración desleal de funcionario público.<sup>68</sup> Aun cuando esta es la mejor clave interpretativa disponible para reconstruir la especie de hecho punible tipificada en el

---

<sup>67</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 33, § 266, n.º m. 91.

<sup>68</sup> MATTHEI y ROJAS, *supra* nota 50, pp. 142 ss.

art. 239, CPch,<sup>69</sup> de ello no se sigue que sea correcta la correlación, sugerida por MATTHEI y ROJAS, entre el uso diferenciado de las expresiones “defraudar” y “consentir que se defraude” en el contexto del art. 239, CPch, por un lado, y la formulación de las variantes de abuso e infidelidad bajo el art. 470 n.º 11, CPch, por otro.<sup>70</sup> Pues esta tesis pasa por alto que la fórmula “consentir que” es sistemáticamente usada en el CPch para describir formas de comportamiento *omisivo*, consistentes en la falta de impedimento de la ejecución de una acción (ajena) de cierta clase.<sup>71</sup> Si a pesar de la heterogeneidad terminológica exhibida por una y otra disposición tiene sentido asumir que, bajo el derecho chileno vigente a contar del 20 de noviembre de 2018, el art. 239, CPch tipifica una forma calificada del delito cuyo tipo básico queda formulado en el art. 470 n.º 11, CPch,<sup>72</sup> debe asumirse entonces que la fórmula “consentir que se defraude” especifica la modalidad *omisiva* de la variante de infidelidad, en tanto que la expresión “defraudar” debe tomarse como designativa tanto de la variante de abuso como de la modalidad *comisiva* de la variante de infidelidad. La concepción integrada de la administración desleal está en mejor posición que sus competidoras para sustentar esta última hipótesis interpretativa.

#### IV. Bibliografía

AMBOS, Kai, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2019.

BUNG, Jochen, “Gefährdungsschaden und Vermögensverlust”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (coord.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2007, pp. 363-377.

FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C.F. Müller, 1988.

GALLEGO SOLER, Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2.ª ed., Montevideo y Buenos Aires, BdF, 2015.

---

<sup>69</sup> Fundamental HERNÁNDEZ, *supra* nota 28, pp. 234 ss. Véase también MAÑALICH, *supra* nota 66, pp. 374 s.

<sup>70</sup> MATTHEI y ROJAS, *supra* nota 50, p. 144.

<sup>71</sup> Véanse, verbigracia, los arts. 233 y 344, CPch.

<sup>72</sup> De lo cual se sigue, entre otras cosas, que como autor de fraude al fisco solo podría venir en consideración un funcionario público que en relación con la salvaguardia y la gestión del patrimonio público exhiba el estatus de garante por protección.

HERNÁNDEZ, Héctor, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, 2005, pp. 201-258.

—, “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 29, 2009, pp. 57-91.

—, “La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIII, 2010, pp. 201-231.

—, “Arts. 287 bis y 287 ter”, en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.) *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo Título VI (arts. 261 a 341)*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, pp. 182-196.

KINDHÄUSER, Urs, en KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN (coords.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, tomo III, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

—, *Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2018.

MAÑALICH, Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

—, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, vol. 7, n.º 14, 2012, pp. 357-377.

—, *Norma, causalidad y acción*, Barcelona, Madrid, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons, 2014.

—, “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, n.º 2, 2014, pp. 225-276.

—, “El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. LI, 2018, pp. 95-122.

—, “El principalismo político-criminal como fetiche”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 29, 2018, pp. 59-71.

MAREK, Vrzal, *Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue de lege ferenda?*, Múnich, Verlag Dr. Hut, 2005.

MATTHEI, Elisabeth y ROJAS, Luis Emilio, “Caso ‘MOP-GATE’”, en VARGAS (dir.), *Casos destacados. Derecho Penal Parte Especial*, Santiago, DER, 2019, pp. 133-155.

MAYER, Laura, *Delitos económicos de estafa y otras defraudaciones*, Santiago, DER, 2018.

NIETO, Adán, “Administración desleal y apropiación indebida”, en DE LA MATA *et al.*, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, Dykison, 2018, pp. 237-284.

PASTOR, Nuria y COCA, Ivó, *El delito de administración desleal*, Barcelona, Atelier, 2016.

RANSIEK, Andreas, “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 116, 2004, pp. 634-679.

ROJAS, Luis Emilio, “El tipo de la administración desleal en el Derecho penal alemán”, en *Revista Penal*, n.º 23, 2009, pp. 138-171.

—, *Grundprobleme der Haushaltsuntreue*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

SCHLACK, Andrés, “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.º 2, 2008, pp. 261-292.

SCHÜNEMANN, Bernd, en CIRENER *et al.* (coords.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2012.

STRAUSS, Leo, *Natural Right and History*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1953.

TENINBAUM, Gabriel, “Reductio ad Hitlerum: Trumping the Judicial Nazi Card”, en *Michigan State Law Review*, 2009, pp. 541-578.

WACHTER, Matthias, “Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 131, 2019, pp. 286-318.

WAGNER, Markus, “Zum Erfordernis einer ‚gravierenden‘ Pflichtverletzung bei der Untreue – Überlegungen zu Legitimität, Anwendungsbereich und Inhalt eines umstrittenen Korrektivs”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 131, 2019, pp. 319-362.

ZIESCHANG, Frank, “§ 266”, en PARK (coord.), *Kapitalmarkt strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2008.

## RECEPTACIÓN, NO ENCUBRIMIENTO. UN DELITO CONTRA EL MERCADO FORMAL

Dra. Alejandra VERDE \*

---

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 31 de julio de 2020

### Resumen

Este artículo es una síntesis de mi tesis doctoral, publicada recientemente en la editorial Marcial Pons con el título “La receptación como delito contra el mercado formal”. En este resumen expongo los principales argumentos con los que, en aquel trabajo, justifiqué la criminalización de esta clase de conducta. Explico, por tanto, qué daño ocasiona y en qué consiste su ilicitud material o incorrección moral. Antes de fundamentar mi propio punto de vista describo y critico diferentes teorías ensayadas, sobre todo en Alemania, para brindar esa justificación, y tras ello analizo una serie de consecuencias dogmáticas que, a mi juicio, se siguen de la tesis que asumo respecto de aquella problemática. Entre éstas cabe destacar lo relativo a qué puede ser objeto del delito de receptación; qué justifica incluir en ese tipo penal una cláusula de exclusión de la tipicidad respecto de los autores y partícipes del delito anterior; por qué el fin de lucro tiene que ser un elemento del tipo básico en este delito; y por qué debería criminalizarse, también, la venta o entrega de cosas provenientes de un delito previo.

*Palabras clave: receptación, encubrimiento, delitos posterior copenado, teoría de la perpetuación, administración de justicia, mercado negro, mercado formal*

**Title:** Reception, not Concealment. A Crime against the Formal Market

---

\*Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesora de Derecho procesal penal, Universidad Torcuato Di Tella. Profesora de cátedra y coordinadora académica de la Maestría y Especialización en Derecho penal de la Universidad de San Andrés. Este texto contiene las ideas centrales de mi tesis doctoral, ya publicada: VERDE, Alejandra, *La receptación como delito contra el mercado formal*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2019. Email de contacto: alecciverde@gmail.com. Agradezco especialmente a la evaluadora anónima o al evaluador anónimo por sus valiosos comentarios a mi trabajo, que contribuyeron a que pudiera mejorarlo para la presente publicación.

## Abstract

The present paper summarizes my Phd dissertation, recently published by Marcial Pons under the title 'Receiving proceeds of crime as an offense against the formal market'. In this brief contribution, I outline the main arguments that ground my justification for the criminalization of this kind of conduct. For that purpose, I expound the harm that it causes and its material wrongfulness or moral wrongdoing. As a prelude to the explanation of my view in relation to the topic, I describe and criticize the different theories that have been developed, especially in Germany, to provide such justification and then I examine a series of theoretical consequences that, in my opinion, derive from the position that I assumed. The most relevant of them concern what can be the object of a 'receiving criminal proceeds' offense; which are the reasons that justify the exclusion of criminal responsibility in the case of those who have taken part in the previous offense; why the profit motive has to be an element of the basic definition of this offense; and why the sale or delivery of proceeds of crime should also be criminalized.

*Keywords: Reception of proceeds of crime, Concealment, Non-punishable post factum, Perpetuation theory, Administration of Justice, Black market, Formal market.*

**Sumario: I. Introducción; II. Análisis crítico de las teorías que intentan justificar la criminalización de la receptación; III. La relación entre daño e incorrección moral; IV. El daño de la receptación; V. El ilícito material o la incorrección moral de la receptación; VI. Consecuencias dogmáticas de la tesis asumida respecto del daño y de la incorrección moral de la receptación; VII. Conclusión; VIII. Bibliografía.**

## I. Introducción

El interés que despertó el estudio del encubrimiento y de la receptación ha sido en gran medida indirecto, además de oscilante. En una primera y prolongada etapa,<sup>1</sup> el análisis de estas conductas,

---

<sup>1</sup> Una evolución histórica de estos tipos penales puede encontrarse en WOLFF, *Begünstigung, Strafreitelung und Hehlerei. Geschichtliche Entwicklung und Abgrenzung zur Beihilfe*, Fráncfort, Peter Lang, 2002, p. 28; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 68 ss.; PLÜMER, *Das Verhältnis zwischen Strafreitelung und Beihilfe zur Vortat*, Bonn, 1979, p. 21; WEISERT, *Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1999, p. 110; NEUMANN, *Reform der Anschlussdelikte*, Münster, MV Wissenschaft, 2007, p. 7; GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei. Historisch-dogmatischer Darstellung*, Múnich, Ackermann, 1879, p. 40; POPPE, *Die Akzessorität der Teilnahme. Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen*, Fráncfort y otras, Peter Lang, 2011, pp. 86 s.

poco delimitadas entre sí y sin definiciones precisas,<sup>2</sup> tenía más que ver con el lugar sistemático, incorrecto por cierto, en el que se las ubicaba, que con su estudio propiamente dicho.<sup>3</sup>

En efecto, esos comportamientos fueron concebidos desde el derecho romano hasta, por lo menos, mediados del siglo XIX —con algunas pocas excepciones— como una forma de participación criminal, independiente de la complicidad y de la instigación; concretamente, como una participación posterior o *subsequens* en el delito anterior cometido por otro, también conocida como participación en sentido amplio.<sup>4</sup>

La regulación como delitos autónomos en la parte especial del código penal de los comportamientos de receptación, favorecimiento real y favorecimiento personal es, por lo tanto, bastante reciente.<sup>5</sup> El desarrollo de la teoría de la imputación, que tuvo un puntapié inicial a fines

---

<sup>2</sup> Lo que hoy entendemos por receptación y encubrimiento no fue siempre así; podría decirse que es el resultado de siglos de intentos por hacerlo correctamente. Solo por mostrar un ejemplo, durante el Imperio Romano existía el *crimen receptorum* o *receptorum*, el que abarcaba lo que hoy conocemos como favorecimiento real y personal y la receptación propiamente dicha. Véase, WILBERT, *Begünstigung und Hehlerei. Die Zwecke der Strafdrohungen und ihr Einfluss auf die Auslegung ausgewählter Tatbestandsmerkmale*, Hamburg, Dr. Kovač, 2007, p. 15; GHAN, *Die Begünstigung. Eine strafrechtliche Studie*, Heidelberg, Carl Winter, 1910, p. 2; WEISERT, *supra* nota 1, p. 102; BRUENS, *Die Begünstigung*, Tübingen, 1929, p. 10, nota al pie n.º 1; GREENER, *supra* nota 1, p. 6; MEZGER, “Zur Entwicklung der sog. Ersatzhehlerei”, en *ZStW*, t. 59, 1940, (pp. 549-573), p. 553.

<sup>3</sup> Los prácticos italianos, p. ej., junto con el concepto general de complicidad subsiguiente, ubicaron el delito de los *receptatores*, que abarcaba aquellas conductas de encubrimiento relacionadas con los autores de los delitos de hurto y robo, o de la receptación de cosas hurtadas o robadas, y lo denominaron *auxilium post maleficium*. Ello fue visto por los juristas que estudiaron estas fuentes como una muestra de la influencia del derecho romano en los prácticos italianos. No debe olvidarse que estas ideas tuvieron vigencia más de tres siglos y que se expandieron incluso al derecho alemán. Así, entre muchos otros, GREENER, *supra* nota 1, p. 28; NEUMANN, *supra* nota 1, p. 6, etc.

<sup>4</sup> Pueden encontrarse comportamientos prohibidos similares a los que hoy entendemos por receptación y encubrimiento ya en el derecho romano (*supra* nota 2). Sin embargo, en aquel entonces tanto la legislación como el estudio del derecho eran casuísticos. Ello continuó de esa manera hasta que los prácticos italianos se encargaron de hacerlo sistemáticamente (*supra* nota 3). La caracterización del favorecimiento y de la receptación en la época de los prácticos italianos recibió numerosas y divergentes denominaciones, pero todos, de manera idéntica, los trataban como una forma de participación posterior. Estas ideas, con algunas diferencias, perduraron por siglos y se expandieron a otras legislaciones, como a la alemana. En efecto, se las denominó “participación posterior al delito” (*Teilnahme nach der Tat*), complicidad posterior al delito (*Beihilfe nach der Tat*), participación subsiguiente (*nachfolgende Teilnahme*), complicidad subsiguiente (*nachfolgende Beihilfe*), participación subsiguiente (*subsequente Teilnahme*), etc. Véase, entre muchos otros, GREENER, *supra* nota 1, p. 16.

<sup>5</sup> Sin perjuicio de algunos intentos anteriores, aislados y confusos, la receptación fue regulada por primera vez como un delito autónomo en la parte especial del Código penal prusiano de 1851. Sobre ello, véase WOLFF, *supra* nota 1, pp. 44 ss.; NEUMANN, *supra* nota 1, p. 40; ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 86 s.; GREENER, *supra* nota 1, pp. 53 s. Sin embargo, no puede afirmarse lo mismo respecto de las conductas de favorecimiento, por lo menos, no con precisión, porque continuaron reguladas en la parte general de ese cuerpo legal. A pesar de ello y a diferencia de lo que ocurrió con todas las otras legislaciones particulares de la época, aun cuando el favorecimiento estaba regulado en la parte

del siglo XVII con las ideas de Pufendorf,<sup>6</sup> pero que se desarrolló marcadamente a partir de principios del siglo XIX,<sup>7</sup> impactó en el análisis de la teoría de la autoría y participación, lugar en el que se ubicaba el encubrimiento y la receptación, y logró desplazarlos hacia la parte especial del derecho penal.<sup>8</sup>

La segunda fase, más actual, comienza con la tipificación de la receptación y del encubrimiento en la parte especial como delitos autónomos y culmina con la aparición y regulación del lavado de activos como un delito (que por lo menos pretender ser) diferente a los mencionados.<sup>9</sup> Durante este período, que duró aproximadamente un siglo y medio, se desarrollaron todas las teorías que hoy se conocen para explicar y legitimar la criminalización de esos comportamientos. Sin embargo, este vasto lapso no logró ser suficiente para eliminar todos los resabios de tantos siglos en los que la

---

general, ni su marco penal ni la graduación de la pena dependían del delito previo realizado por otro. Véase ALTENHAIN, *supra*, p. 76. Si bien el proceso en España fue bastante similar, ocurrió un siglo más tarde: la receptación fue tipificada en 1950 como delito autónomo en la parte especial del Código penal de ese país y el encubrimiento recién tuvo esa suerte en 1995. Sobre la evolución legislativa y doctrinal de la receptación y el encubrimiento en España véase, entre muchos, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, Bosch, 1955, pp. 25 ss.; PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1948, pp. 286 ss.; DEL ROSAL, “Reciente modificación del encubrimiento en la legislación penal española”, en *Estratto de Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, Mvltà Pavcis AG, 1952, pp. 277 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1 pp. 51 ss., 115 ss., 157 ss.

<sup>6</sup> Sobre la teoría de la imputación de Pufendorf, véase WOLFF, *supra* nota 1, p. 28; POPPE, *supra* nota 1, p. 87; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, pp. 68 ss., etc. En este sentido, Sánchez-Ostiz afirma que Pufendorf elabora una distinción y clasificación de las causas, a saber: *causa principalis* y *causa minus principalis*. Conforme a aquella, algunas conductas de favorecimiento posterior, no causales respecto del delito previo, dejan de ser parte de las conductas propiamente dichas de favorecimiento posterior y, por ello, no pretenden responsabilizar a sus autores de la conducta a la cual adhieren. Véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, pp. 68 ss.

<sup>7</sup> La teoría causal de la imputación de Pufendorf influyó en otros autores alemanes posteriores a él, como, p. ej., Kref, Eisenhart y Böhmer, quienes retomaron estas ideas en el siglo XVIII, más precisamente entre las décadas de 1750 y 1770. Véase PLÜMER, *supra* nota 1, p. 21. Aunque su influencia marcada y sin retorno ocurrió desde principios del siglo XIX.

<sup>8</sup> Pufendorf, por primera vez, formuló un criterio general para la teoría de la participación: la causalidad, y partió del principio que reza: “a cada persona solo se le puede atribuir su propia conducta. Solo en casos excepcionales se le puede atribuir a alguien las conductas realizadas por otro, cuando el primero haya participado en esas conductas y haya cocausado o contribuido a causar ese resultado con su acción u omisión” (WOLFF, *supra* nota 1, p. 87). Sin embargo, dicho autor no excluyó claramente de la participación criminal todos los comportamientos de encubrimiento, incluso cuando esas conductas no implicaban una contribución causal en la producción del delito anterior, ya que entendió que el *receptum* tras el hurto era una forma de participación en ese delito. En esos supuestos se consideraba a la conducta posterior como una adhesión subsiguiente en el delito anterior. Véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, pp. 69 s.

<sup>9</sup> Podría decirse que esta etapa comienza con la tipificación de la receptación como delito autónomo en la parte especial del Código penal para los Estados prusianos de 1851 y que concluye en 1995, cuando España incorpora el delito de lavado de dinero en su código penal.

receptación y el encubrimiento fueron entendidos como formas de participar en el delito ajeno previo.

Finalmente, el tercer período inició con el movimiento tipificador del delito de lavado de activos de la década de 1990 y está lejos de haber concluido. A medida que transcurren los años y se reforma y reformula ese tipo penal en las diferentes legislaciones, se lo hace cada vez más abarcativo, al punto tal de superponerse con comportamientos de receptación y encubrimiento.<sup>10</sup> Esto hace cada vez más difícil la caracterización y delimitación de cada uno de estos tipos penales, es decir, al problema que ya padecían los delitos de receptación y encubrimiento se adicionan los propios del lavado de activos y los que este último, por defectos legislativos (aunque no solamente), causa en los primeros. La complejidad de esta situación se agudiza por la marcada atención exclusiva

---

<sup>10</sup>P. ej., en el art. 1.º de la Ley 9613 de Brasil, ocultar la localización de bienes provenientes de un delito configura el tipo penal de lavado de activos, el cual prevé una pena de tres a diez años de prisión y no requiere que el autor realice esa conducta para dar apariencia de legalidad a dichos bienes. La conducta descrita es una forma de favorecimiento castigada con una pena exageradamente alta. En España, por su parte, el art. 301, CP, al describir el tipo básico de lavado de activos, no solo incluye la acción típica "adquirir" (emparentando así a este delito con la receptación) sino que además contiene la finalidad de "ocultar o encubrir su origen ilícito" y la de "ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos", que caracteriza al favorecimiento personal. En Alemania la situación es bastante similar, dado que el § 261, StGB, que tipifica el lavado de activos, contiene la acción típica de "ocultar" los bienes provenientes de un delito y la de frustrar la investigación del origen de esos bienes, o su decomiso, o su confiscación e incautación, en cuyo caso son obvias las similitudes con el favorecimiento real.

de los juristas en el análisis del delito de lavado de activos,<sup>11</sup> incluso cuando en numerosas oportunidades la necesidad de diferenciarlo de la receptación y el encubrimiento es imperiosa.<sup>12</sup>

El problema se plantea cuando se cree, a mi juicio equivocadamente, que se logró delimitar y definir correctamente a la receptación y al encubrimiento y que, por tanto, se consiguió justificar su criminalización. Uno de los objetivos centrales de este trabajo es, pues, mostrar que esto no es así y que, con el apogeo del lavado de activos, esta situación solo ha empeorado. No voy a dedicarme aquí al estudio del lavado de dinero, pero considero que analizar correctamente el delito de receptación significa ya un aporte relevante en ese sentido.

Tanto la receptación como el favorecimiento real, el favorecimiento personal y el lavado de activos se caracterizan por ser conductas posdelictuales<sup>13</sup> y son denominadas “delitos de conexión”

---

<sup>11</sup> Esto se advierte por la proliferación de monografías y artículos sobre lavado de activos y la correlativa escasez de las que se dedican al análisis de los delitos de encubrimiento y receptación. Por solo mostrar algunos pocos ejemplos, véase, en la Argentina, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015; CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015; BLANCO, “Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos”, en *Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.683. Encubrimiento y lavado de activos de origen ilícito*, n.º 6, julio 2011; D’ALBORA, *Lavado de dinero*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011. En Alemania, ARZT, “Geldwäscherei – eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung”, en *NStZ*, Múnich y otra, Beck, 1990, pp. 1 ss.; IDEM, “Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall”, en *JZ*, Tübingen, Mohr, 1993, pp. 913-917; VOGEL, “Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?”, en *ZStW*, (109-2), 1997, pp. 335 ss.; BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, Siegburg, Schmitt, 1995, pp. 5 ss; KRÄMER, *Die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 7 ss.; RASCHKE, *Geldwäsche und rechtswidrige Vortat*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 18 ss. En España, por su parte, véase, entre otros, DEL CARPIO-DELGADO, “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, en *InDret*, (4), 2016, pp. 1-44; ABEL SOUTO, “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, en *RECPC*, 2012, (14-14), pp. 1 ss., disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf> [enlace verificado el día 13 de agosto de 2020]; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2015.

<sup>12</sup> P. ej., el Tribunal Supremo Español (en adelante TS) ha tenido que resolver esta clase de problemas. A partir de la sentencia STS 265/2015 del 29 de abril de 2015 el TS ha procurado efectuar una interpretación del tipo de lavado de activos suficientemente restrictiva como para que siquiera sea posible distinguirlo de los delitos de encubrimiento y de receptación. Este criterio se repite y perfecciona en sentencias posteriores, como p. ej.: STS 408/2015 del 8 de julio de 2015, STS 165/2016 del 2 de marzo de 2016 y STS 331/2017 del 10 de mayo de 2017. Al respecto, véase, entre muchos, DEL CARPIO-DELGADO, *supra* nota 11, 2016; VERDE, “Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación”, en *InDret*, (1), 2020, pp. 254-299 (293), disponible en: <https://indret.com/formas-de-encubrimiento-personal-y-real/> [enlace verificado el día 13 de agosto de 2020].

<sup>13</sup> Algunos autores alemanes consideran que la expresión “delitos de conexión” no se circunscribe a los comportamientos de favorecimiento y receptación. En este sentido, consideran que incluye también otros, como p. ej. la puesta en circulación de moneda falsa; el uso de un documento falso; la difusión, posesión o propiedad de documentos con contenido de pornografía infantil, etc. Así, por todos, HÖRNLE, “Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte – Wem sind Gefahren durch verbotene Märkte zuzurechnen?”, en HOYERY otros (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg, Müller, 2006, p. 477. Sobre la categoría “conductas posdelictuales” y sus características definitorias, véase VERDE, “El delito

(en Alemania)<sup>14</sup>, “delitos de referencia” (en España)<sup>15</sup> o “delitos de encubrimiento” (en la Argentina).<sup>16</sup> Ahora bien, por más que todos esos comportamientos compartan ciertas características que permiten clasificarlos como conductas posdelictuales o posejecutivas,<sup>17</sup> no son idénticas. Podría afirmarse que las clases de favorecimiento tienen similitudes, dado que son formas diferentes de lesionar un mismo bien jurídico;<sup>18</sup> pero ello no puede sostenerse respecto de aquellas y la receptación, ya que lo único que comparten es el hecho de ser conductas posdelictuales. Por lo menos, eso es lo que pretendo demostrar en las páginas que siguen.

En este trabajo me dedicaré, entonces, al análisis del delito de receptación, el que consiste, básicamente, en adquirir cosas provenientes de un delito. Sin perjuicio de que a lo largo del texto voy a precisar dicho concepto, mi intención es poder diferenciarlo desde el comienzo del encubrimiento y explicitar mi punto de partida respecto de lo que debe entenderse por aquel.

En primer lugar, analizaré críticamente las teorías que se desarrollaron hasta ahora en Alemania, España y la Argentina para explicar y justificar la criminalización de la receptación (II). Luego, y una vez expuestas algunas ideas respecto del tipo de relación que se da o que debe darse entre el daño y la incorrección moral para que la criminalización de una clase de conducta sea legítima (III), me concentraré en el desarrollo del daño (IV) y de la incorrección moral de la receptación (V). A partir de las conclusiones a las que se arribe hasta allí y en función de la teoría propuesta, analizaré algunas

---

previo en las conductas posdelictuales. Precisiones sobre el lavado de activos, el encubrimiento y la receptación”, en *Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, 2019-II, Buenos Aires, disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=01181b72a8d0b308e049717ff5f4ec30> [enlace verificado el día 13 de agosto de 2020].

<sup>14</sup> Véase, por todos, ALTENHAIN, *supra* nota 5.

<sup>15</sup> Véase, por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 915. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, por su parte, las denomina normas de resguardo. Sobre esta denominación, véase ÍDEM, *supra* nota 1, pp. 260 ss.

<sup>16</sup> Si bien no hay en la literatura de este país estudios específicos que lo digan expresamente, de la lectura de los manuales de parte especial y de los textos disponibles sobre este tema puede concluirse que los juristas argentinos, en general, utilizan esta denominación para hacer referencia de manera global a las formas de favorecimiento y a la receptación, que, por cierto, consideran —a la última— una manera más de cometer el delito de encubrimiento. Véase CRELIS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, 7.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 371 ss., 379; BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 3, Corrientes, Mave, 2003, p. 464; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. 3, 2.ª ed., Buenos Aires y otra, Rubinzal-Culzoni, 2012, pp. 507 ss.

<sup>17</sup> Esta es la denominación elegida por Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Así, ÍDEM, *supra* nota 1, pp. 233 ss.

<sup>18</sup> Lo que también podría predicarse del lavado de activos, pero con muchos matices.

de sus consecuencias dogmáticas y efectuaré algunas críticas a la legislación vigente en la Argentina (VI).

## II. Análisis crítico de las teorías que intentan justificar la criminalización de la receptación

La creencia generalizada de que la receptación es un comportamiento ilícito y dañino y de que, por tanto, debe ser prohibido y castigado, se encuentra profundamente arraigada desde hace siglos, y no solo en los autores, legisladores y jueces, sino también en la sociedad en general.<sup>19</sup> Sin embargo, esa intuición exige una justificación racional que la avale, y ello es precisamente lo que, a mi juicio, no han logrado (por lo menos cabalmente) ninguna de las teorías que se desarrollaron hasta ahora al respecto en Alemania, España y la Argentina.<sup>20</sup>

### 1. La teoría de la perpetuación

La opinión dominante en Alemania considera que la receptación es un delito contra el patrimonio, o que lo afecta por lo menos principalmente.<sup>21</sup> Para efectuar ese análisis, los autores

---

<sup>19</sup> Los comportamientos de receptación y encubrimiento, sin perjuicio de que durante muchos siglos hayan sido entendidos de manera diferente a como se los comprende ahora y de que su delimitación no haya sido precisa, fueron considerados incorrectos y dignos de castigo penal desde el derecho romano hasta nuestros días. Una evolución histórica sobre el tratamiento de la receptación (y del encubrimiento) puede leerse, entre otros, en GRETENER, *supra* nota 1, pp. 5 ss.; WOLFF, *supra* nota 1, pp. 17 ss. Durante el desarrollo del derecho germano medieval tardío surgieron varios dichos populares que, en alguna medida, siguen vigentes, a saber: “el encubridor es como el ladrón” (*der Hehler ist wie der Stehler*); “el encubridor es casi como el ladrón” (*der Hehler ist so gut als der Stehler*); “el que encubre es tan ladrón como el que roba” (*der do verhilft, der ist ein Dieb als wol, als einer der do stilt*). Al respecto, véase WOLFF, *supra* nota 1, p. 19; GHAN, *supra* nota 2, p. 4; WEISERT, *supra* nota 1, p. 105; GRETENER, *supra* nota 1, p. 17.

<sup>20</sup> Sobre las teorías alemanas, véase, por todos, ALTENHAIN, *supra* nota 5, pp. 131 ss.; sobre las españolas, entre muchos, véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, pp. 51 ss., 157 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 21 ss.; DEL ROSAL, *supra* nota 5, pp. 278 ss., y sobre las argentinas, por todos, DONNA, *supra* nota 16, t. 3, 2.ª ed., pp. 544 ss.

<sup>21</sup> Así WALTER, “§ 259 StGB”, en *StGB-LK*, 12.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2010, p. 607, n.º m. 2; ARZT/WEBER, Ullrich, *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, Bielefeld, Gieseking, 2003, § 28, p. 664, n.º m. 1; FISCHER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 61.ª ed., Múnich, Beck, 2014, § 259, p. 1833, n.º m. 3; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2005, § 8, p. 301, n.º m. 1; GEPPERT, “Zum Verhältnis von Täterschaft/Teilnahme an der Vortat und sich anschließender Hehlerei (§ 259 StGB)”, en *Jura*, Berlín y otra, De Gruyter, 1994, p. 100; GEERDS, “Zum Tatbestand der Hehlerei aus der Sicht des Kriminologen”, en *GA*, Hamburg, Decker, 1958, p. 131; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil*, 2.ª ed., Bern, Stämpfli & Cie, AG, 1973, § 15, p. 262; ARZT, “Die Hehlerei als Vermögensdelikt”, en *NSStZ*, Múnich y otra, Beck, 1981, pp. 10 ss.; BOCKELMANN, “Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat”, en *NJW*, Múnich y otra, Beck, 1951, p. 621, nota al pie n.º 11; RUDOLPHI, “Grundprobleme der Hehlerei”, en *JA*, Bielefeld, Gieseking, 1981, p. 1; KUDLICH, “Neuere Probleme bei der Hehlerei (§ 259 StGB)”, en *JA*, Múnich, Luchterhand, 2002, p.

alemanes dejaron de lado el derecho positivo y formularon la denominada "teoría de la perpetuación",<sup>22</sup> utilizada desde mediados y finales del siglo XIX hasta nuestros días, para describir y explicar el ilícito y el daño que causa, principalmente, la receptación.<sup>23</sup> Así, en función de este enfoque, el ilícito de la receptación consistiría en el mantenimiento de la situación *patrimonial* (posesoria) antijurídica creada por el autor del delito anterior y el daño que causa en una afectación efectiva al patrimonio individual de la víctima del hecho previo.<sup>24</sup>

No existe, sin embargo, una única versión de esta teoría, sino que, a lo largo de más de ciento cincuenta años, se desarrollaron múltiples variantes que, a mi juicio, pueden dividirse en tres grandes grupos, según cómo se entienda ese daño patrimonial.<sup>25</sup> Los autores más antiguos solían afirmar que tal mantenimiento de la situación antijurídica generada por el delito previo provocaba una nueva lesión en el patrimonio de la víctima de ese hecho anterior;<sup>26</sup> otros sostienen, en cambio, que ese mantenimiento, considerado en sí mismo, es lo que afecta a la víctima del hecho previo;<sup>27</sup>

---

672; SEELMANN, "Grundfälle zur Hehlerei (§ 259 StGB)", en *JuS*, Múnich y otra, Beck, 1988, pp. 39 s.; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, "Comentario al fallo del BGH, 2 StR 329/08, del 27/08/2008", en *JA*, Múnich, Luchterhand, 2008, p. 900; ZÖLLER/FROHN, "Zehn Grundprobleme des Hehlereitbestandes (§ 259 StGB)", en *Jura*, Berlín y otra, De Gruyter, 1999, p. 378 s.

<sup>22</sup> Véase, entre muchos, GEPPERT, *supra* nota 21, p. 100; WILBERT, *supra* nota 2, p. 39; BUBERT, *Die Hehlerei*, Kiel, Univ. Diss., 1964, p. 46; KÜPER, "Die Merkmale 'absetzt' und 'absetzen hilft' in neuem Hehlereitbestand – OLG Köln, NJW 1975, 987", en *JuS*, Múnich y otra, Beck, 1975, p. 635. En la jurisprudencia alemana, véase, por todos, BGHSt 33, sentencia del BGH n.º 2 StR 470/84, dictada con fecha 10/10/1984, p. 52.

<sup>23</sup> Estas ideas nacen con los autores alemanes de mediados y finales del siglo XIX que presionaron desde la teoría para que la receptación y el encubrimiento dejaran de ser entendidos como formas de participación en el delito previo ajeno. Sin restarle el valor de haber logrado esa delimitación, un siglo y medio después puede notarse que, si bien el resultado fue el correcto, esto es, se logró la delimitación y diferenciación entre el hecho anterior y el posterior y su tratamiento como delitos autónomos, sus argumentos son incorrectos y, por eso, debe ser rechazada. Una crítica profunda a todas las versiones de la teoría de la perpetuación puede leerse en VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2019, pp. 83 ss., 86 ss., 93 ss., 97 ss.

<sup>24</sup> Respecto de lo que, según la teoría de la perpetuación, constituye el ilícito de la receptación, véase BOCKELMANN, *supra* nota 21, p. 621, nota al pie n.º 11; OTTO, *supra* nota 21, § 8, p. 301, n.º m. 1, etc.

<sup>25</sup> La clasificación me pertenece.

<sup>26</sup> Así GRETENER, *supra* nota 1, p. 178; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, Leipzig, Engelmann, 1902, pp. 385 s.; ÍDEM, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*, t. II, Leipzig, Engelmann, 1905, pp. 664 ss.; ÍDEM, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II: Schuld und Vorsatz, Leipzig, Engelmann, 1877, pp. 570 ss. En contra: HÖRNLE, *supra* nota 13, p. 482.

<sup>27</sup> Entre otros: STREE, "Die Ersatzhehlerei als Auslegungproblem", en *JuS*, Múnich y otra, Beck, 1961, p. 52; GALLAS, "Der Betrug als Vermögensdelikt", en BOCKELMANN y otros (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 427, nota al pie n.º 73; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2.ª ed., Hirschfeld, 1901, p. 329. En contra: LENCKNER, "Straf- und Strafprozeßrecht", en *JZ*, Tübingen, Mohr, 1973, pp. 796 s.; ALTENHAIN, *supra* nota 5, p. 197; BUBERT, *supra* nota 22, pp. 53 ss.

y, finalmente, la postura con mayor difusión entre los autores más modernos es la que entiende que el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica, que nace en un delito previo contra el patrimonio y continúa con la receptación, afecta al patrimonio de la víctima de ese hecho anterior como consecuencia del traspaso del poder de disposición de la cosa a manos de otra persona, porque ello entorpece o afecta la pretensión de aquella víctima de recuperarla.<sup>28</sup>

En esta última postura se agrupan los autores que entienden que la receptación crea y mantiene los mercados negros y que estos, por un lado, dificultan o entorpecen la recuperación o restitución de las cosas provenientes del delito anterior y, por el otro, que generan motivos para que otras personas cometan futuros delitos contra la propiedad. En efecto, la postura alemana dominante entiende que la receptación, además del patrimonio (de la víctima del delito anterior), vulnera los intereses de seguridad internos. Se afirma, pues, que es un delito pluriofensivo.<sup>29</sup>

### a. Críticas generales

La similitud entre los argumentos expuestos por la teoría de la perpetuación (en cualquiera de sus versiones) y muchas explicaciones más antiguas que consideraban a la receptación como una forma de participación en el delito anterior es evidente.<sup>30</sup> Esas teorías antiguas, en efecto, entendían que la receptación era una forma de participación en el hecho precedente *en sentido amplio*, porque *prolongaba* la situación antijurídica contra el patrimonio de la víctima del delito anterior.<sup>31</sup> Los argumentos para castigar al receptor giraban en torno a que, con su conducta, permitía intencionalmente que ese estado antijurídico continuase vigente.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Véase, por todos, RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil I: Vermögensdelikte*, 13.<sup>a</sup> ed., Múnich, Beck, 2011, § 22, pp. 359 s., n.º m. 1; RUDOLPHI, *supra* nota 21, pp. 1 5; ARZT, *supra* nota 21, pp. 10 ss.; STREE/HECKER, “§ 259”, en *S/S-StGB*, 29.<sup>a</sup> ed., Múnich, Beck, 2014, p. 2451, n.º m. 1.

<sup>29</sup> Entre los autores alemanes que afirman una naturaleza doble de la receptación, como un delito contra el patrimonio y contra los intereses de seguridad o de prevención generales, véase, entre otros, HÖRNLE, *supra* nota 13, pp. 487 ss.; RUDOLPHI, *supra* nota 21, p. 4; WALTER, *supra* nota 21, p. 606, n.º m. 3. En la jurisprudencia alemana véase BGHSt 7, sentencia del BGH en pleno n.º GSSt 1/54, dictada con fecha 20/12/1954, p. 142. Sobre la receptación entendida *únicamente* como una conducta que afecta la prevención general o los intereses de seguridad generales, véase, por todos, MIEHE, “Die Schutzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerer”, en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, Otto Schwartz & CO., 1970, p. 105.

<sup>30</sup> Un estudio más completo de estas semejanzas puede encontrarse en VERDE, *supra* nota 23, pp. 75 ss.

<sup>31</sup> Véase, por todos, WILBERT, *supra* nota 2, p. 39; GREENER, *supra* nota 1, p. 79.

<sup>32</sup> Este es justamente el argumento central en el que autores alemanes como von Buri, Bauer y Belling se basaron para afirmar que la receptación era una forma de participar en el delito anterior de otro. En efecto, aunque con algunas diferencias entre

La teoría de la perpetuación recogió esas mismas ideas, pero las utilizó para afirmar lo contrario, esto es, que la receptación y el encubrimiento no eran formas posteriores de participar en el delito previo ya ocurrido.<sup>33</sup> Ello es muy llamativo, sobre todo porque sus defensores parecen no haberlo advertido, incluso los que todavía hoy impulsan esta teoría para explicar y justificar la criminalización de esta clase de conductas. La idea misma de "perpetuación" sugiere la existencia de una continuidad entre el delito previo y el posterior, cuando es precisamente la negación de esa continuidad lo que determinó la necesidad de su tratamiento como un ilícito autónomo, que es la base jurídico-positiva a partir de la cual trabajan los actuales partidarios de la teoría de la perpetuación.

Como ya dije, todas las versiones de la teoría de la perpetuación parten de una base común respecto de la cual no hay desacuerdos, que es justamente lo que la define, a saber: el ilícito de la receptación consiste en una afectación del patrimonio, porque mantiene la situación patrimonial antijurídica provocada mediante el delito anterior ajeno, que afectó precisamente al patrimonio.<sup>34</sup> En tanto que ese presupuesto es falso, las principales críticas recaen sobre aquel y descartan ya la necesidad de analizar sus variantes. Sin perjuicio de ello, el análisis no se detendrá en este lugar y, una vez aclarado lo anterior, criticaré otros presupuestos y premisas que configuran la opinión dominante sobre este tema.

En efecto, a todas las versiones de la teoría de la perpetuación hay que objetarles que el mantenimiento de la situación antijurídica originada por medio de un delito previo que afecta el patrimonio es, en todo caso, atribuible únicamente a los autores y partícipes del delito anterior. Las penas previstas para los delitos contra el patrimonio incluyen, pues, una sanción por esta circunstancia y solo se podría volver a dañar el patrimonio de la víctima del delito anterior, en

---

sí, ellos afirmaban que el delito permanecía en el mundo hasta que se restablecía la situación jurídica lesionada por el hecho previo y que, hasta que esto último no ocurriera, se podía participar en ese delito anterior. Así, BURI, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und von der Begünstigung*, Gießen, Ferber, 1860, pp. 85 ss.; BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und dem Strafprozesse*, Göttingen, 1840, VII, § 12, pp. 469 s.; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, nueva impresión de la edición de 1906, Tübingen, Aalen, 1964, pp. 472 ss. Sobre estas posturas, véase, entre muchos, GREENER, *supra* nota 1, p. 79; para más referencias bibliográficas, VERDE, *supra* nota 23, pp. 75 ss.

<sup>33</sup> Un ejemplo paradigmático de esto puede encontrarse, entre muchos, en GREENER, *supra* nota 1, p. 178.

<sup>34</sup> Así lo exponen todos los autores que adscriben de algún modo a esta teoría, aunque difieren respecto de cómo se lesiona y a quién pertenece el patrimonio lesionado. Para mayores referencias, *supra* notas 26-28.

relación con esa cosa, si ese damnificado la recuperase. Pero, aun en ese supuesto, tal hecho posterior consistiría en un nuevo delito contra la propiedad, independiente del anterior.

En efecto, con el desapoderamiento consumado de la cosa, la víctima de ese delito (anterior) pierde la posesión de esa cosa *por completo*, y pierde por tanto todo poder de disposición sobre aquella.<sup>35</sup> Lo único que conservará es la propiedad sobre una cosa que ya no posee y los correspondientes derechos de restitución y de indemnización que se deriven de ello.

Otra característica bastante común en los delitos contra el patrimonio (o que lo afectan) consiste en que contienen o absorben ilicitudes que implican justamente el mantenimiento de la situación antijurídica creada por ese delito de desapoderamiento o apoderamiento. Por lo tanto, cuando se castiga a los autores o partícipes de estos delitos, su pena, en muchos casos, incluye el castigo de las conductas que derivan del consumo, destrucción o daño de la cosa ilícitamente obtenida: delito posterior copenado.<sup>36</sup> Entonces, p. ej., si el autor de un delito contra el patrimonio, además de apoderarse ilegítimamente de una cosa ajena, posteriormente la destruye o daña, no recibirá una pena por el apoderamiento ilegítimo y otra por la destrucción o daño de la cosa en cuestión.<sup>37</sup> Esto significa que al autor del delito anterior se lo castiga o persigue penalmente en relación con el daño total que su conducta causa al patrimonio de la víctima respecto de esa cosa.

Otra cuestión que llama la atención es que la teoría de la perpetuación defina al ilícito de la receptación mediante ese mantenimiento de la situación antijurídica anterior, cuando esa circunstancia, aun si se aceptase que puede ocurrir, puede darse en cualquier delito contra el patrimonio cuyo objeto haya sido obtenido previamente mediante otro delito contra el patrimonio. Me refiero, p. ej., a los casos del ladrón que le roba a un ladrón, o cuando se estafa a un ladrón para obtener la cosa que robó, etc.

---

<sup>35</sup> Así BESSEL, *Hehleri durch deliktische Sachverschaffung*, Sinzheim, P.U.V., 1995, p. 53.

<sup>36</sup> Véase VERDE, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, en *En Letra Derecho Penal*, n.º 2, Buenos Aires, 2016, pp. 64 ss., disponible en: <http://www.enletrapenal.com/#!blank-2/xtwa0>[enlace verificado el día 13 de agosto de 2020].

<sup>37</sup> Se considera, en efecto, que el castigo que le corresponde al autor (de ambos hechos) respecto del delito posterior está compensado o retribuido por medio de la pena prevista para el delito anterior, que de algún modo lo contiene. Así: BGHSt 38, sentencia del BGH n.º 5 StR 517/92, dictada el 17/10/1992, p. 369; OTTO, “Mitbestrafte Nachtat, straflose Nachtat und nicht strafbares Verhalten”, en *Jura*, Berlín y otra, De Gruyter, 1994, p. 276; HÖPER, *Die Mitbestrafte Vor- und Nachtat*, Kiel, Univ. Diss., 1997, pp. 31 ss.

De allí que, incluso si se aceptase la premisa central de esta postura, cosa que aquí se rechaza, esta no sería definitiva de los casos de receptación sino de cualquier delito contra el patrimonio que ocurra con posterioridad a otro también contra el patrimonio y en relación con la misma cosa. Sin embargo, solo en el supuesto de la receptación se tiene en cuenta esta circunstancia, mientras que ello es completamente ignorado cuando se trata de delitos contra el patrimonio ocurridos con posterioridad a otro hecho también contra el patrimonio. En los últimos casos, pues, se castiga al delito posterior con total independencia del castigo del anterior, y nadie diría que el hecho posterior "perpetúa" al ilícito previo.<sup>38</sup>

En otras palabras: si el autor de un delito anterior es, luego, víctima de un hurto o robo, en razón del cual pierde la posesión ilegítima sobre la cosa adquirida por medio de ese delito previo, ¿por qué se considera que ese hecho daña el patrimonio del poseedor ilegítimo de la cosa y no se tiene en cuenta a la víctima del delito anterior, ni a su patrimonio, ni a alguna clase de "perpetuación" de ese perjuicio, para determinar el daño que ese comportamiento provoca?<sup>39</sup> Entiendo, pues, que quienes adhieran a esta postura deberían ofrecer una explicación razonable de todo esto.

Otra objeción que debe hacerse a todas las versiones de la teoría de la perpetuación gira en torno al pretendido mantenimiento de una situación patrimonial antijurídica (consistente en la posesión ilegítima de la cosa) causada por el delito anterior. No es cierto que exista tal continuidad y ello es fácilmente demostrable. De hecho, tanto el comienzo como la duración y la extinción de la posesión se encuentran estrictamente regulados por el derecho civil.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> La postura mayoritaria no cree que el que hurta una cosa a quien la posee de manera ilícita daña al propietario legítimo de la cosa, sino que acepta que daña al poseedor ilegítimo. Sobre esta cuestión véase WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht. Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, 33.ª ed., Heidelberg y otras, Müller, 2010, § 2 II, p. 37, n.º m. 62; CREUS/BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, 7.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 421 s. Sin embargo, hay autores alemanes (y también el propio BGH) que sostienen que el castigo de esa segunda apropiación ilícita de una cosa ajena no se fundamenta, por lo menos esencialmente, en la protección de los intereses del ladrón; consideran, por tanto, que ese segundo delito intensifica el estado contrario al orden jurídico y que, por ello, debe ser criminalizado. Así, entre otros, ROTH, *Eigentumschutz nach der Realisierung von Zueignungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1986, pp. 29 y 75; OELLERS, "Der Hehler ist schlimmer als der Stehler", en GA, Hamburg, Decker, 1967, p. 17.

<sup>39</sup> Una crítica similar, véase también en: MIEHE, *supra* nota 29, p. 110.

<sup>40</sup> En el Código Civil y Comercial argentino sancionado en 2015 (en adelante CCC) se regula a la posesión en el art. 1909 y se la define como el poder de hecho de una persona sobre una cosa, la cual debe comportarse como si fuese titular de un derecho real sobre aquella, sin importar si en efecto lo es. Para la existencia de la posesión se exige básicamente *corpus* y *animus domini* (véase, IRIARTE, "Posesión y tenencia. Capítulo 1: Disposiciones generales", en CALVO COSTA (dir.), *Código civil y comercial de la Nación*, t. III: arts. 1815 a 2671, La Ley, 2015, p. 84). El art. 1931, CCC establece que se extingue la

La posesión antijurídica de cosas provenientes de un delito perdura hasta que se extingue y las razones de esto último pueden ser múltiples. Es importante destacar que la existencia y la extinción de la posesión se rigen por las mismas reglas, sea lícita o ilícita. Brevemente, la posesión es una relación de poder con características específicas que tiene lugar entre una persona y una cosa,<sup>41</sup> y culmina cuando el poseedor *no puede o no quiere* ejercer de hecho el poder sobre la cosa y ello le impide comportarse como titular de un derecho real.

En resumen: la situación patrimonial antijurídica que surge como consecuencia del delito anterior, esto es, la posesión ilícita de una cosa, afecta el patrimonio de la víctima de ese hecho; esa posesión ilícita comienza con la realización de ese delito (anterior) y termina cuando el poseedor ilícito transmite la cosa a otra persona. De acuerdo con las normas que regulan la posesión, entonces, el traspaso de la posesión de una cosa significa el fin de una relación de posesión y el comienzo de otra.

De acuerdo con todo lo anterior, en tanto el delito de receptación consiste precisamente en la transmisión de la posesión de una cosa ilícitamente obtenida, la posesión ilícita originada en el delito anterior culmina con el delito posterior de receptación. En consecuencia, es claro que la receptación no puede ser comprendida como un hecho que mantenga la situación patrimonial antijurídica que surge del delito anterior.<sup>42</sup> Y ello, obviamente, implica negar tanto que la receptación cause un nuevo daño a la víctima del delito previo (primera versión de la teoría de la perpetuación) como que acentúe, consolide o incremente el daño producido por el delito previo (segunda versión de esta teoría).

Lo único que puede mantenerse en el tiempo tras un delito que afecta el patrimonio, aun cuando la posesión ilegítima respecto de la cosa se modifique, es el daño en el patrimonio de la víctima del delito previo. Pero el único responsable por ese daño es el autor del delito anterior. La conducta posterior de un tercero (el receptor) no genera ya ninguna afectación en el patrimonio de la

---

posesión cuando: "a) se extingue la cosa, b) cuando se priva al sujeto de la cosa, c) cuando el sujeto se encuentra en la imposibilidad física perdurable de ejercer la posesión o la tenencia, d) cuando desaparece la probabilidad razonable de hallar la cosa perdida, y e) cuando el sujeto hace abandono expreso y voluntario de la cosa" (*Ibid.*, pp. 100 s.).

<sup>41</sup> Véase *supra* nota 40 respecto del derecho argentino. En Alemania la situación está regulada y definida de manera bastante similar a la argentina. Para mayor referencias al respecto, véase, por todos, VERDE, *supra* nota 23, p. 95.

<sup>42</sup> Similar: *supra* nota 27, pp. 796 s.

víctima del delito anterior (ni tampoco la acentúa). Por lo menos, ninguna que se le pueda atribuir penalmente.

A continuación, dedicaré algunas líneas a mostrar problemas adicionales de algunas de las versiones de esta teoría.

## **b. Críticas singulares**

Sin perjuicio de que cualquier variante de la teoría de la perpetuación es equivocada, porque, como se demostró más arriba, su punto de partida es incorrecto, en tanto algunos autores han intentado mostrar la fortaleza de dicha concepción apelando a premisas diferentes a las más habituales, quisiera exponer que tampoco estas últimas son correctas. Es más, a mi juicio, incluso si el postulado central de la teoría de la perpetuación tuviera asidero, estas versiones no brindarían la justificación necesaria para que podamos afirmar que el Estado está legitimado a criminalizar la clase de conducta que aquí se analiza.

En efecto, algunos autores, si bien parten del presupuesto común a todas las versiones de esta teoría (es decir, que la receptación perpetúa o mantiene la situación antijurídica que surge de un delito previo), consideran que ello (ese mantenimiento) afecta la pretensión de recuperar la cosa que ostenta la víctima del delito anterior como consecuencia de aquel.<sup>43</sup> Dentro de la misma línea, hay autores que consideran que dicho mantenimiento de la situación antijurídica anterior, generado por la receptación, dificulta o impide el decomiso de los beneficios de un delito y que, por lo tanto, la receptación es un delito que frustra la restitución o el derecho de restitución de la víctima del delito anterior.<sup>44</sup>

También hay quienes consideran que la receptación lesiona intereses de seguridad internos o públicos; o que afecta el fin del derecho penal, en el sentido de que impide a este cumplir con su objetivo de prevenir que las personas cometan futuros delitos patrimoniales.<sup>45</sup> Una opinión similar

---

<sup>43</sup> Véase, entre otros, ARZT, *supra* nota 21, pp. 10 ss.; STREE/HECKER, *supra* nota 28, p. 2451, n.º m. 1.

<sup>44</sup> Así SCHRÖDER, "Begünstigung und Hehlerei", en *Festschrift für Rosenfeld*, Berlín, Gruyter & Co., 1949, pp. 183 ss. Similar, ALTENHAIN, *supra* nota 5, pp. 271 ss. Este último considera que la receptación, como todo delito de conexión, frustra la actividad del Estado dirigida a imponer las consecuencias que nacen de la comisión de un delito y que, en el caso de la receptación, se trata del decomiso (*Verfall*). Altenhain termina reduciendo el delito de receptación prácticamente a una forma de favorecimiento real.

<sup>45</sup> Véase, por todos, HÖRNLE, *supra* nota 13, p. 482.

a las anteriores parte de la idea de que la receptación contribuye a sostener la existencia de los mercados ilícitos (“mercados negros”) y que estos son la razón por la cual las víctimas de delitos contra el patrimonio no consiguen recuperar sus cosas.<sup>46</sup>

La opinión alemana dominante considera o bien que la receptación es un delito contra el patrimonio (pero que el contenido de su ilícito es dual), o bien que se trata de un delito pluriofensivo, que afecta tanto al patrimonio como a la seguridad general o a la administración de justicia.<sup>47</sup> Se considera que a causa del tráfico posterior de esa cosa, que pasa a estar a disposición de una persona diferente al autor o partícipe del delito previo, por un lado se dificulta la posibilidad de la víctima del delito anterior de recuperar la cosa y, por otro lado, se lesionan intereses de seguridad generales, dado que este comportamiento motiva a que otras personas cometan futuros delitos patrimoniales.<sup>48</sup>

Por cuestiones de espacio voy analizar aquí únicamente el más importante de los interrogantes que genera, a mi juicio, esta concepción:<sup>49</sup> el comportamiento del receptor ¿*realmente* (fácticamente) dificulta o frustra la posibilidad de que la víctima del delito anterior recupere la cosa que ya no posee como consecuencia de ese hecho? Entiendo que no.

---

<sup>46</sup> Respecto de la relación entre mercado negro y receptación se desarrollaron, además, otras tesis. Pero como están vinculadas con la postura que sostiene que el bien jurídico que se protege mediante la punición de la receptación es la vigencia del derecho, o la prevención de la comisión de futuros delitos contra la propiedad, las analizaré más adelante, cuando me ocupe especialmente de esa concepción. Lo que se afirma desde ese lugar es, básicamente, que los receptadores son una especie de “proxenetas de los delitos contra la propiedad”: es decir, se los considera responsables de la existencia y del mantenimiento de los mercados negros, y se dice que ello afecta intereses de seguridad y de prevención generales. Entre los autores que afirman una naturaleza doble de la receptación, como un delito contra el patrimonio y contra los intereses de seguridad o de prevención generales, véase, entre otros, HÖRNLE, *supra* nota 13, pp. 487 ss.; RUDOLPHI, *supra* nota 21, p. 4; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. 1, 8.ª ed., § 39 I, pp. 408 s., n.º m. 4 s. En la jurisprudencia alemana véase BGHSt 7, p. 142. Sobre la receptación entendida *únicamente* como una conducta que afecta la prevención general o los intereses de seguridad generales, véase MIEHE, *supra* nota 29, p. 105. En contra: ROTH, *supra* nota 38, p. 105.

<sup>47</sup> Principalmente, véase SCHRÖDER, *supra* nota 44, pp. 161 ss.

<sup>48</sup> Esta tesis del doble contenido del ilícito de la receptación es defendida por muchos autores alemanes. Véase, entre muchos, STREE, “Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei. Betrachtungen zu der Neuregelung”, en *JuS*, Múnich y otra, Beck, 1976, pp. 142 s.; RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil I: Vermögensdelikte*, 17.ª ed., Múnich, Beck, 2015, § 22, pp. 359 s., n.º m. 1; RUDOLPHI, *supra* nota 21, pp. 1, 4 s. Esta postura fue expresamente defendida por el BGH en 1954, en: BGHSt 7, pp. 141 s.

<sup>49</sup> Sobre estas críticas, con mayor profundidad, véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 97 ss., 101 ss., 104 s.

A diferencia de lo que, sin ninguna fundamentación, sostienen los partidarios de las ideas que aquí crítico,<sup>50</sup> la receptación incluso *ayuda*, en muchos casos, a seguir el rastro de las cosas robadas y de las personas inmersas en esas actividades ilícitas, y por lo tanto a poder encontrarlas y recuperarlas. En efecto, la transmisión de la posesión o el traspaso de la cosa a otras manos es justamente lo que permite que en muchos casos se la pueda encontrar.<sup>51</sup> En suma: "cuanto más a menudo se exhiba en público el receptor, tanto mayor es la probabilidad de que se descubra el origen de las cosas".<sup>52</sup> Más sencillo es todavía ese hallazgo si esas cosas se encuentran en un "mercado negro" virtual o territorialmente localizable o conocido. Además, el tráfico de cosas ilícitamente obtenidas permite, por lo menos en muchos casos, la obtención de pruebas para encontrarlas.<sup>53</sup>

Por supuesto que con todo lo anterior no pretendo afirmar que la receptación es una conducta moralmente correcta, o beneficiosa para la sociedad. Tampoco sostengo que haya que tolerar ese comportamiento para poder combatir o prevenir delitos contra el patrimonio. Solo quiero poner de manifiesto las debilidades que presenta el argumento que pretende justificar que la receptación debe estar penalmente prohibida porque aleja o pone en peligro la posibilidad de la víctima del delito anterior de recuperar la cosa que ya no tiene por ese ilícito previo.

En el apartado que sigue analizaré una postura minoritaria tanto en Alemania como en España, pero que cuenta con cierto prestigio.

## 2. La teoría de la vigencia del derecho y otras similares

---

<sup>50</sup>P. ej., Díaz y García Conlledo afirma que un sector doctrinal, en el que se incluye, plantea "que mediante el castigo de la receptación se protege también (de forma más o menos indirecta) la Administración de Justicia, porque, al fin y al cabo, la receptación supone una forma de encubrimiento" (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Receptación", en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, p. 1066). De hecho, el autor expresamente afirma que "no cabe duda de que la receptación dificulta el descubrimiento y persecución de los delitos y faltas contra el patrimonio o el orden socioeconómico de que proceden los bienes" (ídem). Sostiene, en ese sentido, que se tipificó la receptación separada del encubrimiento por la cantidad de delitos de receptación que se cometen y porque ello, a su juicio, favorece la comisión de delitos patrimoniales. Entonces, la receptación para Díaz y García Conlledo, incide de alguna manera en el patrimonio afectado por el delito previo "al hacer más difícil la recuperación del objeto" (íbid). Véase también, en idéntico sentido, PÉREZ DEL VALLE, "El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción", en: *Cuadernos de derecho judicial (CDJ)*, Madrid, Consejo general del poder judicial, 1994, pp. 67 ss.

<sup>51</sup> En el mismo sentido, BUBERT, *supra* nota 22, p. 54.

<sup>52</sup>HÖRNLE, *supra* nota 13, p. 486. En el mismo sentido: OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschützes*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970, pp. 90 ss.; ARZT, *supra* nota 21, p. 11.

<sup>53</sup> Así, BUBERT, *supra* nota 22, p. 54.

La teoría de la vigencia del derecho fue propuesta por Miehe<sup>54</sup> en 1970 en Alemania, pero con posterioridad fue desarrollada también, aunque con algunas diferencias, por otros autores de ese país,<sup>55</sup> y podría afirmarse que es la base de la teoría desarrollada e impulsada en España por Sánchez-OstizGiménez,<sup>56</sup> ya en este siglo. De acuerdo con la teoría de la vigencia del derecho, los delitos de conexión (y no solo la receptación) no afectarían un bien jurídico en concreto,<sup>57</sup> sino la vigencia del derecho, porque despertarían en otras personas —futuros delinquentes— la idea de que se pueden evitar las sanciones jurídicas por la comisión de delitos e incluso obtener beneficios por ello, con lo cual se los motivaría a delinquir.<sup>58</sup>

Los partidarios de estas ideas entienden, entonces, que el objetivo de las normas que prohíben los denominados delitos de conexión consiste en fortalecer el efecto de prevención general característico de toda amenaza penal.<sup>59</sup> Al castigarse la ayuda prestada a un delincuente tras la comisión de un hecho, lo que se busca es aislarlo para que, como consecuencia de ello, no sepa qué hacer con las cosas sustraídas, ni cómo deshacerse de las pruebas que lo incrimina, ni dónde podría esconderse, etc.<sup>60</sup> y esto lo desmotivaría a actuar de manera contraria al derecho.<sup>61</sup>

Para la teoría de la vigencia del derecho, entonces, mediante la prohibición y punición de la receptación —y de las conductas de favorecimiento— no se protege *inmediatamente* ningún bien jurídico en particular, sino que solo de manera *mediata* se protegen todos los bienes jurídicos ya

---

<sup>54</sup> Véase MIEHE, *supra* nota 29, pp. 91 ss.

<sup>55</sup> Principalmente, SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlín y otra, De Gruyter, 1985, pp. 14 s.; JANSON, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückerwerbes von Diebesbeute*, Hamburg, Dr. Kovač, 1992, pp. 94 ss. (respecto del favorecimiento real) y pp. 46 ss. (respecto de la receptación). Similar, aunque excluye la receptación, WALTER, “§ 257” ss., en *StGB-LK*, 12.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2010, p. 486, n.º m. 7.

<sup>56</sup> Sánchez-Ostiz Gutiérrez basa toda su argumentación en esta teoría, aunque intenta evitar las críticas de las que se hizo acreedora la postura original. Así SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, pp. 265 ss., 270 ss., 273 ss., 277 s., 280 s., 304 s.

<sup>57</sup> Sin embargo, los autores posteriores a Miehe intentaron mostrar que la receptación y el encubrimiento sí lesionaban un bien jurídico y lo hicieron definiendo como tal, p. ej., al derecho penal.

<sup>58</sup> Una descripción de esta teoría se encuentra, p. ej., en: ALTENHAIN, “§ 257”, en *NK-StGB*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, n.º m. 5, pp. 386 s.; ÍDEM, *supra* nota 5, pp. 237 ss.; WALTER, *supra* nota 55, p. 486, n.º m. 7.

<sup>59</sup> Así MIEHE, *supra* nota 29, p. 105; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, pp. 264 ss., 270 ss., 273, 277 s., etc. Sobre ello, véase, por todos, ALTENHAIN, *supra* nota 5, p. 237.

<sup>60</sup> Así, entre otros, SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer*, Berlín, Duncker & Humblot, 1999, p. 22; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, pp. 268 ss.

<sup>61</sup> Así MIEHE, *supra* nota 29, p. 105; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, pp. 268 s.

tutelados por el derecho penal.<sup>62</sup> Cualquiera de las versiones de esta teoría debe ser rechazada. A continuación brindaré las razones más relevantes que, a mi juicio, justifican esta conclusión.<sup>63</sup>

Múltiples objeciones pueden hacerse a la teoría de la vigencia del derecho. Sin embargo, voy a concentrarme en tres que, conjuntamente, refutan la idea de que es legítimo criminalizar a las distintas formas de encubrimiento y a la receptación porque impiden que se realicen los efectos preventivos generales del derecho penal.

En primer lugar, no puede ser correcta una teoría que afirme que la finalidad de un tipo penal es la protección del derecho penal. El derecho penal, entendido como un sistema de normas, no puede tener por finalidad protegerse *a sí mismo*, como lo plantea esta concepción al afirmar que el objetivo de la criminalización de las conductas de encubrimiento es fortalecer el fin de prevención general propio del derecho penal. Esto es así porque el derecho penal no es un bien<sup>64</sup> que proteger, sino, en todo caso, una herramienta *para proteger bienes*.<sup>65</sup>

En segundo lugar, corresponde enfatizar que esta teoría puede conducir a una legislación penal violatoria del principio de legalidad penal.<sup>66</sup> La redacción estándar de los tipos penales muestra que están invariablemente orientados a prohibir conductas específicas y delimitadas *con precisión*, que es lo que exige dicho principio. Si se sostiene, entonces, que el fin de protección de los delitos de encubrimiento es asegurar la vigencia del derecho penal en su conjunto, entonces habría que tipificar esos delitos con un texto consistente con una finalidad tan general (algo así como “el que, por favorecer (a quien cometió un delito), pusiese en peligro al derecho penal”). Pero es precisamente ese nivel de generalidad el que, por ser contrario al mandato de determinación, no puede ser admitido en la descripción de ningún elemento de un tipo penal.

---

<sup>62</sup> Así MIEHE, *supra* nota 29, pp. 105 y 113. Lenckner, con base en argumentos muy similares a los de Miehe y rechazando la teoría de la perpetuación, entiende que la receptación afecta al patrimonio en general, es decir, el de futuras víctimas de delitos contra el patrimonio. Así: LENCKNER, *supra* nota 27, p. 797.

<sup>63</sup> Una versión más amplia y con más referencias puede encontrarse en VERDE, *supra* nota 23, pp. 113 ss.

<sup>64</sup> En estricto sentido, hasta es razonable ver en el derecho penal —tal como es usual decirlo respecto de la pena— un *mal* (porque impone dolor o privaciones de derechos), que en todo caso estará justificado si logra demostrarse que, previniendo otros males, protege bienes, y en esa medida *hace* un bien. Pero no es un bien, y mucho menos uno que, circularmente, deba protegerse a sí mismo a través de las normas que lo conforman.

<sup>65</sup> En el mismo sentido véase GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 135.

<sup>66</sup> Similar: JANSON, *supra* nota 55, p. 32.

Finalmente, en tercer lugar cabe advertir que esta teoría, en la medida en que pretende legitimar la prohibición de conductas motivándose exclusivamente en la idea de que con aquella se previenen daños, no logra mostrar cuál es su ilícito material específico, y en consecuencia es incompleta como fundamentación político-criminalmente liberal.<sup>67</sup>

Para que se entienda mejor lo dicho hasta aquí conviene tener en cuenta que hay muchas conductas que motivan a las personas a cometer delitos, pero que no sería sensato prohibirlas, precisamente porque su prohibición se funda solo en razones preventivas y no también en su incorrección moral. P. ej.: que las personas lleven joyas valiosas en forma visible mientras caminan por el centro de la ciudad puede de hecho motivar a otras a cometer delitos contra la propiedad. Sin embargo, prohibir el uso de joyas en la vía pública y, más aún, castigar a quienes las luzcan, constituiría una injerencia estatal totalmente ilegítima. ¿Y por qué? Simplemente porque no es posible afirmar que sea materialmente ilícito lucir joyas.<sup>68</sup> Esos comportamientos, sin embargo, sí pueden afectar el cumplimiento del fin preventivo general propio del derecho penal, en la medida en que, de alguna manera, pueden llegar a estimular la comisión de delitos. ¿Pero sería legítimo, por ello, prohibir tales conductas? Evidentemente, no. El Estado, en efecto, no puede restringir la libertad de las personas únicamente porque considera que la conducta que prohíbe motiva la comisión de delitos.<sup>69</sup>

Por todo ello, esta idea central de la teoría de la vigencia del derecho, conforme a la cual lo que se protege con los tipos penales de encubrimiento y receptación es el propio derecho penal o su fin de prevención general, acaba siendo, a mi juicio, nada más que una estrategia para evitar responder en qué consiste la ilicitud material propia de esas conductas (o su incorrección moral), y en todo caso un modo sumamente cuestionable de reconstruir cuál es el bien jurídico que lesionan o ponen en peligro.

---

<sup>67</sup> Véase JANSON, *supra* nota 55, p. 132; GILI PASCUAL, *supra* nota 65, p. 135.

<sup>68</sup> Por lo menos en esas circunstancias. Desde un punto de vista específicamente moral podría en todo caso discutirse, p. ej., si es correcto exhibir joyas en un contexto en el que quienes pueden verlas son todas personas de escasos recursos económicos, pero esa es otra discusión que no interesa aquí.

<sup>69</sup> En este sentido, Hörnle advierte que “el autor del delito de conexión no puede ser responsable de manera inmediata por futuros delitos cometidos por otros operadores en el mercado. Todavía queda por justificar por qué le son imputables a él ese tipo de riesgos. Particularmente complicado resulta ello ante peligros basados en grandes mercados ilegales utilizados por una oferta y demanda numerosa” (HÖRNLE, *supra* nota 13, p. 480).

### 3. La receptación como un delito contra la administración de justicia

Tampoco considero correctas otras posturas, como la sostenida por la doctrina mayoritaria y jurisprudencia argentinas, y también bastante desarrollada en España, que afirman que la receptación es un delito contra la administración de justicia.<sup>70</sup>

Así, p. ej., Díaz y García Conlledo, en España, asegura que "no cabe duda de que la receptación dificulta el descubrimiento y persecución de los delitos y las faltas contra el patrimonio o el orden socioeconómico del que proceden los bienes y, además, las conductas típicas objetivas de la receptación y del encubrimiento, en sus modalidades de favorecimiento real complementario del art. 451.1.º CP y del favorecimiento real del 451.2.º CP, coinciden en buena medida... Por tanto, creo que la Administración de Justicia se ve afectada por la específica forma de encubrimiento que supone la receptación".<sup>71</sup>

En la misma línea, la opinión dominante y bastante homogénea en la Argentina considera que la administración de justicia es el bien jurídico protegido por el tipo penal prescripto en el apartado "c" del inciso 1.º del art. 277, CP, y que la conducta del receptor consiste en "quitar las cosas obtenidas por el delito que se encubre, de las posibilidades que aquellas autoridades puede tener para localizarlas y recuperarlas" (sic).<sup>72</sup> Se refiere a las autoridades que se encargan de la investigación, persecución y castigo de los delitos y de sus intervinientes.

En general, quienes comparten este punto de vista entienden que la receptación obstaculiza o impide la debida actuación de las autoridades que se encargan de investigar delitos y de perseguir y castigar a sus culpables. Esa actividad, propia de la administración de justicia, es ciertamente lo que se protege con la prohibición del encubrimiento.<sup>73</sup> Pero no es acertado, a mi juicio, sostener que también la receptación tiene por fin proteger ese bien jurídico. Porque ello implica vaciar de

---

<sup>70</sup> Para mayores referencias véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 123 ss., especialmente 125 ss. y 127 ss.

<sup>71</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *supra* nota 50, p. 1066. Hay que aclarar que, si bien el autor se refería a una regulación de los delitos de receptación y favorecimiento que ya no se encuentra vigente, la norma actual no ha cambiado esencialmente respecto de estas cuestiones. Todavía se encuentra legislada una forma de favorecimiento o encubrimiento real en el precepto que prohíbe (por lo menos principalmente) la receptación.

<sup>72</sup> CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, 6.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 345. Esta idea se repite textualmente en CREUS/BUOMPADRE, *supra* nota 16, p. 379.

<sup>73</sup> Véase, con más referencias, VERDE, *supra* nota 12, pp. 277 ss., 287 ss.

contenido el concepto de “receptación” y transformarlo en una modalidad más de favorecimiento real o personal, es decir, de encubrimiento.

La receptación, en la medida en que sea conceptualizada correctamente y no sea confundida, como en la Argentina, con una modalidad más de encubrimiento,<sup>74</sup> no afecta a la administración de justicia. Las personas que adquieren cosas en los mercados informales lo hacen, generalmente, movidos por el ánimo de lucro (que en la Argentina no forma parte del tipo básico de lo que allí se entiende por receptación);<sup>75</sup> es decir, porque, en razón de ese origen ilícito, van a pagar menos dinero por aquellas que si las adquiriesen en el mercado formal. No ocurre, como suelen afirmar los defensores de la postura que aquí se critica, que lo hacen para proteger a los intervinientes en el delito anterior. Puede ocurrir algo así, pero sería algo más bien extraordinario. Lo cierto es que la gran mayoría de las personas que adquieren bienes en mercados paralelos no tienen ningún interés ni en proteger ni en impedir que autores o partícipes de esos delitos sean descubiertos.

Por lo demás, como ya se dijo, la existencia de mercados negros y, por tanto, de las conductas de receptación, lejos de impedir o dificultar la tarea estatal encaminada a la investigación del hecho previo, la posibilita. Sin receptadores, el autor del delito (anterior) contra el patrimonio no entraría en contacto con nadie a quien pudiera vender el objeto en cuestión,<sup>76</sup> y esa falta de intercambio de datos impactaría directamente en la cantidad y calidad de prueba disponible para lograr ubicar la cosa. En efecto, si no se involucrasen personas que compren o adquieran cosas obtenidas ilícitamente, o que consiguen clientes, ni personas que trasladen dichas cosas, etc., disminuiría la posibilidad de que terceros puedan atestiguar contra el autor del delito previo o que puedan confirmar el lugar en donde se encuentra la cosa que se quiere recuperar.<sup>77</sup>Corresponde, entonces, rechazar que la receptación afecte la administración de justicia.

Sin perjuicio de que se han desarrollado muchas otras teorías sobre el bien jurídico que afecta la receptación, por razones de espacio y porque se trata de posturas muy minoritarias, voy a concluir este análisis aquí.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Así, en efecto, la doctrina dominante, *supra* nota 72.

<sup>75</sup> Y por eso precisamente sostengo en mi tesis doctoral que lo legislado en la Argentina no es un tipo de receptación, sino de favorecimiento real o personal, según el caso. Véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 135 ss.

<sup>76</sup> Véase HÖRNLE, *supra* nota 13, p. 486.

<sup>77</sup> Véase HÖRNLE, *supra* nota 13, p. 486; OTTO, *supra* nota 52, pp. 90 ss.; ARZT, *supra* nota 21, p. 11.

<sup>78</sup> Un análisis crítico de otras posturas puede verse en VERDE, *supra* nota 23, pp. 117 ss., 120 ss.

#### 4. Conclusión

Las consideraciones anteriores me llevan a concluir que ninguna de las teorías desarrolladas hasta hoy es capaz de describir adecuadamente cuál es el daño (o peligro de daño) que genera la receptación ni, tampoco, qué es lo materialmente ilícito, o lo inmoral o incorrecto (*wrong*) de esta. De hecho, en la mayoría de esas teorías se advierten resabios de posturas antiguas que consideraban a la receptación como una forma de participación en el delito previo.

En el apartado que sigue expondré cuáles son, a mi juicio, las razones que justifican la criminalización de esta clase de conducta.

### III. La relación entre daño e incorrección moral

Antes de comenzar a analizar el delito de receptación quisiera realizar una pequeña aclaración acerca de la postura que tomaré con relación a qué condiciones son necesarias para que pueda afirmarse que la criminalización de un comportamiento, entendido como clase de conducta, está justificada. Cabe aclarar, sin embargo, que el objeto de este artículo no gira en torno a esta cuestión más bien filosófica y de parte general del derecho penal, sino, antes bien, a dar las razones que, a mi juicio, hacen que la criminalización de la receptación sea, en principio, legítima.

Para ello, simplemente voy a adherir a la concepción que afirma que entre el daño y la incorrección moral de un tipo de comportamiento existe una relación contingente.<sup>79</sup> Es decir, si bien es habitual que consideremos inmoral a lo que daña, de ello no se sigue que todo daño es inmoral,<sup>80</sup> del mismo modo que hay immoralidades que no causan daño.<sup>81</sup> Esto es lo mismo que

---

<sup>79</sup> Así PAREDES CASTAÑÓN, "La prohibición de conductas dañosas para bienes jurídicos y los principios de justicia", en *Dogmática del Derecho penal*, t. I, Homenaje a Bernd Schünemann, Lima, Gaceta, 2014, p. 54; PÉREZ BARBERÁ, "El ilícito material del delito tributario", en ROBIGLIO (dir.), *Institutos de Derecho penal tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, pp. 81 ss. En contra: PERALTA, "La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud", en *Dogmática del Derecho penal*, t. II, Homenaje a Bernd Schünemann, Lima, Gaceta, 2014, p. 510.

<sup>80</sup> La postura clásica, dominante en estas cuestiones, afirma que toda conducta que causa daño es inmoral. Ello llevaría necesariamente a tener que entender que entre daño e incorrección moral hay una relación conceptual y, por tanto, necesaria. Sin embargo, ello no es correcto. Piénsese, p. ej., en matar en legítima defensa o practicar boxeo de conformidad con las reglas de ese deporte (así GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, trad. José AGUSTINA SANLLEHÍ y otros, Madrid y otras, Marcial Pons, 2013, p. 75).

<sup>81</sup> Green propone el siguiente ejemplo: mentir sobre un hecho no relevante al momento de declarar como testigo en un juicio (GREEN, *supra* nota 80, p. 76). Gardner, por su parte, partiendo de la idea de que la inmoralidad de un comportamiento no está dada por el daño que causa, trata de mostrar que lo que él llama "caso puro de violación" es un comportamiento

sostener que la existencia de “daño” no puede depender de una valoración normativa. De lo último depende que haya incorrección moral, no daño.

De lo contrario, ambos requisitos se solaparían y abarcarían casos de daños que no son moralmente incorrectos,<sup>82</sup> como, p. ej., el supuesto del boxeador que resulta *en efecto* lesionado en el rostro tras una pelea que se adecuó a las reglas del deporte practicado. En un caso como ese, afirmar que el rostro del boxeador no resultó dañado solo podría lograrse a partir de una reformulación de “daño” que incluya alguna clase de valoración sobre la situación concreta en la que aquel se produjo. Un ejemplo tan simple como este permite advertir que el daño es un hecho y que su incorrección moral es la valoración de la conducta que lo causó, incluso cuando ambos puedan coincidir en ciertos casos. De allí que es posible concluir que los daños pueden ser lícitos e ilícitos, según que el daño sea moralmente reprochable o no.

Una vez aclaradas estas cuestiones, quiero destacar que el análisis que sigue será estrictamente *de lege ferenda*. En primer lugar, voy a ocuparme de especificar cuál es el daño que causan los comportamientos de receptación, para luego desentrañar su ilicitud material o incorrección moral. En función de lo expuesto en los párrafos anteriores, ambos análisis son a mi juicio necesarios (aunque no suficientes) para determinar si es legítima la criminalización de una conducta, es decir: si está justificado que el legislador de un Estado de derecho liberal decida prohibirla a través de una norma penal.

#### IV. El daño de la receptación

Antes de comenzar con el desarrollo de este punto, quisiera exponer una definición más precisa de “receptación”, entendida como clase de conducta. La receptación, según el punto de vista que considero correcto, consiste en adquirir, comprar o recibir, con fines de lucro, alguna cosa proveniente de un delito (hecho antijurídico), con conocimiento —o por lo menos sospecha— de su origen ilícito.

---

inmoral que no provoca daño a la víctima. Gardner, además, sostiene que esa conducta inmoral (que no causa daño) debe ser prohibida y castigada penalmente. Sobre ello, véase GARDNER/SHUTE, “La ilicitud de la violación”, trad. José M. PERALTA, en GARDNER, *Ofensas y defensas*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 25 ss. y 53. Otro ejemplo de una inmoralidad no dañina es no saludar al vecino que conocemos desde hace años, etc.

<sup>82</sup> Como afirma Gardner, “centrarse en los daños tiende a ocultar la incorrección de los actos mismos” (GARDNER/SHUTE, *supra* nota 81, p. 27).

El hecho de que ese comportamiento consista en aprovecharse de las consecuencias de un delito ajeno y anterior genera considerables dificultades al momento de determinar si, más allá de esa conexión con un ilícito previo, la receptación causa un daño propio e independiente al del delito anterior. Y eso es precisamente lo que debería suceder para que pueda afirmarse que es conceptualmente correcto prohibir penalmente la receptación como delito autónomo. La cuestión es sumamente discutida y especialmente problemática a causa, sobre todo, de la estructura compleja del delito que aquí se analiza.<sup>83</sup>

Aunque haya descartado todas las posturas que sostienen que la receptación afecta el patrimonio individual, mi primera intuición fue que esa conducta en efecto sí lo dañaba, aunque no el de las víctimas del delito anterior como se afirma en Alemania<sup>84</sup> y también en algún sentido en España,<sup>85</sup> sino el de los comerciantes legales de la clase de cosa que fue objeto de este delito. En ese sentido, argumenté que quien elige comprar cosas de origen delictivo deja de hacerlo en el mercado legal y que, en consecuencia, los vendedores legales pierden una venta y su consecuente ganancia, y que ello impactaría negativamente en el patrimonio individual de por lo menos *un* comerciante legal. Que *ese* comerciante no sea individualizable —podría agregarse— no obstaría a que lo dañado sea un patrimonio individual.

Advertí, sin embargo, que esa explicación tampoco es correcta. En efecto, la compraventa de una cosa de origen delictivo no implica *necesariamente* la pérdida efectiva de una venta en el mercado

---

<sup>83</sup> Cabe recordar que la receptación es una conducta posdelictual y que, como tal, se caracteriza entre muchas otras cosas por mantener una relación con un delito anterior ajeno. Esa conexión con un hecho precedente causó numerosos problemas a la hora de interpretar y explicar el comportamiento de receptación posterior y fue lo que llevó a que se lo entendiera como una forma de participar en el delito previo. Sin embargo, no debe olvidarse que el delito anterior no es más (ni menos) que un elemento del tipo objetivo de la receptación. No voy a trabajar aquí las características propias de las conductas posdelictuales ni los problemas que padecen, porque a ello ya me dediqué en otro trabajo, al que me remito por razones de brevedad: VERDE, *supra* nota 13.

<sup>84</sup> La doctrina alemana dominante adhiere a la teoría de la perpetuación y con base en esta afirma que la receptación afecta el patrimonio de la víctima del delito previo. Sobre estas cuestiones, véase más arriba; y para más referencias, véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 74 ss.

<sup>85</sup> Véase, entre muchos, RAMÍREZ BUSTOS, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1991, p. 211; PALMA HERRERA, "Artículo 298", en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código penal*, t. IX: *Delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico*, Madrid, EDERSA, 1999, p. 624. Considera que, además, se lesiona de algún modo la administración pública, entre muchos, VIVES ANTÓN, "Capítulo XXVII: Delitos contra la propiedad. Cuestiones generales. Robo y hurto. Problemas comunes", en ORTS BERENGUER (dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 416; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general", en *Derecho penal. Parte especial*, AAVV, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 625.

legal. No puede saberse con seguridad si quien compró en el mercado ilegal, de no haberlo hecho allí, en condiciones más ventajosas para él, *ceteris paribus* habría adquirido eso mismo en el mercado legal.<sup>86</sup>

Ni siquiera puede afirmarse que la receptación crea el peligro abstracto de lesionar el patrimonio individual de esos comerciales, porque, para hacerlo, debe existir la posibilidad de que aquello ocurra, sin que importe si ese peligro de hecho se presenta o no (esto último ya sería peligro concreto). Y lo cierto es que resulta sencillo pensar en casos en los que es seguro que una receptación no generará ni siquiera la posibilidad de una pérdida patrimonial, como justamente ocurre cuando es *seguro* que el receptor no habría comprado esa cosa en el mercado formal (por falta de dinero o acceso, etc.).

Una vez descartada la posibilidad de que la receptación cause un daño al patrimonio individual, sea al de las víctimas del delito anterior, sea al de los comerciantes que se dedican a la compraventa de las cosas que fueron objeto del delito anterior y de la transacción comercial posterior, podría pensarse que no causa daño alguno o que la afectación es a un bien jurídico colectivo.

La receptación, a mi juicio, sí produce un daño. De modo general, puede decirse que genera un peligro abstracto de dañar al mercado legal o formal 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 esas operaciones de compra y venta se efectúen únicamente en ese mercado formal, pues solo aquel puede generar un derecho de propiedad no viciado respecto de los compradores y ganancias lícitas respecto de los vendedores.<sup>87</sup>

Téngase presente, entonces, que no me refiero aquí al mercado en general, entendido como el sistema económico-financiero de un país, o al orden socio-económico de un Estado, sino al mercado

---

<sup>86</sup> Sobre esta idea, véase, con mayor detalle, VERDE, *supra* nota 23, pp. 153 ss.

<sup>87</sup> En esto consiste mi teoría sobre el daño que produce la receptación entendida como clase de conducta. Esta idea fue desarrollada en detalle en mi tesis doctoral. Véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 156 ss.

de una determinada clase de cosas (p. ej., el mercado de teléfonos celulares, de computadoras, de automóviles, etc.).<sup>88</sup>

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, sí 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. Aquello que denominamos "mercado" consiste en un conjunto de normas (por lo general jurídicas), regularidades empíricas<sup>89</sup> (como las denominadas leyes de oferta y de demanda) y un cúmulo de expectativas coherentes o consistentes con esas reglas y con esas regularidades.

El mercado es un *hecho*, y en particular un hecho "*institucional*", conforme a la conocida terminología de Searle. Este autor distingue entre hechos brutos y hechos institucionales. Los primeros son los eventos físicos y las sensaciones y estados mentales, es decir, todo lo que puede ser registrado a partir de experiencias sensoriales. Los segundos, por su parte, son los que tienen como base empírica algún hecho bruto o un conjunto de estos, pero que adquieren un significado particular a partir de su interrelación con determinadas normas o reglas sociales.<sup>90</sup> El mercado está constituido por hechos brutos como, p. ej., expectativas, informaciones, actos en los que una cosa pasa de una mano a la otra, etc., y por las reglas que dan a tales hechos un significado institucional, como el de "compra", "venta" y, en definitiva, "mercado", que sería, simplemente, un hecho institucional más complejo.<sup>91</sup>

Por su parte, en la medida en que el mercado, como hecho institucional, sea considerado valioso, es razonable que, además, se instituyan reglas externas para —entre otras finalidades— protegerlo, como p. ej. las jurídico-penales. El mercado es sin dudas valioso porque nació de la

---

<sup>88</sup> Esta aclaración es relevante no solo por sus implicancias teóricas sino también prácticas, p. ej., en la Argentina, un delito que afecta al mercado económico-financiero sería federal y uno que lesiona el mercado de la clase de cosas de que se trate sería ordinario.

<sup>89</sup> Debe distinguirse entre la *regularidad* empírica (p. ej. lo que sucede con la oferta cuando aumenta o disminuye la demanda), que es un hecho bruto, y la "*ley*" empírica (como p. ej. la de la oferta y la demanda), que es un constructo cultural formulado por el hombre, como también lo son las reglas jurídicas.

<sup>90</sup> Así, SEARLE, *Actos de habla*, trad. Luis M. VALDÉS VILLANUEVA, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994, pp. 58 ss.

<sup>91</sup> Véase al respecto, entre otros, NORDHAUS/SAMUELSON, *Economía*, trad. María Guadalupe CEBALLOS ALMADA y otros, 18.ª ed., México y otras, McGraw Hill, 2006, pp. 24 ss., 44 ss.

mano de la propiedad privada y como una forma de materializarla.<sup>92</sup> Como tal, permite a los ciudadanos desarrollar su personalidad y, por tanto, satisfacer sus necesidades más elementales, las secundarias e incluso las suntuarias.<sup>93</sup> Puede afirmarse que así como el desarrollo de la sociedad condujo al incremento y a la expansión del mercado, en la actualidad el mercado es de suma importancia para el progreso de la sociedad. Así, es perfectamente factible ver en el mercado también un *interés*, es decir: un *recurso valioso* que, en tanto tal, puede ser dañado o afectado, y que por eso merece protección.<sup>94</sup>

Ahora bien, tener todas esas nociones en claro es de suma importancia para que, cuando se afirma que la receptación vulnera expectativas individuales, no se genere el malentendido de que, con ello, se busca sostener que ese delito produce un daño efectivo, de naturaleza patrimonial, en cada uno de los comerciantes o compradores legales. Ya concluí que la receptación, entendida como clase de conducta, no lesiona en todos los casos el patrimonio individual de esos comerciantes. Lo que se sostiene aquí es que, al dañar esas expectativas, personales y por tanto individuales, la receptación genera un *peligro de daño* respecto de los *mercados* afectados.<sup>95</sup>

En efecto, como esas expectativas contribuyen a conformar un mercado, lo más probable es que una vulneración aislada de esas expectativas no pueda lesionar en forma efectiva —ni siquiera conmover en lo más mínimo— al mercado en tanto hecho (y bien) colectivo. También es cierto

---

<sup>92</sup> La importancia de la propiedad privada y, por tanto, del mercado, ya fue destacada por autores prominentes del siglo XVII, como p. ej. John Locke, para quien las personas tienen el derecho y el deber de su propia conservación. Por ello, para él, cada persona tiene derecho a poseer las cosas necesarias para cumplir ese fin. De allí que este autor considere que el derecho a la propiedad privada es un derecho natural. Sobre la postura de John Locke relativa a la propiedad y a los derechos naturales de la humanidad, véase, entre muchos, TOYAMA MIYAGUSUKU, “El derecho de propiedad en John Locke”, en *Revista Pensamiento Constitucional*, año V, n.º 5, 1997, pp. 287-302.

<sup>93</sup> Así HEGEL, *Elements of the Philosophy of Right*, texto original: *Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)*, § 41, disponible en: [http://www.inp.uw.edu.pl/mdsie/Political\\_Thought/Hegel%20Phil%20of%20Right.pdf](http://www.inp.uw.edu.pl/mdsie/Political_Thought/Hegel%20Phil%20of%20Right.pdf). Véase también DUXBURY, “Do Market Degrade?”, en *Modern Law Review*, vol. 59, n.º 3, 1996, pp. 332 s.

<sup>94</sup> Acerca del papel que cumplen en este contexto los conceptos “recurso” e “interés”, véase VON HIRSCH, “El concepto de bien jurídico y el ‘principio de daño’”, trad. Rafael ALCÁZER GIRAÓ, en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid y otra, Marcial Pons, 2007, pp. 37 ss.

<sup>95</sup> En este contexto es que debe entenderse que la receptación únicamente afecta las expectativas del mercado formal. Las expectativas de venta (y compra) de los mercados informales o ilegales (que obviamente también existen y los constituyen), lejos de ser afectadas (negativamente) por un comportamiento como la receptación, son fomentadas y sostenidas por esta clase de conducta. De allí que este delito provoque daño (en las condiciones ya explicadas) únicamente en los mercados formales y de ningún modo en los ilegales, a los que contribuye a conformar.

que, aun cuando una receptación aislada provocara una lesión efectiva del mercado, no podríamos saberlo, y de todas formas pasaría desapercibida (salvo, por cierto, que se trate de un caso craso).

Podría pensarse todavía que, si bien un hecho aislado de receptación no lesiona en forma efectiva el mercado, sí lo hace la acumulación de una cierta cantidad de hechos de esta clase. Me refiero a la categoría desarrollada en Alemania de los “delitos acumulativos” (*Kumulationstatbestände*),<sup>96</sup> pensada principalmente en el marco de los delitos que afectan el medio ambiente.<sup>97</sup> Esa postura parte de la idea de que “es posible sancionar *penalmente* una conducta individual aun cuando esta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta —*per se* no lesiva— se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”.<sup>98</sup>

Algo muy importante para destacar de esta categoría es que busca criminalizar conductas que, consideradas individualmente, no causan un daño ni ponen en peligro concreto ni abstracto a ningún bien jurídico.<sup>99</sup> Pero este, como intento demostrar aquí, no es el caso. Frente a ello, lo más adecuado será, entonces, describir al daño de la receptación en todo caso como una *puesta en peligro* de un mercado en tanto bien o interés colectivo y no como una lesión efectiva.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> Los delitos acumulativos son definidos como aquellos que “no representan un peligro concreto, mucho menos lesión o daño del bien jurídico (y que) no se corresponden con conductas de peligro abstracto” (JIMEÑEZ CABARCAS, “La protección del medioambiente a través de los delitos acumulativos en el derecho penal colombiano”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 38, n.º 104, enero-junio de 2017, p. 223, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5213/6280> [enlace verificado el día 13 de agosto de 2020]). El contenido del paréntesis en la cita me pertenece.

<sup>97</sup> Sobre los delitos acumulativos o estructuras típicas por acumulación, véase HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln y otras, Heymann, 2002, pp. 183 ss., 306 ss.; ÍDEM, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en ÍDEM (dir.), *La teoría del bien jurídico*, trad. María MARTÍN LORENZO, Madrid y otra, Marcial Pons, 2007, pp. 194 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed., Montevideo y otra, BdF, 2006, pp. 143 ss.; JIMEÑEZ CABARCAS, *supra* nota 96, pp. 203-242. Véase también TRUCCONE BORGOGNO, “Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo”, en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, año II, n.º 2, noviembre de 2013, pp. 59-98, disponible en: [https://www.palermo.edu/derecho/pdf/DA\\_N3\\_02.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/pdf/DA_N3_02.pdf) [enlace verificado el día 13 de agosto de 2020].

<sup>98</sup> SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 97, p. 143.

<sup>99</sup> Véase, por todos, TRUCCONE BORGOGNO, *supra* nota 97, pp. 78 s.; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 97, p. 145.

<sup>100</sup> Sobre las puestas en peligro, véase, entre muchos, DUFF, “La criminalización de las puestas en peligro”, trad. Gustavo BEADE, en: *Anuario de Derecho penal y ciencias sociales (ADPCP)*, vol. LXIII, n.º 1, 2010, pp. 277-306. Traducción del original “Criminalizing Endangerment” publicado en: *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, DUFF/GREEN (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2005.

Sin embargo, la receptación tampoco pone en peligro *concreto*<sup>101</sup> al mercado formal. En efecto, no puede afirmarse que, ante un hecho aislado de esta clase, el resultado de lesión, es decir, el daño efectivo a un mercado concreto, no se produce por casualidad o por la extraordinaria destreza del autor o de la víctima para evitar esa lesión. En los delitos de peligro concreto ese peligro es independiente de la conducta que lo crea, y por eso la doctrina afirma que son también delitos de resultado.<sup>102</sup>

Para que la prohibición penal de una conducta sea legítima debe demostrarse que causa un daño incluso en su versión más acotada. En lo que aquí interesa, esto significa que debe explicarse cuál es el daño que produce *un caso* (aislado) de receptación, e incluso de una cosa de poco valor, pero suficiente como para traspasar el umbral del daño que justifica la criminalización, pues *eso* está incluido ya en esta prohibición penal.

Todo ello me lleva a concluir que la receptación es un delito de peligro abstracto. Habrá esta clase de peligro, en efecto, cuando (realmente) la conducta puede generar un determinado daño.<sup>103</sup> Cuando dicha posibilidad no pueda ser predicada, no habrá ni siquiera peligro abstracto. La lesión de esa expectativa individual *puede*, por lo tanto, dañar el mercado del que se trate en tanto interés colectivo. Y si esa posibilidad, como en este caso, existe, entonces estamos ante un supuesto de peligro abstracto.<sup>104</sup> Es cierto que por medio de la receptación también se afectan otros derechos de los participantes del mercado formal. Porque cuando los ciudadanos eligen adquirir productos en el mercado negro, para eludir las cargas que conlleva el hecho de hacerlo en el mercado formal, no solo perjudican a este último, sino que también generan una situación de injusticia (*unfair*) respecto de quienes participan en el mercado formal.<sup>105</sup> Sin embargo, este no es el efecto más dañino ni el

---

<sup>101</sup> O lo que Duff denomina delito de puesta en peligro explícito. Así, DUFF, *supra* nota 100, pp. 299 ss.

<sup>102</sup> Así, p. ej., el peligro que se exige en el delito de conducción peligrosa de vehículos es concreto. Quien se ve forzado a realizar una maniobra riesgosa y repentina para no atropellar a otro vehículo, lo hace precisamente porque percibe un peligro evidente y próximo, que también será advertido por el otro conductor, sea quien fuere el prudente y el imprudente.

<sup>103</sup> Sobre esta clase de peligro, véase, por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de la 5.ª ed. del alemán de Miguel OLMEDO CARDENETE, Granada, Comares, p. 283.

<sup>104</sup> Para mayores precisiones y referencias, véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 170 ss.

<sup>105</sup> El concepto mismo de “ciudadano” o “cociudadano” implica el goce de beneficios derivados del actuar comunitario (principalmente la idea de poder gozar de un espacio de libertad individual). Pero también ello implica tener que cumplir con ciertas obligaciones o cargas (el respeto de lo que significa el espacio de libertad de los otros) que contribuyen a que la comunidad exista, funcione y continúe haciéndolo. Esta idea puede leerse ya en DUFF, *supra* nota 100, p. 303. En Alemania, una postura similar fue desarrollada años después, y con especial profundidad, por Pawlik. Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 99 ss.

más directo que produce la receptación en el mercado formal. Por lo tanto, entiendo que no corresponde considerar que ese es *el* bien jurídico central que afecta esta clase conducta, sino que, en todo caso, se trata de un daño lateral o secundario.

## V. El ilícito material o la incorrección moral de la receptación

La intuición central de la que parto aquí es que la receptación, además de causar daño, es una conducta inmoral y que el Estado, por lo tanto, tiene buenas razones para criminalizarla. Para ser inmoral tiene que regir en la sociedad un principio moral que resulte vulnerado por las conductas que, desde el derecho penal, identificamos como de receptación.<sup>106</sup>

Por sus características conceptuales, la receptación no tiene una estructura simple, aislada de todo otro contexto delictivo (como p. ej. sí la tiene un hurto), sino que, en la medida en que consiste en adquirir cosas *provenientes de un delito*, está siempre conectada a una situación ilícita previa. Este rasgo sugiere que, en este peculiar caso, la incorrección moral de esa conducta no esté relacionada tanto (o únicamente) con el daño que provoca, sino, antes bien y especialmente, con esa conexión que, en tanto *conducta*, la vincula a un delito previo.

En cuanto a la conexión con una ilicitud anterior, no debe perderse de vista, en primer lugar, que la receptación consiste en la adquisición de cosas *directamente* provenientes de un *delito* penal en el sentido, como ya dije, de que fueron el objeto del delito anterior y que son, también, el objeto de la receptación posterior; en segundo lugar, que ese delito anterior únicamente puede ser *patrimonial*; y en tercer lugar, que el patrimonio es un bien jurídico cuya afectación es capaz de generar *sufrimiento* individual, es decir, algún tipo de afección en un agente *humano*, más allá de que también pueda ser adjudicado a entes colectivos a partir de una construcción jurídica.<sup>107</sup>

Es precisamente esa vinculación con una ilicitud anterior capaz de producir sufrimiento lo que, a mi juicio, puede ayudar a explicar por qué es posible predicar de la receptación un plus de inmoralidad que no está presente en otras conductas que también implican la obtención de ventajas

---

<sup>106</sup> Desde una concepción deontológica respecto de la moral, como a la que adhiero, estoy de acuerdo con Green cuando afirma que "lo que hace que una conducta sea ilícita es la violación intrínseca de un deber o una regla moral autónoma, más allá de las consecuencias de la conducta en sí" (GREEN, *supra* nota 80, p. 74). Siguiéndose el método del equilibrio reflexivo de Rawls, deberá entonces, ante todo, identificarse ese principio moral. Véase RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores GONZÁLEZ, 2.ª ed., Distrito Federal (México), Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 32 s.

<sup>107</sup> Estas características serán objeto de explicación en lo que sigue. Sin perjuicio de ello, sobre estas cuestiones, véase VERDE, *supra* nota 23, 182 y ss., 184 ss.

económicas que ofrecen los mercados informales. La gravedad de la incorrección moral de la receptación viene dada, entonces, por el hecho de que la cosa recibida o adquirida proviene de un delito que causa sufrimiento y que el autor lo sabe o, al menos, lo asume.

El principio moral vigente, es decir, que rige en la sociedad, violado por la conducta de receptación, al que voy a llamar “principio *R*”, reza que “*es inmoral aprovecharse, aunque sea indirectamente, del sufrimiento que en otro ha producido un delito penal, para obtener una ventaja económica*”, que es, a su vez, una versión ajustada del que no individualiza cuál es la causa de ese sufrimiento. Ambos son una derivación de otro principio más básico, en razón del cual “*es inmoral aprovecharse del sufrimiento de otro*”.<sup>108</sup> Que ese aprovechamiento pueda ser indirecto, y que en realidad funcione como medio para obtener otro fin, como lo sería la ventaja económica, son precisiones que nacen del contexto propio de los delitos de receptación.<sup>109</sup>

Las formulaciones más básicas del principio *R* capturan, además de la receptación, hechos más leves y más graves.<sup>110</sup> Por eso es conveniente ajustarlo para identificar cuál es, exactamente, el principio moral vulnerado por la clase de conducta que interesa aquí. Sin el ajuste que especifica que el origen del sufrimiento es haber sido víctima de un delito anterior y no, en cambio, la consecuencia de una desgracia estructural o circunstancial, quedarían abarcados, p. ej., la adquisición de cosas por las que no se pagaron impuestos (sin que ello configure el delito de evasión tributaria), la trata de personas con fines de explotación sexual o laboral, la usura, e incluso otros hechos que no son siquiera considerados delitos, como comprarle una casa muy barata o más barata a un enfermo para que pueda costear su tratamiento médico. De esto, cabe insistir, no se sigue que la receptación no esté abarcada por las formulaciones más básicas del principio *R*; pero como estas son demasiado generales no logran mostrar en qué consiste, exactamente, la incorrección moral de esta clase de conducta.

---

<sup>108</sup> Sobre todo esto, véase, en detalle, VERDE, *supra* nota 23, pp. 184 ss., 188 ss., 193 ss., 203 ss.

<sup>109</sup> A la formulación más básica del principio *R* la denominé “principio *S*” y reza: es inmoral aprovecharse del sufrimiento de otro; a un primer ajuste del último lo llamé “principio *S*” y reza: “es inmoral aprovecharse, aunque sea indirectamente, del sufrimiento de otro, para obtener una ventaja económica”. Sin embargo, ninguno de esos principios logra captar completamente los casos de receptación; de allí que sea necesario efectuar otro ajuste, que es precisamente el que contiene el principio *R*. Sobre todas estas cuestiones véase VERDE, *supra* nota 23, 188 ss.

<sup>110</sup> Un desarrollo más profundo de estas cuestiones puede leerse en VERDE, *supra* nota 23, pp. 184 ss., 193 ss., 198 ss.

Este análisis de moral positiva —puramente constativo— debe complementarse con otro, de moral crítica, por medio del cual sea posible afirmar la corrección moral del principio moral en cuestión.<sup>111</sup> Superado este análisis satisfactoriamente, y solo en ese caso, va a ser posible predicar la ilicitud material de una clase de conducta. Dicho de otro modo, a mi juicio solo puede considerarse inmoral aquella conducta que viola un principio moral vigente universalmente válido o moralmente correcto en términos deontológicos. Como no soy escéptica moral en términos metaéticos, dado que creo que se puede discutir racionalmente sobre cuestiones morales, considero que para concluir acerca de la corrección moral de un principio moral hay que someterlo a un test procedimental que permita concluir a favor (o en contra) de su universalización.<sup>112</sup>

Ese test (que puede realizarse, p. ej., en función de la idea de la posición originaria de Rawls<sup>113</sup> o del discurso práctico en el sentido de Habermas,<sup>114</sup> o tal vez con las matizaciones que, respecto de ambos autores, propone Nino<sup>115</sup>) tiene que permitir concluir, vía equilibrio reflexivo, que cualquier persona, bajo determinadas circunstancias —como p. ej.: desconocer el rol que le toca ocupar en la sociedad, la inexistencia de relaciones de poder o dominación entre los hablantes, etc.—, considerará individual<sup>116</sup> o colectivamente<sup>117</sup> que cierto principio (en este caso: el principio *R*) es justo o moralmente correcto.

<sup>111</sup> Véase, por todos, NINO, *Ética y derechos humanos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, pp. 92 s.

<sup>112</sup> Sobre el principio de universalidad propio de una concepción deontológica de la moral, véase, entre otros, BIRNBACHER, *Analytische Einführung in der Ethik*, 3.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2013, pp. 409 ss.; HABERMAS, “Ética del discurso. Notas para un programa sobre su fundamentación”, en *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. Ramón COTARELO GARCÍA, Madrid, Trotta, 2008, pp. 74 ss., 77 s., 103.

<sup>113</sup> La “posición originaria” es un recurso de representación, es decir, una forma de imaginarnos cómo razonan los miembros de la sociedad (individualmente considerados) sobre principios de justicia bajo ciertas restricciones (como p. ej.: desconocer qué rol ocupan en la sociedad, etc.) y, por ello, imparcialmente. Véase RAWLS, *supra* nota 106, pp. 29 s.

<sup>114</sup> El “discurso práctico”, propuesto por Habermas, es por su parte un procedimiento que no está destinado a la producción de normas justificadas, sino que su objetivo es la comprobación de la validez de normas postuladas de modo hipotético. Véase HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Fráncfort, Suhrkamp, 1984, pp. 174 ss.; IDEM, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. Ramón COTARELO GARCÍA, Madrid, Trotta, 2008, pp. 103, 124 ss.

<sup>115</sup> Nino, en efecto, asume una postura intermedia entre la de Rawls y la de Habermas, a la que denomina “constructivismo epistemológico” y define como “una concepción según la cual la práctica social es un medio apto para tal conocimiento”. Al respecto, véase, NINO, “Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho (Doxa)*, n.º 5, 1988, p. 87.

<sup>116</sup> Para Rawls los presupuestos formales de imparcialidad pertenecen al razonamiento moral nomológico. Véase, por todos, NINO, *supra* nota 115, p. 98.

<sup>117</sup> La ética del discurso posibilita la discusión sobre asuntos normativos con el fin de darles a los conflictos una solución dialogada. Resulta muy ilustrativo un pasaje de Nino respecto de las principales diferencias entre las posturas de Habermas y Rawls: “Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de la imparcialidad, que son decisivos

A mi juicio, el principio *R* supera dicho test, sea por medio del procedimiento de la posición originaria y del velo de ignorancia, sea por medio de la ética del discurso, sea a través de la propuesta intermedia de Nino. De esta manera puede concluirse que el principio *R* es deontológicamente consistente, porque, por sus características, cabe afirmar que se trata de un principio moral universalmente aceptable y, por tanto, justo.

La receptación, en efecto, viola ese principio moral, y por eso alcanza un nivel de gravedad suficiente como para que esté justificada su criminalización. Esa gravedad de su inmoralidad logra explicarse particularmente por el hecho de que se trata de una conducta que no puede ser descrita sino a partir de su conexión con un delito patrimonial anterior. Es esta característica de la receptación que la vincula con una ilicitud previa lo que explica que, en relación con esta especial clase de conducta, su incorrección moral no pueda ser inferida únicamente a partir del daño que ocasiona.<sup>118</sup>

---

para la validez de principios morales. Pero, mientras que para Rawls son presupuestos formales del razonamiento moral nomológico, para Habermas son reglas de una práctica social de discurso intersubjetivo. Además, en tanto que para Rawls la validez de los principios morales está dada por la satisfacción de la exigencia de imparcialidad, entre otras, independientemente de que alguien determine que está satisfecha, hay razones para pensar que para Habermas esa validez requiere que se haya constituido un consenso de hecho empleando la regla de la imparcialidad. Finalmente, mientras que para Rawls parece que uno puede llegar por vía de reflexión individual a la conclusión de que un principio moral es válido, aunque la discusión puede cumplir un rol auxiliar, es claro que para Habermas esto es imposible y que solo la discusión colectiva, la “búsqueda cooperativa de la verdad” es una vía de acceso confiable al conocimiento moral” (NINO, *supra* nota 115, p. 98).

<sup>118</sup> Esto reafirma que, dentro de la teoría de la justificación de la criminalización, daño e incorrección moral son requisitos genuinamente independientes. Pero a ello cabría agregar que, a mi juicio, no habría tampoco razones convincentes para afirmar que existen vínculos conceptuales fuertes entre la teoría de la justificación de la criminalización y la teoría de la justificación del castigo, que es lo que sugieren, p. ej., von Hirsch y Simester, en el primer capítulo de su libro (SIMESTER/VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford y otras, 2011); y también Michael Moore, cuando vincula al moralismo legal —como argumento central para la justificación de la criminalización— con la retribución —como argumento central para la justificación del castigo— (véase MOORE, *Placing Blame*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 661 y ss.). A mi modo de ver, por lo menos en principio resulta más plausible la intuición de que sostener argumentos deontológicos para predicar la incorrección moral de una clase de conducta en el marco teórico de la justificación de la criminalización no compromete con una teoría retributiva en materia de justificación del castigo, ni que adherir al principio del daño en la teoría de la justificación de la criminalización compromete con la asunción de una posición consecuencialista en la justificación del castigo. Porque las razones por las que *deba* optarse por una u otra clase de justificación pueden ser bien diferentes en uno y otro ámbito. Pero esta cuestión merece la redacción de un trabajo monográfico específico y, por lo tanto, no puede ser abordada en detalle aquí.

## VI. Consecuencias dogmáticas de la tesis asumida respecto del daño y de la incorrección moral de la receptación

Si lo expuesto hasta aquí es lo que cabe considerar dañoso y moralmente incorrecto cuando se trata de conductas consistentes en la adquisición de bienes provenientes de un delito, entonces la tipificación penal de la receptación, para ser legítima, debería respetar ciertos requisitos objetivos y subjetivos; y debería, asimismo, criminalizarse no solo la receptación, sino también la venta de cosas provenientes de un delito anterior, incluso cuando este hecho haya sido llevado a cabo por el autor de la conducta (ilícita) previa. Son las consecuencias lógicas a las que conduce el punto de vista que asumí respecto del daño y de la incorrección moral (o ilicitud material) de aquella clase de conducta. Las resumiré a continuación.<sup>119</sup>

### 1. El objeto del delito de receptación

Me interesa particularmente determinar qué puede ser objeto del delito de receptación en función de este enfoque. Al respecto, entiendo que solo pueden serlo "cosas", es decir, objetos materiales.<sup>120</sup> Ahora bien, conforme al bien jurídico que, según mi postura, afecta la receptación, solo pueden ser objeto de este delito cosas susceptibles de comercialización y, a su vez, debe existir efectivamente un mercado formal de aquellas, cuyas expectativas puedan ser puestas en peligro si esas operaciones comerciales ocurren en un mercado paralelo e ilegal.

Por otra parte, de acuerdo con lo que, a mi juicio, constituye la incorrección moral de la receptación, únicamente pueden ser objeto de receptación cosas (susceptibles de comercialización en un mercado formal ya existente) que queden abarcadas por el concepto de "*scelere quaesita*", es decir: las que ya existían antes de la comisión del delito previo, cuya posesión perdió la víctima en virtud de ese hecho que afectó su patrimonio.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Aquí me referiré a la legislación argentina pero el análisis puede aplicarse a la legislación de cualquier otro país.

<sup>120</sup> En Alemania se concluye lo mismo, pero con base en un mero argumento *de lege lata*: "porque así lo establece la letra de la ley". Véase, entre muchos otros, ALTENHAIN, "§ 259", en *NK-StGB*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 444, n.º m. 8; WALTER, *supra* nota 21, p. 612, n.º m. 12; MITSCH, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. 2: *Vermögensdelikte*, 2.ª ed., Berlín y otras, Springer, 2003, pp. 615 ss.

<sup>121</sup> Sobre las categorías *scelere quaesita*, *producta sceleris*, *instrumenta sceleris* y *fructus sceleris*, véase, por todos, VERDE, *supra* nota 23, pp. 216 ss. Véase también, entre muchos, ALTENHAIN, "§ 261", en *NK-StGB*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, n.º m. 62, pp. 509 ss.; ARZT, *supra* nota 11 (1993), p. 914; FAHL, "Anmerkung. BHG 1º StR 4/09, 18.02.2009", en *JZ*,

Ello es así porque solo las cosas que satisfagan la definición de *scelere quaesita* pueden ser obtenidas por medio de un delito que afecte el patrimonio ajeno y que cause, en la víctima de ese delito, el sufrimiento del cual se aprovecha tanto el receptor como el vendedor de esa cosa. Es decir, se impone un origen determinado e inmediato, que exige identidad del objeto del delito previo y del posterior de recepción o venta.<sup>122</sup>

El dinero, entonces, cuando es utilizado como un medio de pago no puede ser objeto de recepción,<sup>123</sup> porque, como ya dije, para ello es necesario que exista un mercado formal de la clase de esas cosas cuyas expectativas puedan ser puestas en peligro por su comercialización en un mercado paralelo e ilegal.<sup>124</sup> Por lo tanto, el dinero solo podrá ser objeto de recepción cuando opere como objeto del mercado financiero.<sup>125</sup>

Desde este punto de vista, considero correcta la postura doctrinaria y jurisprudencial casi unánime y la decisión legislativa de países como la Argentina, Alemania y España de no punir la denominada “recepción del subrogante”,<sup>126</sup> es decir, de no admitir que los bienes sustitutos puedan ser objeto de este delito. Ahora bien, la doctrina dominante, por lo menos en Alemania, fundamenta la corrección de esta solución legal por medio de la teoría de la perpetuación, la cual ha sido rechazada aquí como explicación del daño de la recepción y, a partir de ello, como justificación válida de su castigo penal.

---

Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 747 s.; JAHN, “§ 261 StGB Geldwäsche”, en: *StGB Kommentar*, 2.ª ed., Köln, Carls Heymanns, 2014, pp. 1628 s., n.º m. 29; CÓRDOBA, *supra* nota 11, pp. 159 ss.; QUINTERO OLIVARES, “Capítulo XIV: De la recepción y otras conductas afines”, en ÍDEM (dir.), *Comentario a la parte especial del derecho penal*, 8.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 935.

<sup>122</sup> En Alemania, para satisfacer los presupuestos de la teoría de la perpetuación a la que adhiere la opinión dominante también se exige identidad e inmediatez entre la cosa recibida y la obtenida por medio del delito anterior. Véase, VERDE, *supra* nota 23, pp. 225 ss.

<sup>123</sup> El dinero, en efecto, puede tener dos funciones diferentes, a saber: una como medio de pago y otra como objeto del mercado financiero. Conforme al primer supuesto, el dinero es utilizado del modo en el cual normalmente se lo hace, esto es, para adquirir otras cosas, productos o servicios, los cuales pueden ser lícitos o ilícitos, sin que ello repercuta sobre la cuestión que ahora se analiza. Por el contrario, en relación con el segundo supuesto, esto es, cuando el dinero es utilizado como objeto del mercado financiero, sí puede ser objeto del delito de recepción, porque dicha conducta genera (o, por lo menos, puede generar) una ganancia ilícita que podría haber tenido lugar en el mercado financiero formal. Sobre esto, véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 238 ss.

<sup>124</sup> Al respecto, véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 236 ss.

<sup>125</sup> Con más detalle, véase VERDE, *supra* nota 23, p. 240.

<sup>126</sup> Véase, por muchos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *supra* nota 50, pp. 1068 s.

La razón por la cual esa afirmación es correcta radica, en cambio, en que la incorrección moral del delito que analizo consiste, como dije, en el aprovechamiento aunque sea indirecto del sufrimiento de otro. Pero si la cosa que se entrega o adquiere no proviene directamente de un delito previo contra el patrimonio ajeno, sino que se trata de su subrogante, ese aprovechamiento del sufrimiento ajeno se torna ya *demasiado* indirecto como para alcanzar el grado suficiente de inmoralidad que justifique su prohibición jurídico-penal.<sup>127</sup> Por lo tanto, insisto, deben darse las características de identidad e inmediatez de la cosa que se recepta, en relación con la que fue objeto del delito anterior.

## 2. Limitación del círculo de autores y partícipes

Otra consecuencia de los puntos de partida aquí asumidos se relaciona con lo que podría identificarse como la cláusula de exclusión de la tipicidad respecto del autor, de los coautores y (en algunos países) de los partícipes del delito anterior. Básicamente, me interesan las razones que justifican dicha cláusula y, por supuesto, su corrección. Me refiero al elemento del tipo penal que exige que la cosa a receptar debe haber sido ilícitamente obtenida por *otro* (Alemania),<sup>128</sup> o que el autor de receptación no haya intervenido como autor ni cómplice en el delito anterior (España),<sup>129</sup> o que el receptor no haya participado en el delito previo ejecutado por otro (Argentina).<sup>130</sup>

Aquí creo que hay que distinguir entre dos situaciones: por un lado, la atipicidad del hecho que tiene lugar cuando un coautor o un partícipe del delito anterior adquiere, luego, de otro (co)autor la parte del botín conjuntamente robado que le correspondía según el reparto acordado (esto es conocido como "autorreceptación"); y, por otro lado, la posibilidad de que autores o partícipes del

---

<sup>127</sup> Así VERDE, *supra* nota 23, pp. 242 ss.

<sup>128</sup> El legislador alemán, en el § 259, StGB, amenaza con pena al que compre o de algún modo obtenga, para sí o para un tercero, venda o ayude a vender, para enriquecerse a sí mismo o a un tercero, "una cosa, que *otro* haya hurtado o, si no, obtenido por medio de una conducta antijurídica dirigida contra el patrimonio ajeno".

<sup>129</sup> En el art. 298, CP español, por su parte, se amenaza con pena al "que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice..." realice alguna de las conductas típicas allí mencionadas.

<sup>130</sup> En la Argentina, el legislador definió tanto al delito de receptación como a los de favorecimiento con el siguiente encabezado en común: "el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado..." (art. 277, CP).

delito anterior sean, a su vez, partícipes del delito de receptación posterior cometido por un tercero que adquiere las cosas provenientes de ese delito.<sup>131</sup>

En general se argumenta *de lege lata* sobre estas cuestiones, es decir, se suele afirmar que el coautor que adquiere de otro coautor una parte del botín conjuntamente sustraído no comete el delito de receptación porque así lo dice la ley.<sup>132</sup> Lo cierto, sin embargo, es que si esa cláusula de atipicidad no estuviese expresamente legislada, la receptación de un coautor del delito anterior de todas formas no sería típica en virtud de las reglas de la autoría, ya que un coautor es considerado autor del hecho completo y se trataría, por lo tanto, de un supuesto de autorreceptación.<sup>133</sup> Dicho de otra manera, a cada uno de los coautores del delito anterior se le atribuye el total de ese ilícito.<sup>134</sup> Por tanto, a quien la ley atribuye la realización completa de un hecho, no se lo puede tener como el que adquiere de *otro*.<sup>135</sup>

En general, se ha considerado que ese elemento del tipo, que excluye a algunas personas del grupo de autores, se justifica por las reglas del delito posterior copenado.<sup>136</sup> En otras palabras, se entiende que, si la receptación posterior de uno de los coautores fuera típica, de todos modos ese ilícito formaría parte del delito anterior y, por ello, sería un delito posterior copenado con aquel.<sup>137</sup>

---

<sup>131</sup> *De lege lata* la situación es, pues, bastante sencilla. Tanto en Alemania como en España y en la Argentina el legislador dejó expresamente fuera del alcance de las normas que prohíben la receptación (por lo menos) a los autores del delito previo. La mera letra de la ley, sin embargo, no es razón válida para justificar la *corrección* en términos de *lege ferenda*, de dicha solución. Sobre este análisis, véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 246 ss.

<sup>132</sup> Sobre el derecho penal alemán, véase, por todos, RENGIER, *supra* nota 48, § 22, p. 423, n.º m. 42. Sobre el argentino, véase, por todos, CREUS, *supra* nota 72, p. 340. Sobre el español, véase, por todos, QUINTERO OLIVARES, *supra* 121, p. 935.

<sup>133</sup> Sobre la coautoría, véase, en Alemania, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y otro, Madrid, Marcial Pons, pp. 303 ss; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1993, pp. 660 y ss., n.º m. 40 ss.; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Múnich, Vahlen, 2000, pp. 765 ss., n.º m. 98 y ss. En España, véase, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, Tecfoto, 1996, pp. 384 ss.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, Akal, 1998, etc. En la Argentina véase, entre otros, DE LA RÚA/TARDITTI, *Derecho penal. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 299 ss.; RIGHI, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 382 ss.

<sup>134</sup> Véase SCHNEIDER, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips*, Berlín, Dunkler & Humblot, 1991, p. 183.

<sup>135</sup> El legislador alemán, en este caso, recogió lo que se sostiene en la doctrina. Por eso dicha igualación no es puramente formal, ni el mero resultado de lo que establece la legislación, sino que se fundamenta en la teoría de la autoría desarrollada por la doctrina de manera sistemática desde hace por lo menos dos siglos (véase citas de la nota al pie anterior).

<sup>136</sup> Así, entre muchos, HEINTSCHEL-HEINEGG, "Vor §§ 52 ff.", en *MK-StGB*, Múnich, Beck, 2005, p. 35, n.º m. 58; FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín y otra, Springer, 2009, § 11, p. 445, n.º m. 37; HÖPER, *supra* nota 37, p. 1.

<sup>137</sup> Al delito posterior copenado se lo suele definir como "una conducta independiente, antijurídica y culpable, que realiza el tipo de una norma penal, por medio de la cual el autor del delito anterior asegura, aprovecha o utiliza el resultado de ese

Esta postura debe ser, sin embargo, rechazada, porque algunos de los requisitos de dicho instituto no se configuran en los casos de autorreceptación;<sup>138</sup> p. ej.: no se trata de dos delitos que afecten el mismo bien jurídico, ni a la misma persona, etc.

No obstante, me gustaría aclarar que de que la autorreceptación entre coautores no pueda ser caracterizada como un delito posterior copenado no se sigue que aquella deba ser típica. Entiendo, en efecto, que es acertada la decisión legislativa de considerarla atípica, pero sostengo que la justificación de esa decisión descansa en las reglas generales de la autoría y de la coautoría.

Fuera de ello, hay que decir que no son superfluas las cláusulas que expresamente consagran la atipicidad de la autorreceptación (como, p. ej., la que exige que no se haya participado en el delito anterior), ya que, a diferencia de lo que sostiene la doctrina dominante, entiendo que a través de aquellas el legislador no buscó regular las situaciones de autorreceptación, sino, por el contrario, no criminalizar (de ningún modo) la venta de objetos provenientes de un delito, cuando es realizada por el autor (coautor e, incluso, partícipe) del hecho previo. Eso es precisamente lo que ocurriría de no existir esa atipicidad expresa en el tipo penal de receptación: autores, coautores y partícipes podrían ser castigados como partícipes del delito de receptación, si esa entrega o venta hubiese sido realizada también por ellos.

Esto último constituye, como enseguida mostraré con más detalle, una decisión legislativa injustificada, pues, en definitiva, la venta o entrega lucrativa de tales cosas no es más que la contracara sinalagmática de la conducta (penalmente típica) de comprarlas o adquirirlas, y en consecuencia ese comportamiento también debería ser criminalizado. Pero de que sea criticable en estos términos *de lege ferenda* no se sigue que *de lege lata* se trate de una regla superflua, precisamente por lo que acabo de explicar.

### 3. Fin de lucro

---

delito previo o la posición conseguida por medio de este" (RISSING-VAN SAAN, "Vor § 52", en *LK-StGB*, 12.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2006, p. 1334, n.º m. 151. En el mismo sentido: BGHSt 38, p. 369; FISCHER, *supra* nota 21, "Vor § 52", p. 470, n.º m. 65; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, Beck, 2003, § 33 V, n.º m. 219 ss., pp. 861 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 43.ª ed., Heidelberg y otras, Müller, 2013, § 17 IV, n.º m. 795, p. 334; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 103, § 69 II 3 a, p. 736; GEPPERT, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)", en *Jura*, Berlín y otras, De Gruyter, 1982, p. 428.

<sup>138</sup> Sobre el delito posterior copenado y una crítica a esta postura, véase VERDE, *supra* nota 21, pp. 256 ss.

El fin de lucro tiene que ser un elemento constitutivo del tipo *básico* de la receptación entendida como clase de conducta, tal como lo prevén las legislaciones de Alemania, España y muchas otras, y no como en la Argentina, que configura una agravante. Esta última solución es ya conceptualmente cuestionable, más allá de su inconsistencia con los puntos de partida aquí asumidos. Porque no parece que el caso paradigmático de receptación no incluya el fin de lucro. Claro que es posible pensar en una adquisición sin fin de lucro, pero a título oneroso, de un bien proveniente de un delito patrimonial.<sup>139</sup> Sin embargo, una situación así solo tendrá lugar cuando quien adquiere una cosa, en este caso de origen ilegal, paga el precio de mercado o incluso uno más caro por lo que adquiere. Ello, sin embargo, es muy excepcional.

En general, las personas no cometen delitos patrimoniales si no van a obtener algún beneficio económico. Quienes concurren al mercado negro, p. ej., lo hacen porque las cosas que allí se venden, como consecuencia de su origen ilícito, cuestan menos, o porque no se les exige algún requisito que les impide o dificulta adquirirlas por vía legal. A mi juicio, sería una consecuencia inaceptable que esos casos no configuren el tipo básico del delito en cuestión y que se los considere formas agravadas de una tipicidad básica que capturaría únicamente casos muy excepcionales y no paradigmáticos de esa ilicitud.<sup>140</sup>

Fuera de lo anterior, debe tenerse presente que, sin fin de lucro, la conducta de receptar una cosa proveniente de un delito constituiría nada más que una variante comisiva de alguna de las formas de favorecimiento o encubrimiento (real o personal) previstas por la ley penal también como conductas típicas. En consecuencia, una legislación penal que prevé esas formas de favorecimiento como típicas, si además quiere punir lo que se conoce como receptación, debe incluir el fin de lucro como requisito para su tipo básico.

Lo cierto, para resumir, es que del principio *R*, que exige como finalidad la obtención de una ventaja económica y que haya aprovechamiento del sufrimiento de otro, se sigue que la receptación, para ser moralmente incorrecta, debe incluir en su forma básica el fin de lucro y debe excluir delitos que no causan esa clase de sufrimiento (como muchos no patrimoniales) entre los ilícitos previos

---

<sup>139</sup> Los autores argentinos consideran que la conducta de “adquirir” sin fin de lucro (como lo exige el apartado “c” del inciso 1.º del art. 277, CP) puede ser realizada a título oneroso. Así DONNA, *supra* nota 16, p. 549; CREUS/BUOMPADRE, *supra* nota 16, p. 379, etc.

<sup>140</sup> Esta es una de las conclusiones críticas a las que arribo en mi investigación respecto de la legislación vigente en la Argentina sobre receptación. Para más detalles, véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 135 ss.

posibles. Nada de esto ocurre en la Argentina, razón por la cual su legislación resulta muy cuestionable en este aspecto.

#### **4. Legitimidad de la criminalización de la venta de cosas provenientes de un delito previo. Rechazo del argumento del delito posterior copenado**

Es sabido que tanto en Alemania como en España y en la Argentina solo ha sido criminalizada la receptación de cosas provenientes de un delito, pero no su venta. La venta de esa clase de cosas, sin embargo, también vulnera al principio moral *R*, explicitado más arriba, y causa el mismo daño que la receptación. Sería legítimo, por tanto, incluir la venta de esas cosas como un delito específico a ser legislado junto con el de receptación.<sup>141</sup>

En efecto, dado que no puede existir ninguna compra sin su respectiva venta, debe concluirse que las dos partes de esa transacción sinalagmática son igualmente necesarias para vulnerar el principio moral *R*, antes descripto. También quien vende cosas provenientes de un delito se aprovecha indirectamente del sufrimiento de la víctima de aquel hecho en aras de obtener una ventaja económica. La pregunta acerca de por qué este comportamiento ha quedado al margen del reproche penal —no solo en la Argentina— me ha llamado mucho la atención. Considero que se trata de otro resabio de las teorías más antiguas, que veían en la conducta posterior de receptación alguna continuación o perpetuación de la anterior.<sup>142</sup>

Modernamente, esa forma de ver las cosas ha encontrado una explicación más sofisticada en la idea de delito posterior copenado.<sup>143</sup> Conforme a esta, no corresponde punir una conducta cuya ilicitud y cuyo daño quedarían abarcados por la ilicitud y el daño de un delito previo. Así, p. ej., al ladrón que bebió el vino espumante que hurtó no se lo castigará por hurto y por daño, sino

---

<sup>141</sup> En detalle, véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 204 s., 309 ss.

<sup>142</sup> Véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 204 s., 309 ss.

<sup>143</sup> Por razones de espacio esta categoría no va a ser analizada aquí. Sin embargo, quisiera efectuar una aclaración respecto de la traducción que, para mí, merece. "*Mitbestrafte Nachtat*" fue traducido por la doctrina española como acto copenado, hecho copenado, hecho posterior copenado y, en algunas oportunidades, como hecho posterior impune o simplemente hecho impune. Ninguna es, a mi entender, la denominación en castellano que comprende el significado cabal de esta categoría. El término alemán "*Tat*" significa hecho o acto, pero también delito. Y eso último es precisamente a lo que se hace referencia por medio de aquella. No se trata, pues, de una conducta posterior que resulta copenada con el castigo previsto para el delito anterior, sino de la comisión o realización de un delito (es decir: de una conducta típica, antijurídica y culpable), que tiene lugar luego de haber realizado un delito anterior, cuyo ilícito ya estaría contenido, mediante una valoración global, en el delito anterior, al igual que su castigo. Por eso, entiendo que la traducción correcta es "delito posterior copenado".

únicamente por hurto.<sup>144</sup> Se dice, entonces, y para continuar con ese ejemplo, que la venta de la cosa hurtada viene *copenada* por la pena del delito previo.<sup>145</sup>

Sin embargo, ni el ilícito material de la venta o entrega con fin de lucro de cosas de origen ilícito, ni el daño que causa esa conducta cuando es realizada por el autor o alguno de los coautores del delito anterior quedan abarcados ni por el ilícito ni por el daño del hecho previo, porque este afecta a otro bien jurídico,<sup>146</sup> a otra víctima, etc. La venta, entonces, no es un delito posterior copenado por el hecho previo, y en consecuencia es perfectamente posible y legítimo tipificarla como un delito independiente tanto de la ilicitud previa como de la receptación.<sup>147</sup>

En efecto, los que venden cosas provenientes de un delito anterior vulneran el mismo principio moral que quienes las compran o adquieren, y ambos conjuntamente afectan al mercado formal y de la misma manera. Cabe concluir, entonces, que hay buenas razones para criminalizar también la venta o entrega con fin de lucro de cosas provenientes de un delito, incluso cuando tal comportamiento es realizado por el autor, algún coautor o partícipe de ese delito anterior.

## VII. Conclusión

En este trabajo me ocupé, fundamentalmente, de brindar una explicación —diferente a las usuales en la doctrina continental europea y argentina— tanto del daño que causa, o del bien jurídico que afecta, como de la ilicitud material o incorrección moral de la receptación. Y ello, desde luego, no por un mero afán de originalidad, sino porque resultó necesario en virtud de las críticas que merecen las teorías desarrolladas hasta ahora con esa finalidad.

---

<sup>144</sup> Así, entre muchos otros, RISSING-VAN SAAN, *supra* nota 137, “Vor § 52”, p. 1336, n.º m. 156; FISCHER, *supra* nota 21, “Vor § 52”, p. 470, n.º m. 65. En sentido contrario, véase ROXIN, *supra* nota 137, § 33 V, p. 862, n.º m. 224.

<sup>145</sup> Véase, entre muchos, MITSCH, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. 2: *Vermögensdelikte*, 3.ª ed., Heidelberg, Springer, 2015, p. 779; BGHSt 22, sentencia del BGH n.º 1 StR 25/68, dictada con fecha 16/07/1968, p. 207; GEPPERT, *supra* nota 21, p. 104.

<sup>146</sup> Esto es claro si se acepta la postura aquí planteada sobre la ilicitud y el daño de la receptación. Pero lo mismo cabría concluir si se adhiere a la opinión actual dominante tanto en la Argentina, que considera a la receptación como un delito contra la administración de justicia, como en España y en Alemania, que la consideran, por lo menos en parte, como un delito que afecta el patrimonio individual y los intereses de seguridad internos o la administración de justicia o el derecho penal o la vigencia de las normas, etc. Recuérdese que uno de los requisitos del delito posterior copenado consiste en la coincidencia del bien jurídico lesionado por ambos hechos típicos. Sobre estas cuestiones, véase la nota al pie n.º 130 de este texto y, por todos, VERDE, *supra* nota 23, pp. 256 ss.; PALMA HERRERA, *Los actos copenados*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 15 ss.

<sup>147</sup> Véase VERDE, *supra* nota 23, pp. 309 ss.

En este sentido, descarté que la receptación sea un delito que afecta el patrimonio individual de la víctima del delito anterior y, por tanto, la llamada teoría de la perpetuación en todas sus variantes. Lo mismo hice respecto de otras teorías como la de la vigencia del derecho y la que sostiene que es un delito que afecta la administración de justicia (como es el caso de la Argentina), entre muchas otras.

Luego, di razones de por qué, a mi juicio, para considerar legítima una prohibición penal es necesario demostrar no solo que la conducta prohibida causa alguna clase de daño o que afecta un bien jurídico (que es con lo que suele conformarse la doctrina de base continental europea), sino también que es materialmente ilícita, en el sentido de que se trata de una conducta moralmente incorrecta desde una consideración intrínseca o deontológica de esa inmoralidad. Con otras palabras, dije que no basta con decir que esa conducta es mala porque daña, sino que es necesario demostrar por qué es mala en sí misma, con independencia de las consecuencias (dañinas) que provoque.

Tras explorar varias posibilidades, me incliné por sostener que la receptación pone en peligro abstracto el mercado formal de la clase de cosas que han sido objeto de este delito, porque vulnera las legítimas expectativas de los ciudadanos apegados a las normas y de los comerciantes legales de que las operaciones de compra y venta de esa clase de cosas se efectúen únicamente en el mercado formal. Aclaré asimismo que, como surge con claridad de esa formulación, no me refiero aquí al mercado en general, como sistema económico-financiero de un país, sino al mercado formal de una determinada clase de cosas o productos.

A continuación, identifiqué como vigente en nuestra sociedad, esto es, como parte de su moral positiva, un principio moral que reza lo siguiente: es inmoral aprovecharse, aunque sea indirectamente, del sufrimiento de otro para obtener una ventaja económica. Y eso es, a mi juicio, lo que exactamente hace el que comete un delito de receptación. Es verdad que esa persona persigue, en primera línea, una ventaja económica. Pero al obtener dicha ventaja adquiriendo una cosa que proviene de un delito patrimonial, aunque sea en forma indirecta se aprovecha del sufrimiento de la víctima de ese delito anterior, dado que es una clase de delito que efectivamente produce sufrimiento. Es por esto, entonces, que la receptación es una conducta intrínsecamente inmoral: porque viola esa norma vigente en nuestra moral positiva.

A partir de los presupuestos que consideré correctos sobre el daño y la incorrección moral de la receptación efectué algunas críticas a la legislación argentina y analicé otras consecuencias. Sobre qué puede ser objeto del delito de receptación, la conclusión más relevante entiendo que es aquella que limita ese objeto a cosas que sean *scelere quaesita*, esto es, cosas que ya existían como tales antes de la comisión del delito patrimonial previo y que la víctima tenía en su poder.

Afirmé que es acertada la postura dominante de no punir la receptación del subrogante, pero con base en otras razones. La idea es muy simple: dado que la ilicitud de la receptación consiste en el aprovechamiento aunque sea indirecto del sufrimiento de otro, si el bien del que se trata es subrogante (esto es, si no proviene directamente del delito anterior), ese aprovechamiento del sufrimiento ajeno se torna ya *demasiado* indirecto como para alcanzar el grado suficiente de inmoralidad que justifique su prohibición jurídico-penal.

Por su parte, consideré correcta la decisión legislativa de la atipicidad de la autorreceptación, pero por la aplicación de las reglas generales de la autoría y de la coautoría. Sin embargo, destaqué que el efecto no superfluo que consiguen las cláusulas que expresamente consagran la atipicidad de la autorreceptación (como, p. ej., la que exige que no se haya participado en el delito anterior) consiste en dejar en claro que la venta de objetos provenientes de un delito, por parte del autor de ese delito, es atípica.

Con base en lo que a mi juicio es el daño y la incorrección moral de la receptación, concluí que es injustificada la atipicidad de la venta o entrega lucrativa de cosas provenientes de un delito. Pues, en definitiva, esta no es más que la contracara sinalagmática de la conducta (penalmente típica) de comprarlas o adquirirlas.

Finalmente, afirmé que sin fin de lucro, la conducta de receptar no puede ser considerada *prima facie* inmoral. Todo el análisis de la incorrección moral de la receptación toma como base una definición de esa clase de conducta que incluye entre sus elementos básicos el fin de lucro. Por lo tanto, este debe ser un requisito del tipo básico de receptación, tal como de hecho lo prevén las legislaciones de Alemania y de España, y no una mera agravante, como sucede en la Argentina.

## VIII. Bibliografía

ABEL SOUTO, Miguel, “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, en *RECPC*, 2012, (14-14), pp. 14-45.

ALTENHAIN, Karsten, *Das Anschlussdelikt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

— “§ 257”, en *Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

— “§ 259”, en *Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

— “§ 261”, en *Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

ARZT, Gunther, “Die Hehlerei als Vermögensdelikt”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, Múnich y otra, Beck, 1981, pp. 10-15.

— “Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall”, en *Juristen Zeitung (JZ)*, Tübingen, Mohr, 1993, pp. 913-917.

— “Geldwäscherei – eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, Múnich y otra, Beck, 1990, pp. 1-6.

ARZT, Gunther/ WEBER, Ulrich, *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, Bielefeld, Gieseking, 2003.

BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, Akal, 1998.

BAUER, Anton, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und dem Strafprozesse*, Göttingen, 1840.

BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, nueva impresión de la edición de 1906, Tübingen, Aalen, 1964.

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

BESSEL, Sven, *Hehlerei durch deliktische Sachverschaffung*, Sinzheim, P.U.V., 1995.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II: Schuld und Vorsatz, Leipzig, Engelmann, 1877.

— *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, Leipzig, Engelmann, 1902.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

- *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*, t. II, Leipzig, Engelmann, 1905.
- BIRNBACHER, Dieter, *Analytische Einführung in der Ethik*, 3.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2013.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2015.
- BLANCO, Hernán, “Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos”, en *Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.683, Encubrimiento y lavado de activos de origen ilícito*, n.º 6, julio 2011.
- BOCKELMANN, Paul, “Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat”, en *NJW*, Múnich y otra, Beck, 1951.
- BRIEUS, Reinhold, *Die Begünstigung*, Tübingen, Univ. Diss., 1929.
- BUBERT, Kurt, *Die Hehlerei*, Kiel, Univ. Diss., 1964.
- BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, t. 3, Corrientes, Mave, 2003.
- BURI, Maximilian von, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und von der Begünstigung*, Gießen, Ferber, 1860.
- BURR, Christian, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, Siegburg, Schmitt, 1995.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, Bosch, 1955.
- CÓRDOBA, Fernando, *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- CREUS, Carlos / BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, 7.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007.
- *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, 7.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2007.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, 6.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998.
- D’ALBORA, Francisco (h), *Lavado de dinero*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011.
- DE LA RÚA, Jorge / TARDITTI, Aída, *Derecho penal. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

DEL CARPIO-DELGADO, Juana, "Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales", en *InDret*, (4), 2016, pp. 1-44.

DEL ROSAL, Juan, "Reciente modificación del encubrimiento en la legislación penal española", en *Estratto de Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, Mvltta Pavcis AG, 1952.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "Receptación", en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002.

DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. 3, 2.ª ed., Buenos Aires y otra, Rubinzal-Culzoni, 2012.

DUFF, Antony, "La criminalización de las puestas en peligro", trad. Gustavo BEADE, en: *Anuario de Derecho penal y ciencias sociales (ADPCP)*, vol. LXIII, n.º 1, 2010, pp. 277-306. Traducción del original "Criminalizing Endangerment" publicado en: *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, DUFF, Antony, GREEN, Stuart (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2005.

DUXBURY, Neil, "Do Market Degrade?", en *Modern Law Review*, vol. 59, n.º 3, 1996.

FAHL, Christian, "Anmerkung. BHG 1º StR 4/09, 18.02.2009", en *Juristen Zeitung (JZ)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 747-748.

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

FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2.ª ed., Hirschfeld, 1901.

FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín y otra, Springer, 2009.

GALLAS, Wilhelm, "Der Betrug als Vermögensdelikt", en BOCKELMANN, Paul y otros (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961.

GARDNER, John / SHUTE, Stephen, "La ilicitud de la violación", trad. José M. PERALTA, en GARDNER, John, *Ofensas y defensas*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

GEERDS, Friedrich, "Zum Tatbestand der Hehlerei aus der Sicht des Kriminologen", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, Hamburg, Decker, 1958.

GEPPERT, Klaus, “Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)”, en *Juristische Ausbildung (Jura)*, Berlín y otras, De Gruyter, 1982.

— “Zum Verhältnis von Täterschaft/Teilnahme an der Vortat und sich anschließender Hehlerei (§ 259 StGB)”, en *Juristische Ausbildung (Jura)*, Berlín y otra, De Gruyter, 1994.

GHAN, Georges, *Die Begünstigung. Eine strafrechtliche Studie*, Heidelberg, Carl Winter, 1910.

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

GREEN, Stuart, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, trad. José AGUSTINA SANLLEHÍ y otros, Madrid y otras, Marcial Pons, 2013.

GRETENER, Xaver, *Begünstigung und Hehlerei. Historisch-dogmatischer Darstellung*, Múnich, Ackermann, 1879.

HABERMAS, Jürgen, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handels*, Fráncfort, Suhrkamp, 1984.

— “Ética del discurso. Notas para un programa sobre su fundamentación”, en *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. Román COTARELO GARCÍA, Madrid, Trotta, 2008.

— *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. COTARELO GARCÍA, Ramón Madrid, Trotta, 2008.

HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln y otras, Heymann, 2002.

— “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en ÍDEM (dir.), *La teoría del bien jurídico*, trad. María MARTÍN LORENZO, Madrid y otra, Marcial Pons, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Elements of the Philosophy of Right*, texto original: *Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)*, § 41.

HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, “Vor §§ 52 ff.”, en *Münchener Kommentar-StGB (MK-StGB)*, Múnich, Beck, 2005.

— “Comentario al fallo del BGH, 2 StR 329/08, del 27/08/2008”, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, JA, Múnich, Luchterhand, 2008.

HIRSCH, Andrew von, "El concepto de bien jurídico y el 'principio de daño'", trad. Rafael ALCÁCER GIRAO, en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid y otra, Marcial Pons, 2007, pp. 37-52.

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

HÖRNLE, Tatjana, "Anschlussdelikte als abstrakte Gefährungsdelikte – Wem sind Gefahren durch verbotene Märkte zuzurechnen?", en HOYER, Andreas y otros (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg, Müller, 2006.

IRIARTE, Alejandro, "Posesión y tenencia. Capítulo 1: Disposiciones generales", en CALVO COSTA, Carlos (dir.), *Código civil y comercial de la Nación*, t. III: arts. 1815 a 2671, La Ley, 2015.

JAHN, Matthias, "§ 261 StGB Geldwäsche", en SATZGER, Helmut y otros (dirs.), *StGB Kommentar*, 2.ª ed., Köln, Carls Heymanns, 2014.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1993.

JANSON, Gerald, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückerwerbes von Diebesbeute*, Hamburg, Dr. Kovač, 1992.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Miguel OLMEDO CARDENETE, (de la 5.ª ed. en alemán), Granada, Comares.

JIMÉNEZ CABARCAS, Carlos Alberto, "La protección del medioambiente a través de los delitos acumulativos en el derecho penal colombiano", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 38, n.º 104, enero-junio de 2017, pp. 203-242.

KRÄMER, Gregor, *Die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung*, Baden-Baden, Nomos, 2008.

KUDLICH, Hans, "Neuere Probleme bei der Hehlerei (§ 259 StGB)", en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Múnich, Luchterhand, 2002.

KÜHL, Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Múnich, Vahlen, 2000.

KÜPER, Wilfried, “Die Merkmale ‘absetzt’ und ‘absetzen hilft’ in neuem Hehlereitabstand – OLG Köln, NJW 1975, 987”, en *JuS*, Múnich y otra, Beck, 1975.

LENCKNER, Theodor, “Straf- und Strafprozeßrecht”, en *Juristenzeitung (JZ)*, Tübingen, Mohr, 1973.

MAURACH, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, 8.ª ed.; Heidelberg, Müller.

MEZGER, Edmund, “Zur Entwicklung der sog. Ersatzhehlerei”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, t. 59, Berlín, Walter de Gruyter, 1940, pp. 549-573.

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

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, Tecfoto, 1996.

MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. 2: *Vermögensdelikte*, 2.ª ed., Berlín y otras, Springer, 2003.

— *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. 2: *Vermögensdelikte*, 3.ª ed., Heidelberg, Springer, 2015.

MOORE, Michael, *Placing Blame*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 18.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

NEUMANN, Christian, *Reform der Anschlußdelikte*, Münster, MV Wissenschaft, 2007.

NINO, Carlos, “Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho (Doxa)*, n.º 5, 1988, pp. 87-105.

— *Ética y derechos humanos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

NORDHAUS, William / SAMUELSON, Paul, *Economía*, trad. María Guadalupe CEBALLOS ALMADA y otros, 18.ª ed., México y otras, McGraw Hill, 2006.

OELLERS, Bernd, “Der Hehler ist schlimmer als der Stehler”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, Hamburg, Decker, 1967.

OTTO, Harro, “Mitbestrafte Nachtat, straflose Nachtat und nicht strafbares Verhalten”, en *Juristische Ausbildung (Jura)*, Berlín y otra, De Gruyter, 1994.

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

— *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschützes*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970.

PACHECO, Joaquín F., *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1948.

PALMA HERRERA, José Manuel, “Artículo 298”, en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios al Código penal*, t. IX: *Delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico*, Madrid, EDERSA, 1999.

— *Los actos copenados*, Madrid, Dykinson, 2004.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La prohibición de conductas dañosas para bienes jurídicos y los principios de justicia”, en *Dogmática del Derecho penal*, t. I, Homenaje a Bernd Schünemann, Lima, Gaceta, 2014.

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

PERALTA, José Milton, “La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud”, en *Dogmática del Derecho penal*, t. II, Homenaje a Bernd Schünemann, Lima, Gaceta, 2014.

— “El ilícito material del delito tributario”, en ROBIGLIO, Carolina (dir.), *Institutos de Derecho penal tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción”, en *Cuadernos de derecho judicial (CDJ)*, Madrid, Consejo general del poder judicial, 1994.

PLÜMER, Ulrich, *Das Verhältnis zwischen Strafvereitelung und Beihilfe zur Vortat*, Bonn, 1979.

POPPE, Andreas, *Die Akzessorietät der Teilnahme. Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen*, Fráncfort y otras, Peter Lang, 2011.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Capítulo XIV: De la receptación y otras conductas afines”, en ÍDEM (dir.), *Comentario a la parte especial del derecho penal*, 8.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2009.

RAMÍREZ BUSTOS, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1991.

RASCHKE, Andreas, *Geldwäsche und rechtswidrige Vortat*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 2.ª ed., trad. María Dolores GONZÁLEZ, Distrito Federal (México), Fondo de Cultura Económica, 2012.

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

— *Strafrecht. Besonderer Teil Teil I: Vermögensdelikte*, 17.ª ed., Múnich, Beck, 2015.

RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

RISSING-VAN SAAN, Ruth, “Vor § 52”, en *StGB-Leipziger Kommentar (LK-StGB)*, 12.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2006.

ROTH, Gerald, *Eigentumsschutz nach der Realisierung von Zueignungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1986.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y otro, Madrid, Marcial Pons, 1998.

— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, Beck, 2003.

RUDOLPHI, Jans-Joachim, “Grundprobleme der Hehlerei”, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Bielefeld, Giesecking, 1981.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

SCHNEIDER, Hartmut, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips*, Berlín, Dunkler & Humblot, 1991.

SCHRÖDER, Horst, “Begünstigung und Hehlerei”, en *Festschrift für Rosenfeld*, Berlín, Gruyter & Co., 1949.

- SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlín y otra, De Gruyter, 1985.
- SEARLE, John, *Actos de habla*, trad. Luis M. VALDÉS VILLANUEVA, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.
- SEEL, Stefan, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer*, Berlín, Duncker & Humblot, 1999.
- SEELMANN, Kurt, “Grundfälle zur Hehlerei (§ 259 StGB)”, en *Juristische Schulung (JuS)*, Múnich y otra, Beck, 1988.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed., Montevideo y otra, BdF, 2006.
- SIMESTER, A.P. / HIRSCH, Andreas von, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford y otras, 2011.
- STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil*, 2.ª ed., Bern, Stämpfli & Cie, AG, 1973.
- STREE, Walter, “Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem”, en *Juristische Schulung (JuS)*, Múnich y otra, Beck, 1961.
- “Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei. Betrachtungen zu der Neuregelung”, en *Juristische Schulung (JuS)*, Múnich y otra, Beck, 1976.
- STREE, Walter / HECKER, Bernd, “§ 259”, en *Schönke/Schröder-StGB (S/S-StGB)*, 29.ª ed., Múnich, Beck, 2014.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis, “El derecho de propiedad en John Locke”, en *Revista Pensamiento Constitucional*, año V, n.º 5, 1997, pp. 287-302.
- TRUCCONE BORGOGNO, Santiago, “Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo”, en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, año II, n.º 2, noviembre de 2013, pp. 59-98. el día 13 de agosto de 2020].
- VERDE, Alejandra, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, en *En Letra Derecho Penal*, n.º 2, Buenos Aires, 2016, pp. 55-85.

— “El delito previo en las conductas posdelictuales. Precisiones sobre el lavado de activos, el encubrimiento y la receptación”, en *Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, 2019-II, Buenos Aires.

— *La receptación como delito contra el mercado formal*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2019.

— “Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación”, en *InDret*, (1), 2020, pp. 254-299.

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

VIVES ANTÓN, Tomás, “Capítulo XXVII: Delitos contra la propiedad. Cuestiones generales. Robo y hurto. Problemas comunes”, en ORTS BERENGUER, Enrique (dir), *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

VIVES ANTÓN, Tomás, / GONZÁLEZ CUSSAC, José, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general”, en *Derecho penal. Parte especial*, AAVV, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

VOGEL, Joachim, “Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, (109-2), 1997, pp. 335-356.

WALTER, Tonio, “§ 257 y ss.”, en *StGB-Leipziger Kommentar (StGB-LK)*, 12.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2010.

— “§ 259 StGB”, en *StGB-Leipziger Kommentar (StGB-LK)*, 12.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 2010.

WEISERT, Daniel, *Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1999.

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

WESSELS, Johannes / HILLENKAMP, Thomas, *Strafrecht. Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, 33.ª ed., Heidelberg y otras, Müller, 2010.

WILBERT, Frank, *Begünstigung und Hehlerei. Die Zwecke der Strafdrohungen und ihr Einfluss auf die Auslegung ausgewählter Tatbestandsmerkmale*, Hamburg, Dr. Kovač, 2007.

WOLFF, Britta, *Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei. Geschichtliche Entwicklung und Abgrenzung zur Beihilfe*, Fráncfort, Peter Lang, 2002.

ZÖLLER, Mark / FROHN, Karl-Heinz, "Zehn Grundprobleme des Hehlereitbestandes (§ 259 StGB)", en *Juristische Ausbildung (Jura)*, Berlín y otra, De Gruyter, 1999.

## SISTEMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA Y CONCEPTO DE AUTOR:

### APUNTES SOBRE UNA DISCUSIÓN APARENTEMENTE SUPERADA DESDE LA DOCTRINA ALEMANA

Ítalo REYES ROMERO\*

---

Fecha de recepción: 10 de febrero de 2020

Fecha de aceptación: 27 de mayo de 2020

#### Resumen

El artículo pretende analizar dos problemas de la teoría de la intervención delictiva que usualmente se dan por presupuestos en la discusión moderna. Primero, si el sistema reconoce la diferenciación conceptual entre autoría y participación, lo cual enfrenta un sistema unitario con uno diferenciado, y, segundo, qué significa autoría, lo cual contrapone un concepto extensivo o restrictivo de la autoría. De tal forma, se explican las razones que llevan a rechazar un sistema unitario de autor y asumir un concepto restrictivo de autoría.

*Palabras clave: intervención delictiva – sistema unitario – autoría – participación – concepto extensivo – concepto restrictivo*

**Title:** Participation System and the Concept of Perpetrator: Notes on an Apparently Outdated German Discussion

#### Abstract

The paper aims to analyze two problems of the participation theory —that is, when more than one person intervenes in a crime— which in the modern discussion usually are taken for granted. First, the question is if the system acknowledges a conceptual differentiation between perpetration and

---

\* Abogado de la Universidad de Chile y Magister en Derecho de la Universidad de Bonn (Alemania). Actualmente, estudiante de doctorado en la Universidad de Bonn y becario DAAD. Esta investigación toma como base un capítulo de mi tesis de máster “Täterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten”, defendida en 2018 y dirigida por el profesor Urs Kindhäuser. Contacto: italoreyesromero@gmail.com.

complicity, which faces a unitary with a differentiated system, and, second, what perpetration means, which faces an extensive with a restrictive concept of perpetration. Therefore, the paper explains the reasons that justify the rejection of a unitary system and the decision in favor of a restrictive concept of perpetration.

*Keywords: participation – perpetration – complicity – unitary system – extensive concept – restrictive concept*

**Sumario: I. Introducción; II. Sistema unitario de autor versus sistema diferenciado de intervención; 1. Principios de un sistema unitario de autor; 2. Formas de aparición del sistema unitario de autor; 3. Casos de sistemas unitarios de autor; 4. Objeciones en contra de un sistema unitario de autor; III. Concepto extensivo versus concepto restrictivo de autor; 1. Contra un concepto extensivo de autor; 2. ¿Y un concepto restrictivo de autor?; IV. Conclusión; V. Bibliografía.**

## **I. Introducción**

La intervención delictiva sigue siendo uno de los temas más discutidos dentro del derecho penal: cómo —o sea, a título de qué— debe responder un individuo por un delito es una pregunta difícil y a la que se ofrecen muchas respuestas. Tal discusión se da actualmente en determinados términos y condiciones que presuponen la superación de disputas pretéritas que ya no son tomadas en cuenta. Sin embargo, la asunción de tales presupuestos va de la mano con un egocentrismo teórico, es decir, centrar todo el desarrollo teórico en lo que a nosotros —a nuestros ordenamientos jurídicos y otros similares— nos parece posible y, de paso, descartar otras alternativas, que efectivamente tienen aplicación en otros ámbitos. El problema no está en la corrección de tales presupuestos, pues es posible que estén completamente justificados, sino en el desinterés por entender sus razones y fundamentos. Este breve artículo se refiere al análisis de dos de esos presupuestos: primero, a la manera en que se conforma el sistema de intervención delictiva, en lo cual tiene influencia decisiva el legislador, y, segundo, al alcance del concepto de autor dentro de la teoría. Ambos tópicos están relacionados, pero deben ser diferenciados.

La bipartición tradicional entre autoría y participación —y, dentro de esta, entre inducción y complicidad— que, en menor o mayor medida, alcanza reconocimiento legal en los ordenamientos jurídicos de la tradición europea-continental y latinoamericana, presupone la asunción de un sistema de intervención diferenciada, es decir, en el reconocimiento de que esa bipartición es conceptualmente posible dentro del sistema. Ello implica, por consiguiente, el rechazo implícito a

un sistema opuesto, a saber, un sistema unitario de autor, el cual se caracteriza por la exclusión del concepto de participación. Se hace necesario, por tanto, entender qué significa un sistema unitario de autor, cuáles son sus principios y por qué nuestros ordenamientos jurídicos deciden rechazarlo. Ese es el objeto del primer capítulo de este trabajo.

El segundo capítulo se enfoca, por su parte, en una pregunta diferente: ¿Qué comprende el concepto de autor? O más precisamente, ¿hasta dónde llega? Como se puede observar, este problema está ligado con el anterior porque un sistema que rechaza el concepto de participación se ve forzado a extender el de autor para evitar resultados indeseables. Aquí la doctrina dominante se inclina hacia una limitación de la autoría, pero existen ciertos ámbitos específicos en los que esa decisión se invierte. Es necesario entender, por tanto, ambos conceptos y la decisión a favor de un concepto restrictivo para valorar la asunción contraria en casos específicos.

Antes de empezar, tres prevenciones. En primer lugar, debido a la trascendencia del desarrollo teórico alemán para la formación y análisis de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, me enfocaré especialmente en la discusión alemana, la cual es trasladable sin demasiadas dificultades al debate local. En segundo lugar, este artículo no se refiere a los criterios para diferenciar entre autoría y participación, sino a si esa diferenciación tiene que ser (o no) posible dentro del sistema. De tal manera, los difíciles problemas del fundamento del injusto del partícipe y el nivel de accesoriedad requerido no son objeto de análisis detallado, pues su revisión escapa a los límites de un artículo con extensión limitada. Y, en tercer lugar, los términos 'intervención' y 'participación' se utilizarán en sentido estricto. Así, mientras 'intervención' hace referencia a cualquier forma en que una persona interviene —valga la redundancia— en un delito, 'participación' se opone necesariamente a 'autoría', es decir, en el contexto correspondiente, es partícipe, todo aquel interviniente que no sea autor, *v. gr.* inductores y cómplices.

## **II. Sistema unitario de autor versus sistema diferenciado de intervención**

La disputa entre un sistema unitario de autor y un sistema diferenciado de intervención alude a la pregunta sobre si es posible distinguir entre autoría y participación; o sea, qué resulta preferible para la configuración de un sistema jurídico-penal. Un sistema unitario de autor no solo se caracteriza por la renuncia a cualquier diferenciación legal entre ambas categorías, sino también por

la imposición del mismo marco penal a cada interviniente.<sup>1</sup> Por lo tanto, cada sujeto que ha proveído un aporte causal al resultado —independiente del “peso” de su aporte— debe ser considerado autor.<sup>2</sup> Una diferenciación entre autoría, inducción y complicidad es entonces superflua, pues se debe valorar la causación antijurídica y culpable de cada persona. De ahí que el principio de accesoriadad no exista en un sistema unitario de autor.<sup>3</sup>

En el fondo, la finalidad de un sistema unitario es la simplificación de la aplicación del derecho: la diferenciación entre los intervinientes no debiese ser material o conceptual, sino que solo debiese expresarse al momento de determinar la pena. Así se pretende impedir vacíos de punibilidad y entregarle mayor espacio al juez para imponer una pena conforme a la culpabilidad del agente.<sup>4</sup>

Por supuesto un sistema diferenciado de intervención sostiene exactamente lo opuesto: la diferenciación entre autoría y participación es conceptualmente posible y necesaria. Explícitamente en Alemania —y en la mayoría de otros ordenamientos— la doctrina mayoritaria ha rechazado un sistema unitario de autor. Con el fin de entender los objetivos del sistema y explicar las razones de su rechazo, este capítulo se concentrará en el sistema unitario de autor.

## 1. Principios de un sistema unitario de autor

a. En primer lugar, un sistema unitario de autor se basa en la equivalencia de todos los aportes causales.<sup>5</sup> De ahí que se plantee que si un interviniente ha co-causado el resultado típico, y al no poder diferenciar entre esos aportes, entonces cada interviniente debe ser tratado como autor.<sup>6</sup> El elemento central de este sistema se encuentra entonces en el *igual tratamiento de todos los intervinientes*: respecto de todos ellos se aplican las mismas reglas.<sup>7</sup> Por lo tanto, desde esta

---

<sup>1</sup> RENZIKOWSKI en MAURACH, GÖSSEL Y ZIPF (coord.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Heidelberg, CF Müller, 2014, p. 10; OTTO, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, en *Jura* 1987, p. 246.

<sup>2</sup> SEIER, “Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”, en *JA* 1990, p. 342; BOCK, “Beteiligungssystem und Einheitstätersystem”, en *Jura* 2005, p. 674.

<sup>3</sup> JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1991, p. 594; KIENAPFEL, “Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft”, en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1971, p. 24.

<sup>4</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 645; TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, allgemeiner Teil*, Viena, Springer, 1985, p. 387; BOCK, *supra* nota 2, p. 679.

<sup>5</sup> Esto es, en un concepto extensivo de autor. Véase capítulo III.

<sup>6</sup> TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 387; KIENAPFEL, “Das Prinzip der Einheitstäterschaft”, en *JS* 1974, p. 2; VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, p. 115. Al respecto también JAKOBS, *Teoría de la intervención*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 30.

<sup>7</sup> HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, Freiburg, Iuscrim, 2002, p. 58.

perspectiva, no es posible diferenciar entre la persona que ha disparado a otra y la persona que únicamente ha entregado un arma a otra para que esta la use: ambos son autores y a ambos deben serle aplicadas las mismas reglas.

Eso significa naturalmente que la participación, a diferencia de su posición en un sistema diferenciado, no opera como una categoría subordinada a la autoría. El inductor y el cómplice no pueden ser entendidos como formas de intervención dependientes de un hecho principal, porque tal idea supondría una diferenciación entre aportes equivalentes, la cual dentro de un sistema unitario es imposible de realizar. El reconocimiento específico de formas de autoría que no realizan por sí mismo el tipo dependerá de si nos referimos a un sistema unitario formal o funcional (véase *infra* punto 2), pero es indudable que el único concepto disponible para la causación del resultado es el de autoría.

No solo las formas de participación, sino también las formas tradicionales de autoría son rechazadas dentro de un sistema unitario de autor. La autoría mediata y la coautoría son superfluas, porque todos deben ser considerados como autores en sentido amplio. Esta es la principal ventaja de un concepto unitario de autor, pues las muy discutidas dificultades de demarcación entre las categorías no existen.<sup>8</sup> Cada autor responde por su propio injusto, por lo cual no es necesario recurrir a la imputación de la conducta a otros intervinientes para fundamentar su responsabilidad.

**b.** De la imposibilidad de diferenciar entre las categorías de autoría y participación se sigue un *único marco penal* para todo interviniente: tanto para el autor que se encuentra en el centro del hecho, como para el autor que simplemente determina a otro o aporta a su ejecución vale el mismo marco penal.<sup>9</sup> En el ámbito de la comprobación del delito no es posible diferenciar y, por tanto, todos merecen la misma pena. Una norma que exija una disminución de la pena para los casos de complicidad —p. ej., el § 27, StGB (Código Penal alemán)— es inimaginable por un sistema unitario, porque tal regla implicaría una diferenciación entre formas de causación del resultado que se expresaría en la intensidad de la pena impuesta.

---

<sup>8</sup> BOCK, *supra* nota 2, p. 675. Según KIENAPFEL la autoría mediata (en sentido amplio) se relaciona, dentro de un sistema unitario de autor, con cualquier causación del resultado que no es directa. Por lo tanto, el concepto de autor mediato (en sentido amplio) en el sentido del sistema unitario abarca también la inducción y la complicidad, *supra* nota 6, p. 2.

<sup>9</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 25; KIENAPFEL, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt/Main, Klostermann, 1971, p. 55; RENZIOWSKI, *supra* nota 1, p. 377.

Sin embargo, “un único marco penal no significa una pena única”.<sup>10</sup> Pues en la etapa de determinación de la pena, esta se concreta mediante circunstancias atenuantes y agravantes específicas.<sup>11</sup> Esta es la principal ventaja de un sistema unitario de autor, porque la pena se corresponde específicamente con el injusto de la acción.<sup>12</sup> En cierto sentido, en un sistema como el unitario de autor, el comportamiento del agente no se tiene que adecuar a las categorías fijas del sistema penal, sino que el sistema tiene que adecuarse a la conducta específica.

Por el contrario, un sistema diferenciado primeramente tiene que determinar las categorías de la intervención, lo cual puede implicar grandes dificultades de delimitación, y solamente después viene en consideración la determinación específica de la pena. Así, primero hay que determinar si el sujeto, p. ej., responderá como coautor o cómplice, lo cual tiene gran relevancia a efectos de la pena posible a imponer. De tal forma, la decisión relevante ya se toma en el ámbito de la comprobación del delito.

Una muestra paradigmática de la divergencia entre ambos sistemas se puede observar en el famoso caso de la bañera.<sup>13</sup> Aquí el Tribunal Supremo alemán condenó, por un lado, como autora de infanticidio a una mujer que simplemente solicitó la muerte de su hijo a otra debido a su especial interés en el delito y, por otro, como cómplice de homicidio a quien de propia mano causó la muerte del niño siguiendo la petición de la madre, porque carecía de interés en el hecho y el tribunal pretendía impedir la imposición de la pena de muerte. Dentro de un sistema diferenciado de participación —según una teoría objetiva o al menos subjetiva-limitada de participación— una decisión tal es contradictoria: independiente del injusto del comportamiento, una persona que comete por sí misma un delito debe ser considerada como autora. En cambio, para un sistema unitario de autor, el problema no aparece: cada interviniente es autor y, por tanto, debe imponérsele en principio la misma pena. Solo en el ámbito de determinación se valora el injusto y culpabilidad específico y se determina la pena en atención a las circunstancias atenuantes y agravantes. De ahí que las dificultades de delimitación de una teoría de intervención son simplificadas considerablemente en un sistema unitario.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 31.

<sup>11</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 9, p. 31 s.; KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 28.

<sup>12</sup> BOCK, *supra* nota 2, p. 679.

<sup>13</sup> Tribunal Supremo del Reich, “Caso de la Bañera”, 19/02/1940, disponible en <https://openjur.de/u/59846.html> [enlace verificado el día 31 de mayo de 2020].

<sup>14</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 9, p. 36.

c. El principio de accesoriedad muestra la dependencia conceptual de las acciones de participación respecto de la acción principal: no se puede entender la participación correctamente sin considerar la acción del autor. Este principio es la base de un sistema diferenciado de participación. Obviamente, respecto de la accesoriedad, aún existe una gran diferencia de opiniones en la doctrina sobre su alcance y calidad. Actualmente la doctrina dominante sostiene una accesoriedad cualitativamente restringida<sup>15</sup> y cuantitativamente principiante en el estadio de la tentativa.<sup>16</sup>

Sin embargo, el principio de accesoriedad es obviamente rechazado por un sistema unitario de autor. Si todo aporte causal al resultado fundamenta autoría, entonces no es necesario considerar la conducta de otros agentes, ya que no existen categorías de intervención de mayor o menor relevancia.<sup>17</sup> Todas se corresponden sin diferenciación con la misma categoría de la autoría.

El fundamento de este rechazo yace en que *cada interviniente responde exclusivamente por injusto propio y por culpabilidad propia*.<sup>18</sup> El sistema unitario de autor se independiza del tipo como criterio básico de valoración del comportamiento.

Por ende, las particularidades específicas de la acción principal no vienen en consideración para concebir las conductas de apoyo o determinación. Si algún otro interviniente actuó dolosa, imprudente, antijurídicamente o con culpabilidad es completamente irrelevante.<sup>19</sup> Mientras para un sistema diferenciado la punibilidad del partícipe depende necesariamente de la conducta del autor, un sistema unitario no le concede importancia alguna a que otro haya o no actuado.<sup>20</sup> Las tradicionales discusiones sobre el grado de la accesoriedad y el comienzo de la punibilidad del partícipe aquí simplemente no se presentan.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> Véase SCHÜNEMMANN, "Vor § 26", en *LK-StGB*, 12.<sup>a</sup> ed., t. 1, Berlín, Walter de Gruyter, 2007, n.º m. 18 ss. A favor de un principio de accesoriedad estricta, JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 42 ss.

<sup>16</sup> Véase SCHÜNEMMANN, "§ 30" en *LK-StGB*, n.º m. 1 ss.

<sup>17</sup> TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 387; KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 6.

<sup>18</sup> BOCK, *supra* nota 2, p. 6; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 377; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, p. 160.

<sup>19</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 6 s.

<sup>20</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 53.

<sup>21</sup> Al respecto véase, KÜHL, *Strafrecht – AT*, 8.<sup>a</sup> ed., Múnich, Franz Vahlen, 2017, pp. 824 ss.

Naturalmente la máxima de “injusto propio y culpabilidad propia” lleva a una clara simplificación de la aplicación del derecho, pues el juez solo debe concentrarse en un único hecho para fundar la punibilidad del agente.<sup>22</sup> La realización de todos los elementos típicos, la atribución mediante dolo o imprudencia y el inicio de la tentativa<sup>23</sup> son problemas que deben ser resueltos sin recurrir a la conducta de otros.

Por el otro lado, esta máxima constituye al mismo tiempo un impedimento, porque una consideración global del transcurso de los hechos está bloqueada desde el principio. Si una persona actúa juntamente con otra, la valoración de solo uno de los comportamientos no mostrará adecuadamente cómo se ha realizado el tipo correspondiente.<sup>24</sup> P. ej., la coautoría se basa en la conformación de una colectividad por el aporte de todos los involucrados, lo cual permite una imputación recíproca de las acciones de cada uno a todos los coautores. Esta particularidad es pasada por alto en un sistema unitario, lo cual impide reconocer sutilezas conceptuales relevantes de tomar en consideración.

## 2. Formas de aparición del sistema unitario de autor

A pesar de todo, no existe una única forma de entender un sistema unitario de autor. Bajo el seguimiento de los principios mencionados es posible encontrar diversas manifestaciones de un concepto unitario de autor, las cuales han alcanzado reconocimiento legal en algunos ordenamientos jurídicos. Tradicionalmente se diferencia entre un sistema unitario formal y uno funcional.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Al respecto, BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, CF Müller, 1992, p. 19, quien también alude a las dificultades de demarcación entre las categorías de intervención.

<sup>23</sup> En lo sucesivo, tomando como base la definición que hace el § 22, StGB, se entenderá por tentativa disponerse inmediatamente a la realización de un hecho determinado. Esta definición, por un lado, no depende del sistema de intervención elegido y, por otro, no prejuzga sobre si ese hecho es ya típico.

<sup>24</sup> Al respecto, VAN WEEZEL, *supra* nota 6, p. 120 s.

<sup>25</sup> Igualmente existe una propuesta moderna de sistema unitario. Véase, en detalle, HAMDORF, *supra* nota 7, pp. 25 ss. Según esta propuesta, que el agente haya proveído un aporte causal no puede explicar correctamente su responsabilidad penal, porque es necesario recurrir a ámbitos de responsabilidad, roles y deberes especiales. La teoría de la imputación objetiva es entonces un presupuesto necesario de fundamentación de la responsabilidad en cualquier sistema (pp. 403 ss.). Asimismo, HAMDORF diferencia entre tres modelos o niveles: el modelo de la ley se orienta a los presupuestos típicos de la ley y a las consecuencias jurídicas de las formas de intervención; el modelo de la responsabilidad diferencia los conceptos de intervención independientemente de la regulación legal; y el modelo del injusto alude a la diferenciación de injustos entre diferentes aportes (pp. 25 ss.). Sin embargo, esta propuesta no se ha visto reflejada en la discusión tradicional y, por tanto,

a. Un *sistema unitario formal* se caracteriza por la renuncia a cualquier diferenciación conceptual, de valoración o de responsabilidad entre diversas formas de comisión de un delito. En otras palabras, es un “sistema de un único autor”.<sup>26</sup> Toda persona que pone una condición para el resultado típico es —sin diferencia conceptual o clasificatoria— autor en sentido amplio, por lo cual este sistema uniforme de manera absoluta todas las formas de intervención.<sup>27</sup>

Un efecto importantísimo de este sistema es, por un lado, el cierre de cualquier laguna de punibilidad que se pudiera derivar de la regulación legal de la intervención. A modo de ejemplo, la participación imprudente en delito doloso o la participación dolosa en delito imprudente (exceptuando los casos de autoría mediata) quedan sin sanción de acuerdo con el Código Penal alemán (§§ 26-27, StGB), pues o bien no hay partícipe doloso o bien no hay acción principal dolosa, los cuales son requisitos de la participación. Ya que cualquier forma de intervención debe ser entendida como autoría, una participación en otra acción no puede ser concebida en un sistema unitario: se debe considerar al hecho con completa independencia.

Por otro lado, un sistema unitario formal va de la mano con una significativa extensión de la noción de tentativa, pues *a priori* cada tentativa de una acción de apoyo o determinación debe ser sancionada. Por esta razón, quien entrega un arma a otro para que cometa de propia mano un delito no solo responde —como autor— por tal entrega, sino también por la tentativa de esa entrega.<sup>28</sup>

Para ponderar las particularidades de las diversas formas de autoría en la determinación de la pena, el marco penal debe alcanzar una extensión considerable porque la misma pena, en principio, debe imponerse tanto al injusto de una mera acción de apoyo como al injusto de la acción que por sí misma realiza el tipo. Por lo tanto, el juez debe contar con un margen de maniobra gigantesco para definir una pena que se corresponda adecuadamente al injusto realizado. Por supuesto, esta apertura extrema del marco penal conlleva un conflicto con el mandato de determinación judicial, pues no es posible prever razonablemente la pena que tendrá un determinado comportamiento.

---

la clasificación entre sistema unitario formal y funcional sigue siendo preponderante. Véase, también al respecto, ROTSCH, *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 145 ss.

<sup>26</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 5; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 377; BLOY, *supra* nota 18, p. 150.

<sup>27</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 26; ROTSCH, *supra* nota 25, p. 133 s.

<sup>28</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 27.

Un sistema unitario formal subyace a la Ley alemana de Sanciones Administrativas de 1968 (en adelante, OWiG) y al Código Penal italiano de 1938.<sup>29</sup>

**b.** Por otro lado, un *sistema unitario funcional* plantea una clasificación entre diversas formas de comisión de un hecho como tipos de autoría, aunque estas se mantienen equivalentes valorativa y punitivamente y sujetas al mismo marco penal.<sup>30</sup> De ahí que los intervinientes no sean sin más autores, sino que se pueden observar tipos de autores con el objetivo de particularizar de mejor forma su comportamiento y, por lo tanto, aminorar algunos de los problemas de un sistema unitario formal, p. ej. la extrema apertura del marco penal.

En general, estos tipos de autores se relacionan con las figuras tradicionales de un sistema diferenciado de intervención: quien realiza el tipo por sí mismo es autor directo; quien participa en la realización típica de otra forma es autor mediato (en sentido amplio), lo cual abarcaría las figuras tradicionales de autoría mediata (en sentido estricto) y de participación. Según la forma de su aporte al hecho, el autor mediato (en sentido amplio) puede ser autor motivante o autor ayudante.<sup>31</sup> Por esta razón, y en oposición a un sistema unitario formal, un sistema unitario funcional configura un “sistema de varios autores”. Ya en el ámbito de la revisión del delito existe una posible clasificación entre autores, la cual no obstante carece de relevancia respecto del marco penal.

En comparación con un sistema formal, uno funcional ostenta importantes ventajas. En primer lugar, la tripartición de la autoría se corresponde con la tripartición tradicional de un sistema diferenciado (autor-inductor-cómplice), pues el punto de partida está en la figura del autor directo, esto es, en la comisión de propia mano del delito. Esto permite una mejor comunicación con ordenamientos jurídicos que no comparten el sistema unitario. Asimismo, la interpretación de los tipos se hace más sencilla, ya que normalmente los tipos se orientan a una comisión de propia mano,

---

<sup>29</sup> Art. 110, Código Penal italiano: “Si varias personas toman parte en la misma acción delictiva, entonces cada uno de ellos se ve sometido a la pena señalada, sin perjuicio de las determinaciones del siguiente artículo”.

<sup>30</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 5; ROXIN, “§25”, en *LK-StGB*, 11.ª ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2005, p. 5; ROTSCHE, *supra* nota 25, p. 138.

<sup>31</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 35; TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 388; ROTSCHE, *supra* nota 25, p. 138.

lo que evita dificultades en la aplicación de la ley que usualmente un concepto demasiado amplio de autor lleva consigo.<sup>32</sup>

En segundo lugar, la clasificación entre diversas formas de autoría permite adaptar la regulación específica a solo algunas figuras para evitar problemas de punibilidad. P. ej., en el derecho penal austríaco, la tentativa de complicidad,<sup>33</sup> que según un sistema formal es sancionable, no es castigable debido a su reducido injusto de acción y a la excesiva anticipación del principio de ejecución.

Y, en tercer lugar, la crítica de falta de determinación de la pena en un sistema formal se ve resuelto o, al menos, atenuado. La tripartición de la autoría entrega un apoyo legal para interpretar el marco penal,<sup>34</sup> lo cual restringe el margen de maniobra del juez al introducir criterios objetivos de determinación.

Según la doctrina dominante, los códigos penales de Noruega, Dinamarca y Austria asumen un sistema unitario funcional.<sup>35</sup> P. ej., en Austria, el § 12 del Código Penal (StGB-Aus, en adelante) diferencia entre autor directo, autor determinador y autor aportante.

### 3. Casos de sistemas unitarios de autor

La consagración legal de un sistema unitario de autor supone difíciles desafíos de demarcación, en especial respecto de la punibilidad de la tentativa y el tratamiento de circunstancias

---

<sup>32</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 5 explica que el concepto de “sustracción” de la descripción del delito de hurto supone la comisión inmediata, o sea, la autoría directa.

<sup>33</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 6.

<sup>34</sup> ROTSCHE, *supra* nota 25, p. 138; KIENAPFEL, *supra* nota 3, p. 35.

<sup>35</sup> TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 388; KIENAPFEL, *supra* nota 3, 1971, pp. 36 ss.

personalísimas exigidas por la ley, usualmente relativas a delitos especiales<sup>36</sup> o de propia mano.<sup>37</sup> Las críticas contra el sistema que se derivan de estos problemas serán revisadas en el siguiente apartado; aquí se mostrará la base legal de la discusión.

a. *Derecho administrativo sancionador alemán*

§ 14 I, OWiG. “Si intervienen varios en una falta administrativa, entonces cada uno de ellos actúa en infracción. Esto también vale si una circunstancia personalísima que fundamenta el castigo solo existe respecto de uno de los intervinientes”.

Según la doctrina dominante, el §14, OWiG consagra un sistema unitario formal de autor, porque la norma no establece diferenciación alguna entre los intervinientes.<sup>38</sup> Independientemente del peso de su aporte, es autor todo aquel que provea un aporte causal al resultado.

La pregunta es por qué el legislador alemán decide apartarse de la regulación del Código Penal, en donde sin lugar a dudas se adopta un sistema diferenciado de intervención (§§ 25-27, StGB). Y

---

<sup>36</sup> Una opinión minoritaria, pero dogmáticamente importante ya que se origina en la actualmente dominante teoría del dominio del hecho, considera que los delitos especiales deben ser entendidos como “delitos de infracción de deber”. Así, en este tipo de delitos, la autoría de un sujeto obligado por un determinado deber extra-penal (p. ej., un funcionario público) dependería exclusivamente de la infracción de tal deber, la cual también se produciría respecto de los tradicionales comportamientos de participación. Cfr. ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, t. II, Navarra, Thomson Reuters, 2014, pp. 179 ss.; de un modo más radical, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 791 ss; JAKOBS, *supra* nota 15, pp. 16 ss. y 63 ss. Sin embargo, la categoría de delitos de infracción de deber no ha tenido recepción ni en la ley ni en la jurisprudencia, ya que su fundamento es sumamente controvertido: no son las instituciones ni los roles sociales los que determinan los deberes jurídico-penales, sino solamente las normas jurídico-penales públicamente vinculantes. Por tanto, la infracción de un deber extra-penal no puede justificar, por sí misma, el injusto de un delito a título de autoría. Véase al respecto MAÑALICH, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, vol. 7, n.º 14, pp. 357-377, pp. 359 ss.; KINDHÄUSER, “Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, en *REJ* n.º 14, pp. 41-52, pp. 43 ss, disponible en <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28552/30309> (enlace verificado el día 31 de mayo de 2020). De tal forma, en lo que sigue, se prescindirá de la categoría de “delito de infracción de deber” y se centrará la discusión en los delitos especiales, tal y como están reconocidos en los ordenamientos jurídicos bajo estudio.

<sup>37</sup> En la doctrina contemporánea, la categoría de los delitos de propia mano ha sufrido una crítica importante; véase p. ej. WALTER, “Vor § 13 ff.”, en *LK-StGB*, 12.ª ed., t. I, Berlin, Walter de Gruyter, 2007, n.º m. 61 con ulteriores referencias. Sin embargo, los delitos de propia mano aún forman parte de la opinión dominante (cfr. JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 266; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 77), así que serán revisados en lo sucesivo.

<sup>38</sup> BLOY, “Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich”, en *FS-Schmitt*, Tübingen, Mohr, 1992, p. 35; SEIER, *supra* nota 2, p. 342; HEINE, “Vor § 25”, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, CH Beck, 2010, n.º m. 11.

la respuesta parece encontrarse en la simplificación de la aplicación judicial mediante la evitación de difíciles y dispendiosos ejercicios de demarcación conceptual que exige la bipartición entre autoría y participación.<sup>39</sup> Ahora bien, pese a que el objeto del derecho penal y del derecho administrativo sancionador es claramente diferente, existe una conexión estrecha entre ambos, por lo cual recurrir a sistemas diversos de intervención lleva a ciertas contradicciones de valoración.

A modo de ejemplo: respecto del delito de conducción en estado de ebriedad (§ 316, StGB), si alguien determina a otro a la comisión de este delito, entonces es responsable como inductor. Sin embargo, si alguien determina a otro a cometer la infracción administrativa análoga a la conducción en estado de ebriedad (§ 24a II, Ley de Tráfico Vehicular), entonces debe ser entendido como autor, porque aquí entra en juego un sistema unitario de autor. La categorización conceptual diversa de la misma conducta como autoría o inducción depende solamente de la concentración de alcohol en la sangre: 1,4% significa delito, pero 0,8% significa falta administrativa.<sup>40</sup>

Para evitar la contradicción, muchos autores exigen en el sistema administrativo sancionador un doble dolo para la intervención de alguien que, en el sistema diferenciado de intervención, no se entendería como autor. Así, tanto el interviniente que determina o apoya a otro, como el interviniente que es determinado o apoyado y realiza el hecho por sí mismo, deben actuar dolosamente.<sup>41</sup> Esta exigencia es, por cierto, análoga a un principio de accesoriedad que se defiende en el sistema diferenciado. Sin embargo, esta concesión a un sistema diferenciado con la finalidad de compatibilizar ambos sistemas pone necesariamente en duda el sistema unitario de autor, lo cual puede llevar a una renuncia en la práctica de la autoría unitaria.<sup>42</sup>

Y esta tensión interna a la idea de autoría unitaria se intensifica al considerar específicamente las normas en juego.

§14 II, OWiG. “La intervención solo puede ser sancionada si el tipo de una ley que permite una sanción de multa ha sido realizado antijurídicamente, o si al menos esto se ha intentado en casos en que también la tentativa es sancionable”.

---

<sup>39</sup> SEIER, *supra* nota 2, p. 343.

<sup>40</sup> SEIER, *supra* nota 2, p. 342.

<sup>41</sup> BLOY, *supra* nota 38, p. 36; BLOY, *supra* nota 18, p. 151.

<sup>42</sup> BLOY, *supra* nota 38, p. 36.

Por una parte, el §14 II, OWiG pretende limitar la punibilidad de la tentativa, de modo que solo la participación en una tentativa (y no la tentativa de participación) sea sancionada.<sup>43</sup> La sanción de la tentativa de participación lleva a una expansión inaceptable de la punibilidad, pues solo involucraría un desvalor de acción reducido y, por tanto, el marco penal de la autoría resultaría excesivo.

El problema es que, dentro de un sistema unitario de autor, no es posible diferenciar lógicamente entre la tentativa de participación y la participación en una tentativa, ya que toda intervención fundamenta autoría, de modo que una tentativa de participación es necesariamente una tentativa de autoría, al igual que la participación en una tentativa. Por lo tanto, para alcanzar el objetivo del § 14 II, OWiG, esta norma tiene que ser interpretada con ayuda de la accesoriedad, o sea, teniendo en mente la bipartición entre autoría y participación. De esta forma, la participación no exitosa puede eximirse de sanción, pero ello implica a todas luces recurrir a los principios de un sistema diferenciado de intervención,<sup>44</sup> lo cual quiebra el sistema unitario de autor.

Por otra parte, el §14 I 2.<sup>a</sup> oración, OWiG configura una extensión de la responsabilidad en atención a las circunstancias personalísimas del agente, pues en casos con múltiples intervinientes basta que esta característica solo exista en uno de ellos.

Para mantener un concepto unitario de autor dentro de los delitos especiales, la relación entre *intraneus* y *extraneus* debe ser entendida fácticamente, o sea, desde el punto de vista del resultado.<sup>45</sup> Así un *extraneus* puede ser autor, porque fácticamente actúa junto al *intraneus*. Mientras el derecho administrativo sancionador apunte al combate de conductas socialmente lesivas —y no a las lesiones de bienes jurídicos, como el derecho penal— entonces el injusto definido solo por la producción de un resultado resulta aceptable.<sup>46</sup>

Por medio del §14 I 2.<sup>a</sup> oración, OWiG, no se le imputa el injusto típico que realiza el *intraneus* al *extraneus*, sino que se le imputa la existencia de la circunstancia personalísima que funda el delito especial. Esto significa que tal circunstancia personalísima no puede ser entendida como un

---

<sup>43</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 152.

<sup>44</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 155; BLOY, *supra* nota 38, p. 43.

<sup>45</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 157. En el mismo sentido, HEINE, *supra* nota 38, n.º m. 11.

<sup>46</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 157.

elemento de autoría, sino como un elemento del tipo, lo cual puede llevar a falsear el sentido del delito (especial) expresado en la ley.<sup>47</sup> Por consiguiente, el concepto unitario de autor solo es aceptable si las circunstancias personalísimas no apuntan a lesiones de bien jurídico y el tipo no se concentra en el injusto de acción.

*b. Derecho penal austríaco*

§ 12, StGB-Aus. “Tratamiento de todos los intervinientes como autores. No solo el autor directo comete la acción punible, sino también cualquiera que determina a otro a ejecutarla o que aporta a su ejecución”.

§ 13, StGB-Aus. “Punibilidad autónoma de los intervinientes. Si interviene más de un sujeto en un hecho, cada uno debe ser penado por su propia culpabilidad”.

En relación con el derecho penal austríaco, el § 12 y § 13, StGB-Aus han sido interpretados por la literatura como la consagración de un sistema unitario funcional de autor, porque la ley, por una parte, reconoce tres formas de intervención como autoría de manera equivalente, a saber, autor directo, autor motivador y autor aportante, y, por otra, renuncia al principio de accesoriedad en atención a la punibilidad autónoma de cada interviniente.<sup>48</sup> Por lo tanto, en el nivel del tipo no existen diferenciaciones posibles entre las formas de autoría, las cuales solo cobran relevancia en la determinación de la pena (§§ 33-34, StGB-Aus). La idea es que ninguna de las tres formas de autoría es accesoria respecto de otra forma de autoría.<sup>49</sup>

Sin embargo, la regulación de la tentativa constituye una importante excepción respecto de la renuncia al principio de accesoriedad:

§15, StGB-Aus. “Punibilidad de la tentativa. (I) La conminación penal contra una conducta dolosa no vale solo para el hecho consumado, sino también para la tentativa y para la intervención en una tentativa. (II) El hecho está tentado cuando el autor toma la decisión de ejecutarlo o de determinar a otro a ejecutarlo mediante una conducta que directamente implique su ejecución”.

---

<sup>47</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 158.

<sup>48</sup> §13. “Si interviene más de un sujeto en un hecho, cada uno debe ser penado por su propia culpabilidad”. Al respecto, TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 390 s.; BLOY, *supra* nota 18, p. 166.

<sup>49</sup> TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 391.

Mientras el § 15 I, StGB-Aus alude a la punibilidad general de la tentativa, el § 15 II, StGB-Aus describe los presupuestos necesarios para reconocer el comienzo de dicha tentativa, excluyendo por completo de esa posibilidad al autor aportante. Esto significa que el legislador expresamente descarta la independencia de la tentativa de la autoría-aporte, pues la producción de la ayuda debe ser impune mientras el autor aportante solo haya intentado el hecho.<sup>50</sup> En otras palabras: *a contrario sensu* el § 15, StGB-Aus lleva a la exclusión de la participación no exitosa.<sup>51</sup> Por esta razón, un concepto unitario de autor se ve fracturado mediante la asunción de la dependencia de una figura de autoría de otra, o sea, mediante la renuncia a la equivalencia entre todos los autores.

Además, en relación con la regulación de los delitos especiales y delitos de propia mano en casos de multiplicidad de intervinientes, el § 14, StGB-Aus<sup>52</sup> encierra una dificultad importante de interpretación. El § 14 I 1.<sup>a</sup> oración, StGB-Aus indica que, si la circunstancia personalísima alude al injusto del hecho, entonces basta que esté presente en solo uno de los intervinientes. Pero el § 14 I 2.<sup>a</sup> oración, StGB-Aus realiza una inmediata excepción, pues para los delitos en que el injusto dependa de la ejecución directa o de su participación de alguna manera, entonces la circunstancia tiene que necesariamente estar presente. Naturalmente esta norma restringe el principio de completa independencia entre los agentes, porque la intervención en un delito de propia mano por parte de un *extraneus* estaría excluida desde un principio.

En relación con la tripartición de la autoría, estas normas levantan una pregunta decisiva: ¿es necesario que un *intraeus* ejecute de propia mano el delito o basta que él colabore mediante otra acción? En otras palabras: ¿pueden *intraeus* y *extraneus* participar bajo cualquier forma de autoría en delitos de propia mano o delitos especiales?<sup>53</sup> Una limitación de la punibilidad no puede derivarse de la regulación legal, pues el § 12, StGB-Aus no establece ninguna diferencia y el § 14 I, StGB-Aus se relaciona solo con el aumento del círculo de autores, no con la forma de autoría.<sup>54</sup> Sin embargo, los delitos especiales se caracterizan por que solo un grupo específico de personas pueden

---

<sup>50</sup> TRIFFTERER, *supra* nota 4, p. 393.

<sup>51</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 168.

<sup>52</sup> §14, StGB-Aus. “Circunstancias y relaciones del autor. (I) Si la ley hace depender la punibilidad o la cuantía de la pena de circunstancias personalísimas o relaciones del autor que conciernan al injusto del hecho, entonces la ley se aplica a todos los intervinientes aun cuando esta circunstancia o relación solo esté presente en uno de ellos. No obstante, si el injusto del hecho depende de que el portador de la circunstancia personalísima o relación ejecute directamente el hecho o participe en este de alguna forma específica, entonces este presupuesto debe ser satisfecho”.

<sup>53</sup> BLOY, *supra* nota 38, p. 53; BLOY, *supra* nota 18, p. 170.

<sup>54</sup> BLOY, *supra* nota 38, p. 54.

cometerlos, a lo cual subyace la idea de que es necesario distinguir entre figuras centrales y marginales, lo que hace evidente la contradicción.

En relación con la segunda alternativa del § 14 I, StGB-Aus, una parte de la doctrina exige que el portador de la calificación deba actuar dolosamente.<sup>55</sup> Y si se entiende la expresión "participe en este (el hecho) de alguna forma específica" como una remisión general a los delitos especiales, entonces la idea de una autoría unitaria para estos delitos prácticamente se abandona. Este requisito se basa en el peso decisivo del dolo de la lesión del deber especial para el injusto típico.<sup>56</sup> La intervención en delitos especiales abarcaría entonces la subordinación del autor motivador y autor apoyador al autor directo, o sea, un regreso al principio de accesoriedad. Pero, aunque la exigencia de dolo dentro de los delitos especiales tiene sentido, no es compatible con la ley pues el § 14 I, StGB-Aus rehuiría el ámbito de aplicación. La contradicción entre los fundamentos dogmáticos de los delitos especiales y la regulación legal de un sistema unitario de autor no logra ser resuelta.

c. La revisión de las reglas de estos dos sistemas unitarios de autor muestra que la finalidad principal de simplificación en la aplicación judicial es una idea abstracta muy encomiable, pero que en atención a la regulación específica se enfrenta con problemas de importancia. Resulta decisivo entonces examinar con atención las eventuales críticas contra el sistema unitario de autor para valorar el rendimiento explicativo del fenómeno.

#### **4. Objeciones en contra de un sistema unitario de autor**

Mientras la simplificación de la aplicación del derecho es la ventaja más relevante de un sistema unitario, es posible identificar diversas dificultades que justifican el casi unánime rechazo del sistema por la doctrina alemana.<sup>57</sup> A continuación se revisarán críticas y correspondientes réplicas contra el sistema que permiten llegar a la siguiente conclusión: algunos defectos que pueden imputársele al sistema unitario de autor también pueden observarse en un sistema diferenciado de intervención, pero un sistema unitario tiene que acudir a reglas contradictorias con sus premisas y, además, no

---

<sup>55</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 171, con ulteriores referencias.

<sup>56</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 171.

<sup>57</sup> Por todos, ROXIN, *supra* nota 30, n.º m. 3 s.; KÜHL, *supra* nota 21, p. 753; LUZÓN/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Tatbestimmung und Tatbestandverwirklichung als Täterschaftsmerkmale", en *FS-Roxin*, Berlín, Walter de Gruyter, 2001, p. 578, con ulteriores referencias.

puede explicar adecuadamente la noción de acción conjunta y la diferencia, basada en el uso normal del lenguaje, entre acciones principales y auxiliares. Tales problemas justifican su rechazo.

a. El sistema unitario de autor está relacionado estrechamente con una importante expansión de la punibilidad, la cual no se observa solamente en la ampliación del marco penal, sino también en la punibilidad de la tentativa. Por supuesto esta expansión se deriva del principio de absoluta equivalencia entre todos los aportes causales, lo cual impide cualquier diferenciación entre formas de intervención. Ello conlleva dos dificultades específicas.

Para alcanzar la radical individualización de la pena en atención a la conducta específica en el nivel de determinación, en primer lugar, un sistema unitario de autor requiere un amplísimo marco penal, el cual dificulta cualquier previsibilidad de pena futura. Si el mismo marco penal se aplicará a la conducta que ejecuta por sí misma el tipo y a aquella que simplemente ayuda a ejecutarlo, entonces el juez tiene que tener un amplio margen de maniobra. La transformación en un sistema unitario funcional con clasificaciones de la autoría entrega criterios legales de delimitación, pero no resuelve el problema de fondo, ya que un marco penal muy extenso es consustancial a cualquier sistema unitario de autor.

Por otro lado, un sistema unitario de autor no puede diferenciar entre tipos de tentativa, ya que solo existe tentativa de autoría. Por lo tanto, la tentativa de inducción, que en derecho alemán solo es punible en delitos graves (§ 30, StGB), y la tentativa de complicidad, que nunca es sancionable, son objeto de castigo sin diferenciaciones.<sup>58</sup> Naturalmente esta es una decisión del legislador, pero pareciera no existir justificación política-criminal para defender tal extensión de la punibilidad.<sup>59</sup> El problema es que, al prescindir de la distinción entre autor y partícipe, un sistema unitario lleva una anticipación del inicio de la tentativa entendiéndose como punibles ciertas conductas que solo constituirían actos de preparación en un sistema diferenciado:<sup>60</sup> intentar ayudar a cometer un delito configuraría ya una tentativa punible siendo que el disvalor (de acción) observado es muy limitado. Sin una regulación específica, la complicidad sin éxito es punible, lo cual está muy cerca de la punición de declaraciones de pensamiento.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> BOCK, *supra* nota 2, p. 680; MAIWALD, “Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung”, en *FS-Bockelman*, Múnich, Beck, 1979, p. 360; SEIER, *supra* nota 2, p. 343.

<sup>59</sup> JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595.

<sup>60</sup> JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595.

<sup>61</sup> ROXIN, *supra* nota 30, p. 6; BOCK, *supra* nota 2, p. 680.

Como muestran la regulación del Código Penal austríaco y la Ley alemana de Sanciones Administrativas, un sistema unitario de autor necesita integrar normas especiales que limiten y eviten una expansión excesiva de la punibilidad. El problema es que tales normas tienen que recurrir a la idea de accesoriedad, lo cual está en franca contradicción con el concepto de autor unitario. Pero en la práctica, estas permiten mantener bajo control la extensión de la punibilidad, especialmente de la tentativa. Por esta razón, la expansión de la punibilidad representa un problema serio, pero que mediante preceptos contradictorios con el propio sistema puede ser controlado.

**b.** Si nos preguntamos por la razón de la ausencia de punibilidad de la tentativa de inducción o complicidad en un sistema diferenciado, es necesario recurrir a la diferencia de injusto entre autoría y participación. Este es un tema sumamente controvertido en la doctrina moderna, pero que efectivamente puede ser planteado en un sistema diferenciado al entregar los insumos conceptuales para levantar la discusión. Por el contrario, la igual valoración de todas las formas de intervención en un sistema unitario tiene que llevar a la supresión de cualquier peso diferenciado entre los aportes de los agentes.<sup>62</sup> La punibilidad de la tentativa recae naturalmente en el injusto típico de la acción, ya que por definición no existe un injusto del resultado. Por lo tanto, un partícipe en estado de tentativa no se corresponde con el cuadro de injusto tradicional,<sup>63</sup> porque él no realiza con su acción el tipo específico. O sea, el injusto de una tentativa realizada por un autor debe ser diferenciada del injusto de una tentativa realizada por un partícipe. Pero la dificultad es que, en un sistema unitario de autor, faltan los conceptos para poder realizar tal diferenciación.

De ahí que en un sistema unitario la diferencia entre la ejecución de un hecho y la ayuda a que un hecho sea ejecutado queda totalmente ignorada.<sup>64</sup> No existen categorías o figuras que permitan hacer tales diferencias valorativas. Solo en el nivel de la determinación de la pena el juez puede adaptar la pena al comportamiento del sujeto.

La imposibilidad de diferenciación de injustos se observa con claridad mediante la comparación entre la participación en un suicidio y la participación en un homicidio. El injusto del homicidio radica en un ataque exterior contra el bien jurídico vida, por lo cual la participación en tal delito

---

<sup>62</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 378; MAIWALD, *supra* nota 58, p. 360.

<sup>63</sup> MAIWALD, *supra* nota 58, p. 361.

<sup>64</sup> RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 13; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 378.

comparte mediatamente tal injusto.<sup>65</sup> Ahora bien, un suicidio no constituye injusto alguno, porque la lesión de la vida viene desde el mismo titular del bien jurídico, por lo cual una participación en un suicidio tampoco realiza injusto alguno.<sup>66</sup> Sin embargo, un concepto unitario de autor no puede reconocer la diferencia entre la participación en una autolesión y en una heterolesión.<sup>67</sup> La persona que apoya a un suicida efectivamente participa en la destrucción de una vida y, dado que debe responder por propio injusto y propia culpabilidad, merecería sanción. La conexión entre su conducta y la conducta de otro es, desde un concepto unitario, irrelevante, pero el problema es que ello pasa por alto el ejercicio de la libertad de disposición del propio titular del bien jurídico.

Para evitar un resultado contra-intuitivo al sancionar al partícipe de una autolesión, un sistema unitario de autor se ve obligado a recurrir a la causa de justificación del consentimiento. Pero esta propuesta de solución parece curiosa: quien presta a un amigo un martillo para romper su propia alcancía, habría realizado el tipo del daño y solo estaría justificado por consentimiento.<sup>68</sup> El contenido de injusto de los tipos que protegen bienes jurídicos individuales yace en el enfrentamiento entre el interés del titular del bien jurídico y otras personas, por lo cual parece razonable entender que cualquier autolesión no implica injusto alguno. Mediante el principio de accesoriedad un sistema diferenciado de intervención entiende que la participación a una autolesión no conlleva injusto, lo cual simplemente no puede ser realizado en un sistema unitario de autor.

Las réplicas a esta crítica no son convincentes. Por un lado, el recurso a una teoría de imputación objetiva permite algunas diferenciaciones entre diversos tipos de riesgos permitidos,<sup>69</sup> pero ello no se relaciona con una diferencia de merecimiento, de manera que el sistema unitario tiene que plantear criterios externos al tipo para negar la punibilidad de casos problemáticos. Que el diferente contenido de injusto entre autoría y participación pueda alcanzar relevancia en el ámbito de la determinación de la pena es, por otro lado, una mera elusión del problema: la pregunta por el

---

<sup>65</sup> Esto aún no significa que la participación realiza un injusto propio o ajeno. Ello es otra pregunta. Independientemente de la respuesta, uno puede sostener que el partícipe, de cierta forma, comparte el injusto del autor.

<sup>66</sup> En todo caso, algunos ordenamientos sancionan explícitamente la participación en un suicidio (p. ej., el Art. 393 del Código Penal chileno). La punibilidad expresa de este comportamiento pretende resolver el problema entre la ausencia de injusto del suicidio por ejercicio de libertad de disposición del titular del bien y la reprochabilidad de participar en la destrucción de la vida ajena.

<sup>67</sup> MAIWALD, *supra* nota 58, p. 354 y 362.

<sup>68</sup> MAIWALD, *supra* nota 58, p. 362 s., quien hace referencia a los ejemplos de los delitos de injurias y de allanamiento de morada.

<sup>69</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 378.

injusto no alude necesariamente a la pena final impuesta, sino al significado que tiene la realización del tipo, por lo cual el punto de partida tiene que estar en la descripción típica.

**c.** Una crítica tradicional contra el sistema unitario de autor se basa en su incompatibilidad con el mandato de determinación constitucional (recogido en el Art. 103 II de la Constitución alemana y en el § 31, StGB).<sup>70</sup> No solo las penas son demasiado amplias y prácticamente imprevisibles, porque estas dependen de las diferentes reglas de determinación y de la discrecionalidad del juez, sino que también el alcance de la autoría se expande sin límites. La función de garantía del tipo que asegura una descripción clara del comportamiento prohibido o mandado y de la sanción correspondiente se ve limitada mediante los vagos contornos de un concepto unitario de autor. P. ej., la provocación a que una persona injurie a otra, no es aún una "afirmación de hechos difamatorios", la cual está prohibida por el delito de injurias (§ 187, StGB),<sup>71</sup> pero para un sistema unitario de autor ambas conductas son equivalentes y se les debería aplicar el mismo marco penal.

Por supuesto, la disminución de determinación del tipo según los partidarios del sistema unitario se justifica por una mejor justicia del caso concreto,<sup>72</sup> ya que la pena se corresponde con mayor precisión con el comportamiento ejecutado y sin consideración por las complejas categorías de intervención que habitualmente tienden a limitar la importancia del preciso acontecer de los hechos. Otra réplica acude a la utilización de conceptos abiertos también en un sistema diferenciado de intervención, en donde la judicatura también cuenta con amplios márgenes para concretar tales conceptos.<sup>73</sup> P. ej., lo que significa "prestación de ayuda", o sea, lo que define a la complicidad, es una pregunta que ha sido respondida en muy diversas maneras.

Aunque la concretización de conceptos es una función normal de la labor judicial, es indiscutible que un sistema unitario de autor está estrechamente relacionado con una disminución de la determinación de la descripción típica, lo cual implica una importante desventaja desde el punto de vista del Estado de derecho.

**d.** Como el Código Penal austríaco y la Ley alemana de Sanciones Administrativas muestran, un sistema unitario de autor lleva a situaciones problemáticas con los delitos especiales y de propia

---

<sup>70</sup> ROXIN, *supra* nota 30, p. 6; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 379; BOCK, *supra* nota 2, p. 679.

<sup>71</sup> JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595.

<sup>72</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 160.

<sup>73</sup> ROTSCH, *supra* nota 25, p. 135.

mano, pues la máxima de igual tratamiento de todos los intervinientes se enfrenta directamente con la característica principal de este tipo de delitos, a saber, que solo personas con una determinada calificación pueden ser autores.

La solución a este conflicto puede darse por dos caminos y ambos son problemáticos. Por un lado, es posible extender la punibilidad y entender al *extraneus* como autor en atención a su aporte causal al resultado.<sup>74</sup> Por lo tanto, aunque el *extraneus* no actúe de propia mano o con la calificación requerida, realizaría el tipo. Sin embargo, en atención a la configuración específica de los delitos especiales y de propia mano, este presupuesto no puede ser correcto, ya que un *extraneus* simplemente no puede realizar —por sí mismo— estos tipos.

Por otro lado, se puede asumir que el *extraneus* simplemente no puede cometer este tipo de delitos y, por tanto, entender que su responsabilidad está excluida desde el principio. Ya que el tipo exige una circunstancia personalísima, cada autor unitario tendría que satisfacer tal elemento,<sup>75</sup> porque se responde por injusto propio y culpabilidad propia. P. ej., quien motiva a otro a un delito especial, pero carece de la calificación exigida, no podría ser sancionado de ninguna forma porque debe ser valorado como autor unitario, pero no forma parte de los destinatarios que pueden quebrantar la norma. Este camino es visto, por cierto, como indeseado por el sistema, pues implica dejar sin sanción una acción claramente reprochable. De ahí que se introduzcan normas que permiten la punibilidad del *extraneus* en este tipo de delitos.

Sin embargo, tomando en cuenta la estructura de estos delitos, resulta claro que un *extraneus* no puede por sí mismo realizar el tipo.<sup>76</sup> Por lo tanto, el fundamento de su punibilidad solo puede encontrarse en el principio de accesoriedad, esto es, accesoriedad por injusto ajeno.<sup>77</sup> Esto muestra que las normas que se ve obligado a incluir un sistema unitario de autor son contradictorias: aluden a un principio que es el opuesto directo de una idea de autor unitario.

Por ello, un sistema unitario prueba ser incapaz de tratar adecuadamente la intervención de un *extraneus* en un delito especial o de propia mano.<sup>78</sup> O bien se mantiene coherente con sus principios,

---

<sup>74</sup> JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 645; BOCK, *supra* nota 2, p. 680.

<sup>75</sup> JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 14. Al respecto, BOTTKE, *supra* nota 22, p. 29 s.

<sup>76</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 163.

<sup>77</sup> JAKOBS, *supra* nota 3, p. 595.

<sup>78</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 165.

creando una relevante laguna de punibilidad; o bien acepta la punibilidad del *extraneus* mediante la lesión de esos mismos principios.

e. Las dificultades descritas y las propuestas de solución de los defensores de un sistema unitario de autor mediante normas específicas muestran que el objetivo básico del sistema no es alcanzado. La radical simplificación de la imputación jurídico-penal es una idea interesante, pero que carece de aplicación en la práctica.<sup>79</sup> La punibilidad de la tentativa, la diferencia de injusto, la indeterminación del marco penal o el problemático tratamiento de los delitos especiales y de propia mano dificultan la aplicación judicial tanto como en un sistema diferenciado de intervención. Y si el problema es solucionado de alguna forma en el ámbito del tipo, entonces la adaptación de la pena en el nivel de determinación sin criterios claros también implica una dificultad adicional para el juez.<sup>80</sup> De tal forma, una simplificación como la pretendida simplemente no existe.

f. En rigor, ninguna de las críticas planteadas implica un rechazo definitivo del sistema unitario de autor. Por supuesto, resaltan la excesiva extensión de la punibilidad o la falsa promesa de la simplificación, pero los problemas son controlados de mejor o peor forma mediante la inclusión de normas específicas, lo que se encuentra en contradicción con los principios de la autoría unitaria y debilita el sistema en su conjunto, pero en principio este puede seguir funcionando. Sin embargo, en mi opinión, existen dos objeciones que un sistema unitario de autor no puede responder y que justifican su rechazo.

Por un lado, un sistema unitario de autor contradice nuestro uso cotidiano del lenguaje, que reconoce acciones que solo cumplen un rol de apoyo a otras.<sup>81</sup> Lingüísticamente es siempre relevante distinguir entre la persona que hace algo y la persona que ayuda a otra a hacer algo. De esa manera atribuimos responsabilidad, elogio y reproche: p. ej., un escritor merece reconocimiento por su nueva novela, pero su amigo que le regaló un bolígrafo especial o su pareja que lo apoyó emocionalmente, no serán entendidos como "autores" del libro, a pesar de que sus acciones fueron decisivas y necesarias para el resultado desde un punto de vista causal. Tal diferencia pretende ser trasladada al ámbito jurídico penal mediante la bipartición entre autoría y

---

<sup>79</sup> BOCK, *supra* nota 2, p. 679; ROXIN, *supra* nota 30, p. 7.

<sup>80</sup> KÖHLER, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997, p. 495.

<sup>81</sup> MAIWALD, *supra* nota 58, p. 354; ROXIN, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, t. II, Múnich, CH Beck, 2003, p. 6; en contra, SCHMOLLER, "Erhaltenswertes der Einheitstäterschaft", en *GA* 2006, p. 367; BOTTKE, *supra* nota 22, p. 20.

participación, que se basa en la experiencia de diversa ponderación de la responsabilidad por un resultado<sup>82</sup> y se ajusta a nuestro sentido lingüístico y social.

La creación de un sistema unitario de autor es una facultad del legislador, pero en razón de su evidente contradicción con nuestra forma normal de comunicarnos y relacionarnos parece ser una mala decisión: si es posible organizar el sistema con la misma estructura que nuestra comprensión usual de la imputación de responsabilidad, entonces la decisión por un sistema unitario parece ser del todo menos razonable.

**g.** La segunda crítica está ligada a la contradicción de un sistema unitario de autor con nuestro uso cotidiano del lenguaje, pero ahora en el marco preciso de la imputación jurídico-penal. Debido al principio básico de completa independencia de todos los intervinientes, este sistema es incapaz de valorar detalladamente las conexiones y relaciones entre las conductas de los agentes. Por lo tanto, un sistema unitario de autor pasa por alto la consecución de algún objetivo común a varias personas, pues se enfoca necesariamente en el comportamiento aislado de cada una de ellas.<sup>83</sup>

Pero cuando actúan varios sujetos, su obra común se compone de interconexiones y entrelazamientos entre las acciones de todos los involucrados, lo cual es “más que la suma de cada una de las partes”.<sup>84</sup> En otras palabras, el comportamiento de los intervinientes solo puede ser entendido adecuadamente cuando se considera la acción completa o global. P. ej., el mínimo aporte del jefe de la banda en el estado de ejecución del hecho o la coautoría alternativa, en la cual un interviniente por diseño casi no actúa, están conectados con el principio de repartición del trabajo y la imputación recíproca, lo cual permite darles significado a esas conductas en la búsqueda de un objetivo común.

Por supuesto, existe una gran diversidad de opiniones respecto de los criterios específicos de una acción común dentro de un sistema diferenciado de intervención, pero lo importante es que la discusión es conceptualmente posible. Si el sistema en su conjunto está construido para que se tome

---

<sup>82</sup> OTTO, “Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht”, en *JuS* 1974, p. 704.

<sup>83</sup> VAN WEEZEL, *supra* nota 6, p. 120 s.; JAKOBS, *supra* nota 3, p. 596.

<sup>84</sup> BLOY, *supra* nota 18, p. 160. También OTTO, “[...] en algunas situaciones muchas personas naturales construyen una unidad”, *supra* nota 82, p. 704. En el mismo sentido, a pesar de su favorecimiento de un sistema unitario, HAMDORF, *supra* nota 7, p. 60. En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. XVII, 1989, p. 907 s.

en cuenta exclusivamente el injusto propio y la culpabilidad propia de cada interviniente, entonces la particularidad del actuar común es ignorada desde el principio<sup>85</sup> y la discusión dogmática sobre su contenido y límites resulta completamente excluida.

Un sistema unitario de autor pasa por alto que usualmente actuamos en conjunto con otros y que ello es de extrema importancia para valorar adecuadamente esos comportamientos. La concentración en una conducta aislada lleva a la pérdida de riqueza conceptual y de ámbito de discusión. Por esta razón, este sistema debe ser rechazado.

### III. Concepto extensivo versus concepto restrictivo de autor

A diferencia de la contraposición entre sistema unitario y diferenciado, la pregunta por el concepto de autor no hace referencia a la construcción de un determinado sistema jurídico penal, sino a la extensión de la categoría de autoría. Mientras una pregunta apunta a si el sistema jurídico acepta la distinción entre autor y partícipe, la otra pregunta alude a los límites del concepto de autoría. Esto, empero, no impide que existan vínculos estrechos entre ambas preguntas. Según un concepto extensivo de autor, cada aporte causal al resultado fundamenta autoría, lo cual se corresponde con la base de un sistema unitario de autor, pero este concepto extensivo también puede sostenerse dentro de un sistema diferenciado de intervención. Un concepto restrictivo, por el otro lado, pretende limitar la autoría solamente a la realización directa del tipo delictivo. De ahí que la decisión entre un concepto extensivo y restrictivo de autor está relacionada con la primacía del tipo o de la causalidad al momento de determinar la responsabilidad penal.

#### 1. Contra un concepto extensivo de autor

a. De acuerdo con un concepto extensivo de autor, el único presupuesto de la autoría es la causación del resultado típico. El autor debe proveer un aporte causal para el resultado, sin embargo no es necesario que realice la descripción contenida en el tipo.<sup>86</sup> Por lo tanto, los partícipes, quienes simplemente determinan o colaboran con el delito, son también autores, ya que su conducta ostenta una relación causal con el resultado en análisis. Por esta razón, las normas relativas a inducción y complicidad debe ser entendidas como *razones para la limitación de la responsabilidad penal*: por

---

<sup>85</sup> VAN WEEZEL, *supra* nota 6, p. 123.

<sup>86</sup> JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 649; HEINE, *supra* nota 38, n.º m. 8; SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, p. 45.

cuestiones de política criminal, las categorías de participación son tratadas de forma distinta, pero en el fondo aluden a la idea de autoría.

Así, un concepto extensivo de autor pretende castigar todo aporte causal contra el ordenamiento a título de autoría. El tipo delictivo abarcaría, por ende, no solo la específica conducta ejecutiva, sino también cualquier forma de causación de lesión al bien jurídico.<sup>87</sup> De ahí que el concepto sea *extensivo*: este enfoque asegura que cualquier interviniente que provee un aporte y que co-configura causalmente la realización del tipo sea castigado. P. ej., si el sicario A dispara contra O con un arma entregada por B y por encargo de C, entonces —según un concepto extensivo— A, B y C han matado a O y, en principio, responden como autores.

El fundamento de un concepto extensivo de autor yace en una teoría de la equivalencia de las condiciones, pues cuando todas las condiciones son equivalentes, entonces uno no podría distinguir entre los aportes de los involucrados.<sup>88</sup> La pregunta por la autoría se resuelve en atención a un punto de vista causal, por lo cual la conexión con el tipo pierde relevancia. En cierto sentido, todas las normas relativas a intervención (§ 25 ss., StGB) solo constituyen indicaciones de determinación de la pena, ya que el concepto de autor está desde el principio definido por la causalidad.

Según un concepto extensivo de autor, no es necesario diferenciar entre autoría directa, mediata o coautoría, porque las tres formas implican un aporte causal al resultado típico. Por tanto, resulta completamente irrelevante si el tipo es realizado por la misma persona, mediante otra o juntamente con otros. Solo en atención a una decisión legal, las normas de la participación configuran una limitación del concepto de autor.

En una época anterior al actual Código Penal alemán, en donde no existía una regulación expresa de la autoría mediata, un concepto extensivo de autor se mostraba como sumamente útil, pues permitía evadir los problemas de legalidad referidos al reconocimiento de la autoría mediata, ya que el hombre de atrás también realiza un aporte causal al resultado.<sup>89</sup> Por lo tanto este concepto de autor fue preferido por razones de índole práctica. Sin embargo, tal preferencia dependía

---

<sup>87</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 375 y 382; JAKOBS, *supra* nota 3, p. 596.

<sup>88</sup> SPENDEL, “Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung”, en *JS* 1974, p. 754; RENZIKOWSKI, “Pflichten und Rechte”, en *GA* 2007, p. 576; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 383.

<sup>89</sup> LONY, *Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?*, Breslau, Schletter, 1934, p. 18; SPENDEL, *supra* nota 88, p. 754.

directamente de la redacción de ese Código Penal y ya en la versión actual, que reconoce explícitamente a la autoría mediata, tal justificación práctica perdió todo significado.

**b.** La doctrina usualmente relaciona un concepto extensivo con un sistema unitario de autor. Ambas perspectivas parten de la base de una teoría causal de la equivalencia de las condiciones, la cual equipara cualquier aporte a la causación del resultado.<sup>90</sup> De ahí que las categorías de inducción y complicidad sean conceptualmente superfluas porque toda causación implica, en principio, autoría; la participación solo tendría relevancia a efectos de pena. Ya que un concepto extensivo de autor toma como punto de partida una consideración causal, lógicamente tendría que terminar en un sistema unitario de autor.<sup>91</sup>

Sin embargo, la relación no es necesaria, pues se tiene que tomar en cuenta la regulación legal. Algunos autores defienden un concepto extensivo de autor dentro de un sistema diferenciado de intervención.<sup>92</sup> Lo decisivo es que el legislador toma la decisión de reconocer las categorías de participación mediante ciertas normas, las cuales permiten diferenciarlas conceptualmente de la autoría. Esta decisión es incompatible con los fundamentos de un sistema unitario. En todo caso, es necesario reconocer que las máximas de un sistema unitario son incompatibles con un concepto restrictivo de autor, pues este asume la bipartición entre autoría y participación como el punto de partida de la discusión, con lo cual se excluyen mutuamente.<sup>93</sup> Solo un concepto extensivo puede explicar correctamente la renuncia a la diferenciación entre autoría y participación.

Lo importante es que, a pesar de las múltiples conexiones, hay que separar la pregunta por el alcance de la autoría y la pregunta por la posibilidad de diferenciar entre autoría y participación.

**c.** Las objeciones contra un concepto extensivo de autor apuntan a su énfasis en la consideración causal en vez de una conexión con el tipo. Por tanto, la crítica primeramente yace en su incompatibilidad con el texto de la ley. P. ej., en el ordenamiento alemán, el § 25, StGB define con

---

<sup>90</sup> HRUSCHKA, "Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen", en *ZStW* 1998, p. 593; ROTSCH, *supra* nota 25, p. 131; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 649.

<sup>91</sup> SCHILD, "§25", en *NK-StGB*, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 1179; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 383.

<sup>92</sup> P. ej., SPENDEL, *supra* nota 88, p. 754; LONY, *supra* nota 89, pp. 18 ss.

<sup>93</sup> KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 2; ROTSCH, *supra* nota 25, p. 131; HRUSCHKA, *supra* nota 90, p. 593; KÜHL, *supra* nota 21, p. 753. RENZIKOWSKI sostiene que el concepto restrictivo de autor puede conciliarse con un sistema unitario funcional, pues existiría una diferencia lógica-conceptual entre formas de intervención, *supra* nota 64, p. 12.

claridad a la autoría: autor es quien *comete* el hecho. Si lo hace por sí mismo, por medio de otro o junto con otros es aquí aún irrelevante. El requisito es la comisión del hecho y la mera causación de un resultado es incompatible con esta definición.<sup>94</sup> Para identificar a la autoría no basta un sujeto que simplemente ha proveído un aporte causal al resultado, pues la misma ley exige más, a saber, la realización del tipo. Ya por su propia definición, inductor y cómplice no cometen por sí mismos el delito, es decir, no realizan el tipo. En este contexto, las definiciones de autor y partícipe son naturalmente excluyentes.

Además, existe una dificultad práctica entre las consecuencias de un concepto extensivo de autor y las normas de participación. En los §§ 26-27, StGB se exige un hecho principal doloso, por lo cual si existe simplemente una determinación o una prestación de ayuda a un hecho no doloso — más allá de los casos de autoría mediata— entonces no es posible fundar inducción o complicidad, a pesar de que exista una causación dolosa del resultado.<sup>95</sup> En relación con los delitos especiales y de propia mano, es posible observar un problema similar, pues el círculo de autores idóneos está desde un principio limitado por la ley.<sup>96</sup> Por esta razón, un *extraneus* que causa una prevaricación simplemente no puede ser autor. La mera remisión a la causalidad de su conducta para el resultado no puede justificar autoría para este tipo de delitos.

Sin embargo, esta contraposición con el derecho vigente no es la crítica más relevante: un concepto extensivo de autor lleva a una transformación perjudicial de la comprensión de la estructura general del delito, pues el punto de partida ya no está en la realización típica, sino en la causación de un resultado. Esto significa un cambio de la perspectiva, porque la autoría se ve reducida a una lesión causal de ciertos bienes jurídicos.<sup>97</sup> Es decir, el injusto del delito estaría ligado con el aporte causal del agente y no con la infracción de las normas de los tipos descritos en la ley. De ahí que no existiría suficiente fundamento para distinguir entre los injustos de autoría y de participación: ya que ambos implican una causación del resultado disvalioso, entonces ambos configuran el mismo injusto. Por ello, resultaría difícil explicar por qué la regulación diferenciada

---

<sup>94</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 15; JOECKS, “§25”, en *MK-StGB*, 2.ª ed., t. II, Múnich, CH Beck, 2011, p. 1135; ROXIN, *supra* nota 30, p. 7; HEINE, *supra* nota 38, n.º m. 9.

<sup>95</sup> JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135; ROXIN, *supra* nota 81, p. 7.

<sup>96</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 385; SCHILD, *supra* nota 91, p. 1179; ROXIN, *supra* nota 81, p. 7; HOYER, “Vor § 25”, en *SK-StGB*, 8.ª ed., t. I, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2012, p. 4.

<sup>97</sup> ROXIN, *supra* nota 30, p. 8; KÜHL, *supra* nota 21, p. 751; SCHILD, *supra* nota 91, §25, p. 1178.

de la inducción y complicidad tendría sentido.<sup>98</sup> La disminución de la pena del cómplice y la diferente punibilidad de la tentativa de la inducción, p. ej., no se derivarían del concepto de autor asumido, sino solo de una decisión arbitraria del legislador.

Y si el concepto de autor se enfoca en una consideración causal, entonces la comprensión de la persona como un agente libre y auto-responsable también retrocede porque su conducta solo sería una parte de un “conjunto de relaciones sociales”.<sup>99</sup> Cada acción podría, por tanto, ser imputada sin límites: el disparo de A contra O puede ser imputado también a B, quien solamente le ha entregado el arma a A, por lo cual B también ha matado a O, ya que él ha proveído un aporte causal para su muerte. Por lo tanto, en cierto sentido, la conducta no solo le pertenece al agente que la realiza, sino también a cualquier sujeto, porque otros pueden utilizar esta conducta para sus fines delictivos y un concepto extensivo permite extender la punibilidad a estos comportamientos.

En definitiva, una consideración causal ligada al concepto extensivo de autor lleva a dos desventajas. Por un lado, este concepto de autor no ofrece ningún criterio de interrupción de un curso causal, por lo cual es posible un regreso infinito en la cadena.<sup>100</sup> Cada condición del resultado tiene la misma importancia, por lo cual no es posible en principio diferenciar. Si un eslabón de la cadena causal es entendido como un acto voluntario, esta persona es causante del resultado. La teoría de la imputación objetiva pretende mediante diversos criterios limitar esta imputación infinita,<sup>101</sup> pero un concepto extensivo de autor por sí mismo no puede ofrecer tal limitación.

Por otro lado, un concepto extensivo lleva a una ampliación de la punibilidad a casos en que, normalmente, quedan sin sanción. Primero, la participación tentada sería sancionada en forma más gravosa que la autoría tentada: mientras el autor principal aún no ha superado el estadio de preparación, el cómplice que lo ayuda ya alcanzó ese estadio.<sup>102</sup> Independiente de la teoría de fundamento de la tentativa, está fuera de discusión que los actos realizados en el estadio de preparación —como regla general— deben quedar impunes ya que la (vigencia de la) norma no está aún en peligro. Pero debido a la igual valoración de todas las condiciones al resultado, cada aporte causal configura una infracción de la prohibición o mandato respectivo.

---

<sup>98</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 14; SCHILD, *supra* nota 91, p. 1178.

<sup>99</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 385; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 60.

<sup>100</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 59.

<sup>101</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 60.

<sup>102</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 384; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 62; HOYER, *supra* nota 96, p. 3.

Segundo, un concepto extensivo de autor conlleva la punibilidad de la participación en una autolesión o suicidio. Si el partícipe provee un aporte causal contra la norma, entonces debe ser sancionado. Y esto es, desde el punto de vista de la protección de los bienes jurídicos individuales, contradictorio: una autolesión no implica ningún injusto, porque el bien jurídico en disputa nunca está en peligro.<sup>103</sup> Un sistema que respeta la auto-responsabilidad y libertad de disposición de las personas sobre los bienes individuales está obligado a entender a las autolesiones como acciones impunes. Por lo tanto, el partícipe no puede entenderse como causante de una autolesión.<sup>104</sup> Y un concepto extensivo de autor no puede considerar adecuadamente esta importante diferenciación.

Finalmente, un concepto extensivo de autor contradice nuestra forma usual de comunicarnos.<sup>105</sup> Sin lugar a dudas, diferenciamos entre la acción que produce un resultado y la acción que ayuda a otras acciones a conseguir ese resultado. El solo punto de vista causal carece de importancia (o por lo menos es insuficiente) para imputar responsabilidad. Por supuesto que no es lo mismo pintar un cuadro que entregarle las pinturas al pintor. La diferenciación entre formas de acción es fundamental para la interacción social y no puede ser pasada por alto en el ámbito jurídico-penal.

d. En atención a las críticas señaladas, un concepto extensivo de autor está hoy en día casi totalmente rechazado por la doctrina alemana.<sup>106</sup> La contradicción con el derecho vigente y sus problemáticas consecuencias para la teoría del delito fundamentan tal negativa.

Sin embargo, resulta sorprendente que, a pesar de este unánime y bien justificado rechazo del concepto extensivo de autor, la doctrina modifica su decisión respecto de los delitos imprudentes.<sup>107</sup> Aquí está aceptado que cualquiera que provee una condición para el resultado incumpliendo el deber de cuidado respectivo es —sin matices— autor. Se pueden enarbolar las mismas críticas, pero la

---

<sup>103</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 64.

<sup>104</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 65.

<sup>105</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 61; BOTTKE, *supra* nota 22, p. 20.

<sup>106</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 88, p. 576; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, p. 387; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 4, p. 651. Según SCHÜNEMANN, la teoría normativa radical de JAKOBS llevaría a un regreso al concepto extensivo de autor, pues JAKOBS rechaza cualquier diferenciación cualitativa entre autoría y participación, lo cual solo cobraría relevancia a efectos de determinación de la pena, “§ 25”, en *LK-StGB*, 12.<sup>a</sup> ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007, p. 1851.

<sup>107</sup> P. ej., PUPPE, “Vor § 13 ss.”, en *NK-StGB*, 4.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, n.º m. 179; JOECKS, *supra* nota 94, n.º m. 273; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 6.<sup>a</sup> ed., Múnich, Franz Vahlen, 2011, p. 324.

doctrina defiende un concepto de autor centrado en la causación del resultado en atención a la simplificación de la imputación jurídico-penal.

## 2. ¿Y un concepto restrictivo de autor?

a. Según un concepto restrictivo, por el contrario, es autor solamente quien realiza los elementos del tipo; aplicando la definición a los delitos de resultado puros, es necesario que el autor realice el resultado típico, no que simplemente cause tal resultado.<sup>108 109</sup> De tal forma el concepto de autor está limitado por el tipo. P. ej., es autor de un homicidio quien ha envenenado a la víctima, pues ha realizado la descripción típica del § 212, StGB, esto es, ha matado una persona. Sin embargo, quien simplemente le ha entregado el veneno no puede ser autor, ya que él mediante su conducta —suministro de veneno a otro— no ha matado a nadie.<sup>110 111</sup> Su punibilidad no se deduce simplemente de la prohibición del homicidio, sino de la relación entre ese delito y el § 27, StGB que prohíbe la complicidad. Por esta razón, las normas de inducción y complicidad constituyen *razones para la extensión de la responsabilidad penal*.

De tal forma, el partícipe no realiza el tipo, sino que más bien determina a otro al delito (inductor) o lo ayuda a su ejecución (cómplice). Por tanto, es necesario desarrollar criterios para distinguir entre autoría y participación.<sup>112</sup> Las teorías de la intervención delictiva intentan fundamentar tal diferenciación acudiendo a diferentes elementos. Además, según la regulación legal, la participación está necesariamente relacionada con la acción del autor, lo cual es puesto de

<sup>108</sup> JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135; RENZIOWSKI, *supra* nota 64, p. 11.

<sup>109</sup> Lo que significa “realizar el tipo” es ampliamente discutido por las teorías de participación. P. ej., de ello depende si el autor mediato comete el delito directamente (o sea, de igual forma que el autor mediato) o recurriendo a criterios de imputación adicionales. Dado que el presente trabajo se enfoca solamente en la extensión del concepto de autor, las específicas teorías de participación (tradicionalmente divididas en subjetiva, objetiva-formal y objetiva-material) no serán analizadas en detalle.

<sup>110</sup> JAKOBS, *supra* nota 15, pp. 25 ss. (explícitamente en p. 30 s.) asume un punto de partida similar al entender que solo el autor realiza el injusto del delito, mientras que al partícipe se le imputa el injusto realizado por el autor.

<sup>111</sup> Por razones de extensión, aquí no se entra en el problema de la autoría mediata. Sin embargo, es fundamental observar que, desde una justificación normativa de la categoría, el autor mediato realiza una acción que, solo mediante la satisfacción de ciertos presupuestos específicos, cuenta como autoría. En sí misma considerada, la acción del autor mediato no realiza el tipo, sin embargo la utilización del hombre de delante lleva a que se le impute tal realización como injusto propio, o sea, a título de autor. Fundamental al respecto, MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 144 ss. Esto implica, por supuesto, diferenciar cualitativamente entre la autoría mediata y la autoría directa. JAKOBS, *supra* nota 15, pp. 44 s., asume, por el contrario, que la autoría mediata es “un caso de comisión directa fenotípicamente enmascarado”.

<sup>112</sup> JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135.

relieve por el principio de accesoriadad. Esto muestra la relación intrínseca entre un concepto restrictivo de autor y un sistema de intervención delictiva diferenciada, esto es, el rechazo a un sistema unitario de intervención.<sup>113</sup> El concepto restrictivo de autor reconoce una diferenciación entre autoría y participación que es incompatible con un principio de unidad de la autoría.

**b.** A pesar de que la doctrina entiende que la autoría directa es la base de la responsabilidad jurídico-penal y que la participación es una extensión del concepto de autoría, existe una importante diferencia de opinión respecto de la calidad de la autoría mediata y coautoría. La pregunta es si las normas que regulan estas formas de autoría extienden la punibilidad o si ya se encuentran abarcadas desde el principio por el tipo penal.

Un *concepto restrictivo radical de autor* exige que el autor cometa el hecho por sí mismo, esto es, que los tipos descritos en la parte especial del código solo abarcarían la autoría directa.<sup>114</sup> Por lo tanto, las normas que reconocen la autoría mediata y coautoría serían *normas constitutivas* que extenderían la calificación de autoría a figuras que, en principio, no lo serían. Esta comprensión estaría ligada a una teoría objetiva-formal de la participación, la cual basaría la diferenciación entre autoría y participación en la descripción típica.

Por el contrario, un *concepto restrictivo limitado de autor* plantea que cada tipo ya incluiría la posibilidad de cometer el delito a través de otro o en conjunto con otros. Por lo tanto, las normas que reconocen autoría mediata y coautoría serían simplemente *normas declarativas*.<sup>115</sup> Esta comprensión se acerca al fundamento de una teoría material-objetiva de la participación, especialmente, a la teoría de dominio del hecho. Un concepto material pretende compatibilizar una comprensión de la comisión del delito alejada del requisito de cometerlo de propia mano con la restrictividad de un concepto de autor.<sup>116</sup>

No es posible negar que la autoría mediata y la coautoría implican una atribución de la conducta mediante criterios específicos, que son adicionales a los que se requieren en la imputación de la autoría directa. En términos de la teoría dominante: el autor mediato y el coautor tienen

---

<sup>113</sup> LUZÓN/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *supra* nota 57, pp. 578 ss.; KIENAPFEL, *supra* nota 6, p. 2.

<sup>114</sup> HOYER, *supra* nota 96, p. 4; JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 70.

<sup>115</sup> JOECKS, *supra* nota 94, p. 1135; RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 71.

<sup>116</sup> ROXIN, *supra* nota 30, n.º m. 12.

necesariamente menos dominio del hecho que el autor directo porque otra persona interviene en la consecución del resultado, con lo cual el control se ve diluido.<sup>117</sup> Por lo tanto, el tipo no puede abarcar por sí mismo la comisión mediante otro o en conjunto con otros, sino que es necesario acudir a las reglas de imputación que reconocen estas formas de autoría *fuera de lo común* para entender a esos agentes como autores. Por tanto, configuran efectivamente razones para la extensión de la responsabilidad.

c. En definitiva, un concepto extensivo de autor, para el cual basta la mera causación del resultado, acaba pasando por alto al principio de auto-responsabilidad como el fundamento de la punibilidad. Por el contrario, un concepto restrictivo asume a este principio como presupuesto del sistema. Si uno asume que una persona puede actuar libre y autónomamente, entonces es necesario aceptar la auto-responsabilidad por su comportamiento.<sup>118</sup>

De ahí que un concepto restrictivo de autor se relacione con las máximas básicas de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual es predominantemente reconocido por la doctrina.<sup>119</sup> Ello ha llevado al rechazo general del concepto extensivo y a la búsqueda de los criterios de diferenciación entre autoría y participación. No obstante, el concepto extensivo de autor, como ya se señaló, mantiene su presencia en el ámbito de la imprudencia, en donde la sola causación del resultado más la infracción de la exigencia de cuidado fundaría autoría. No es el lugar aquí para analizar tal toma de postura, pero, en atención a las críticas contra un concepto extensivo, la decisión a favor de un concepto extensivo debe ser mirada con sospecha.

#### IV. Conclusión

Optar por un sistema diferenciado de intervención y por un concepto restrictivo de autor es entendido en la discusión actual, y en atención a la regulación legal, como un tema superado. La posibilidad de diferenciar entre autores y partícipes, y que el ordenamiento jurídico reconozca tal bipartición mediante normas específicas está hoy fuera de discusión. Y, en atención a las razones propuestas, tal decisión está completamente justificada. Lo importante es entender que aquí existe

---

<sup>117</sup> JOECKS, *supra* nota 94, p. 1136.

<sup>118</sup> RENZIKOWSKI, *supra* nota 64, p. 68.

<sup>119</sup> Explícitamente en contra de un concepto restrictivo JAKOBS, quien sin embargo parece entender que tal concepto implicaría una determinada forma de diferenciar autoría y participación, *supra* nota 15, p. 30. Empero, la opinión de JAKOBS, que diferencia entre la realización del injusto por parte del autor y la imputación de ese injusto al partícipe, es también compatible con el concepto restrictivo descrito aquí.

(o existió) una decisión, o sea, que existen alternativas de comprensión del problema que han alcanzado relevancia en otras épocas u otros ordenamientos y que el debate jurídico ha llevado al rechazo de una visión uniforme de la intervención delictiva. Recordar las razones por las que se toma tal decisión es fundamental para enfrentarse a intentos de aplicar los sistemas superados a áreas específicas del derecho penal, p. ej., respecto de los delitos imprudentes. Si en estos ámbitos se mantienen las objeciones y razones expuestas a lo largo del trabajo, entonces la asunción de un sistema extensivo unitario de intervención tiene que entenderse como una mala decisión. Ya lo plantea la máxima jurídica: donde hay la misma razón, debe haber la misma decisión.

## V. Bibliografía

BLOY, René, *Die Beteiligungform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.

—, “Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich“, en *FS-Schmitt*, Tübingen, Mohr, 1992.

BOCK, Dennis, “Beteiligungssystem und Einheitstätersystem“, en *Jura* 2005.

BOTTKE, Wilfried, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, CF Müller, 1992.

HAMDORF, Kai, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, Freiburg, Iuscrim, 2002.

HEINE, Günter, “Vor § 25“, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, CH Beck, 2010.

HOYER, Andreas, “Vor § 25“, en *SK-StGB*, 8.ª ed., t. I, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2012.

HRUSCHKA, Joachim, “Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen“, en *ZStW* 1998.

JAKOBS, Gunther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1991.

—, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.

—, *Teoría de la intervención*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

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

JOECKS, Wolfgang, “§ 25”, en *MK-StGB*, 2.ª ed., t. II, Múnich, CH Beck, 2011.

KIENAPFEL, Diethelm, “Das Prinzip des Einheitstäterschaft”, en *JS* 1974.

—, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt/Main, Klostermann, 1971.

—, “Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft”, en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Berlín, Carl Heymanns Verlag, 1971.

KINDHÄUSER, Urs, “Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, en *REJ* n.º 14, 2011, pp. 41-52, disponible en <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28552/30309> (enlace verificado el día 31 de mayo de 2020).

KINDHÄUSER, Urs/ZIMMERMANN, Till, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2020.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997.

KÜHL, Kristian, *Strafrecht – AT*, 8.ª ed., Múnich, Franz Vahlen, 2017.

LONGY, Fritz, *Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?*, Breslau, Schletter, 1934.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. XVII, 1989.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA-CONLEDO, Miguel, “Tatbestimmung und Tatbestandverwirklichung als Täterschaftsmerkmale”, en *FS-Roxin*, Berlín, Walter de Gruyter, 2001.

MAIWALD, Manfred, *Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, en *FS-Bockelman*, Múnich, Beck, 1979.

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

—, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

- OTTO, Harro, "Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht", en *JuS* 1974.
- , "Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft", en *Jura* 1987.
- PUPPE, Ingeborg, "Vor § 13 ff.", en *NK-StGB*, 4.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.
- RENZIKOWSKI, Joachim, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (coord.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, CF Müller, 2014.
- , "Pflichten und Rechte", en *GA* 2007.
- , *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.
- ROTSCH, Thomas, *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- ROXIN, Claus, "§ 25", en *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2005.
- , *Strafrecht, allgemeiner Teil*, t. II, Múnich, CH Beck, 2003.
- , *Derecho Penal, Parte General*, t. II, Navarra, Thomson Reuters, 2014.
- SCHILD, Wolfgang, "§ 25", en *NK-StGB*, 5.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.
- SCHMOLLER, Kurt, "Erhaltenswertes der Einheitstäterschaft", en *GA* 2006.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlín, Duncker & Humblot, 1965.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "§ 25", en *LK-StGB*, 12.<sup>a</sup> ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007.
- , "Vor § 26", en *LK-StGB*, 12.<sup>a</sup> ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007.
- , "§ 30", en *LK-StGB*, 12.<sup>a</sup> ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007.
- SEIER, Jürgen, "Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten", en *JA* 1990.
- SPENDEL, Günter, "Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung", en *JS* 1974.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 6.<sup>a</sup> ed., München, Franz Vahlen, 2011.

TRIFFTERER, Otto, *Österreichisches Strafrecht, allgemeiner Teil*, Viena, Springer, 1985.

VAN WEEZEL, Alex, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006.

WALTER, Tonio, “Vor § 13 ff.”, *en LK-StGB*, 12.<sup>a</sup> ed., t. I, Berlín, Walter de Gruyter, 2007.

## EL DELITO DE EXPLOTACIÓN LABORAL EN EL ORDEN JURÍDICO ARGENTINO

Patricia GALLO\*

---

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 12 de julio 2020

### Resumen

En este trabajo se intenta distinguir las formas contemporáneas de esclavitud o “explotación laboral en sentido amplio” (esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso) del delito que aquí se ha denominado “explotación laboral *stricto sensu*”, que no está contemplado en el orden jurídico-penal argentino. También se pone de manifiesto la necesidad de tipificar esa conducta, como delito autónomo, no en el marco de la ley de trata de personas (como eventual fase final de dicho proceso delictivo), ya que no se trata de una forma de explotación laboral grave (que constituye un concepto graduable). En esta dirección, se brindan los parámetros básicos que deberían guiar al legislador en esa tarea y se analiza si la estructura típica del art. 422 del Proyecto de Reforma General del CP de 2018 respeta tales pautas.

Palabras clave: explotación laboral - esclavitud - servidumbre - trabajo forzoso - condiciones laborales perjudiciales

**Title:** The crime of labor exploitation in the Argentine legal order

### Abstract

*This paper attempts to distinguish contemporary forms of slavery or “labor exploitation in the broad sense” (slavery, servitude and forced labor) from the crime that here has been called “labor exploitation stricto sensu”,*

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires (patricia\_gallo@yahoo.com). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D *La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente* (DER 2017-85144-C2).

*which is not contemplated in the Argentine criminal legal order. It also highlights the need to classify such conduct as an autonomous crime, not within the framework of the law on human trafficking (as the eventual final phase of said criminal process), since it is not a form of serious labor exploitation (which constitutes an adjustable concept). In this direction, the basic parameters that should guide the legislator in this task are provided and it is analyzed whether the typical structure of the art. 422 of the 2018 General Reform Project of the CP respects these guidelines.*

Keywords: labor exploitation - slavery - servitude - forced labor - harmful working conditions

**Sumario: I. Introducción; II. El delito de trata de personas y la explotación laboral; III. La esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados como formas graves de la explotación laboral; IV. Las formas modernas de esclavitud y las “condiciones perjudiciales de labor”; V. La explotación laboral como delito autónomo (delito laboral); VI. Laguna normativa: ausencia del delito de explotación laboral en la Argentina; VII. Necesidad de un nuevo tipo penal de explotación laboral en el CP argentino; VIII. El delito de explotación laboral en el Proyecto de Reforma General al CP argentino (2018); IX. A modo de conclusión; X. Bibliografía.**

## **I. Introducción**

Con la sanción de la ley 26.364 en 2008, la trata de personas pasó a integrar los delitos contra la *libertad individual*, que es el bien jurídico protegido por la figura del art. 145, CP argentino.<sup>1</sup>

El mencionado art. 145 bis dispone: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Este precepto fue modificado por la ley 26.842, en 2012. Esta reforma se centra especialmente en la exclusión del consentimiento de la víctima como una causal de renuncia de la tutela penal.

<sup>2</sup> La versión agravada del delito está prevista en el art. 145 ter: “En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o

La libertad individual, en tanto objeto de protección, debe ser entendida en un doble aspecto, “como libertad física (ambulatoria o de movimientos) y como libertad psíquica (actuación sobre la voluntad o psique del sujeto pasivo)”.<sup>3</sup> En este sentido, la trata de personas compromete la libertad individual en todas sus manifestaciones, al verse afectada desde la libertad de movimientos hasta la libertad de decidir el destino de la propia integridad corporal, en un marco de anulación o disminución de la libre determinación de la persona, que es cosificada y ve aniquilado el libre desarrollo de su personalidad y la capacidad para decidir libremente sobre el rumbo de su propia vida.<sup>4</sup>

Esta figura delictiva involucra un proceso complejo, compuesto por diferentes etapas que pueden ser llevadas a cabo por una única persona o por distintos actores.

La propia explotación a la que son sometidas las víctimas representa el *tramo final* de las distintas fases que componen el tráfico de seres humanos. Una de esas modalidades de explotación es la laboral (trabajo forzoso, esclavo o reducción a servidumbre).

## II. El delito de trata de personas y la explotación laboral

El tipo penal de trata (art. 145 bis del CP) no abarca la *fase de explotación* de las víctimas sino el proceso previo: ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger personas *con fines de explotación*.

El art. 2 de la ley 26.364, modificado por la ley 26.842, entiende por explotación (laboral) las siguientes conductas:

a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condiciones de *esclavitud o servidumbre*, bajo cualquier modalidad.

---

beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años. 3. La víctima fuere una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma. 4. Las víctimas fueren tres (3) o más. 5. En la comisión del delito participaran tres (3) o más personas. 6. El autor fuere ascendiente o descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión”.

<sup>3</sup> BUOMPADRE, *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, Mave, 1999, pp. 24-25.

<sup>4</sup> BUOMPADRE, *supra* nota 3, pp. 61-62.

b) Cuando se obligare a una persona a realizar *trabajos o servicios forzados*.

Estas modalidades de explotación comparten una nota común: describen situaciones de *sometimiento* de la persona trasladada, captada o acogida a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido.

Generalmente, en el delito de trata con fines de explotación laboral, la fase de tráfico consiste en la captación de las víctimas: se les ofrece un trabajo legal en el lugar de origen y el engaño se realiza de distintas formas, se le oculta o miente sobre el tipo de trabajo que va a realizar o sobre las condiciones laborales bajo las cuales se ejercerá dicho trabajo.<sup>5</sup>

El proceso de captación termina con la aceptación de la oferta laboral y la contracción de una deuda, relacionada con los gastos del traslado, que “se saldará” con el trabajo. Las víctimas aceptan la propuesta (“oralmente”) como consecuencia del engaño y luego, en la fase siguiente, cuando están en su puesto de trabajo, se ejerce la violencia sobre ellas. Es en ese momento tardío (fase de explotación) en que se percatan de que las condiciones laborales reales no son las que pactaron originariamente.

La explotación laboral, así definida por la ley de trata, ha sido receptada en el tipo penal de “reducción a servidumbre”, art. 140, CP argentino, es decir constituye un delito (en sus tres modalidades) autónomo y ubicado fuera de la ley de trata.

El citado art. 140, CP dispone que: “Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier

---

<sup>5</sup> A la hora de explicar el fenómeno de trata laboral se señalan ciertos factores denominados de *empuje* y de *atracción o llamada*. Con relación a los primeros, se destacan: situación económica y social precaria, e inestabilidad política de los países de origen. Además de estas condiciones reales y objetivas, existen también las subjetivas, p. ej. la percepción de mayores oportunidades disponibles en los países de destino es muchas veces el detonante para tomar la decisión. En general, esa percepción es exagerada, alimentada por experiencias de familiares o amigos que emigraron, por los medios de comunicación o por organizaciones criminales a las que les interesa divulgar esa información. Respecto de los segundos factores, se debe tener en cuenta: demanda de trabajadores en países de destino, que no puede ser satisfecha con los nacionales o porque a pesar de existir recursos nacionales para esos puestos, resulta más ventajosa —económicamente— la contratación de extranjeros. También, existen muchas veces ligámenes históricos, culturales y lingüísticos entre países de origen y de destino que actúan de impulso para la decisión de emigrar (GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/SUSAJ/REQUENA ESPADA, “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-04, 2009, pp. 5 ss.).

modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil”.

### III. La esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados como formas graves de la explotación laboral

El nudo de la protección penal en estas tres conductas típicas es la *libertad de autodeterminarse* según una libre elección de vida —autonomía—. <sup>6</sup>

Los términos “servidumbre” y “esclavitud”, no hacen alusión a una mera relación de servicio, sino a una relación de *sometimiento y enajenación de la voluntad y albedrío* de la persona. Ello exige no solamente una dominación física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, sino un verdadero dominio psíquico. <sup>7</sup>

El objetivo aquí consiste en explotar el trabajo de la víctima, bajo la condición de esclavo o siervo o bajo la imposición forzada de trabajos, y crear así una situación de *total disponibilidad* sobre esta.

La *esclavitud* refiere al sometimiento por “comercio ilegal” de personas, que en la actualidad está expresamente condenado en la mayoría de las constituciones nacionales. <sup>8</sup> Muy similar “en los hechos”, la *servidumbre* es un estado de sometimiento que presenta analogía con la esclavitud, pero puede iniciarse como sometimiento liso y llano o, por el contrario, al pactar en forma legal un servicio o labor que luego va a ir recortando la libertad del sujeto pasivo, hasta extremos intolerables para su dignidad y libertad, en tanto ser humano. <sup>9</sup>

Una diferencia conceptual entre esclavitud y servidumbre es que en esta última no es necesario exigir tal extremo de dominio o señorío psíquico, ya que basta una modalidad *abusiva* de la relación

---

<sup>6</sup> VILLADA, *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*, Córdoba, Advocatus, 2014, p. 72.

<sup>7</sup> LUCIANI, *Criminalidad organizada y trata de personas*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2011, p. 135.

<sup>8</sup> En particular, el artículo 15, CN argentina dispone que: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”.

<sup>9</sup> VILLADA, *supra* nota 6, pp. 74-75.

de servicio entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. En este sentido, la servidumbre —“condición del siervo”— es más bien la sujeción de una persona a la voluntad y designios de otra desde cualquier punto de vista que implique la pérdida de la autodeterminación y en ofensa directa a su dignidad o condición de ser humano, pero sin llegar al concepto o idea de “mercancía”, como ocurre en la esclavitud.<sup>10</sup>

La esclavitud ha sido definida como “la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla o darla en trueque”.<sup>11</sup> Pero una concepción contemporánea de la esclavitud no puede basarse en el ejercicio de derechos de propiedad sobre la persona sino en una *relación posesoria de carácter fáctico* de la víctima: el autor se apropia ilícitamente del valor de su trabajo y le arrebató la condición de persona mediante el sometimiento a una situación de disponibilidad absoluta, se comporta *como si fuera* su dueño.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> VILLADA, *supra* nota 6, pp.77-78.

<sup>11</sup> Convención de Ginebra sobre Esclavitud del 25/9/1926 (art. 1). El requisito de propiedad como elemento de la esclavitud es esencial, consustancial a la esclavitud. La violencia e incluso la falta de libertad son insuficientes para constituir esclavitud. Si no hay “propiedad”, es posible que estemos ante una situación de servidumbre pero no de esclavitud. El “dueño” del esclavo posee un control completo sobre todos los aspectos de la vida del esclavo, no solo sobre su actividad laboral, sino también sobre su vivienda, religión u otros aspectos de su vida personal (DÍAZ MORGADO, *El delito de trata de seres humanos*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 2014, p.157). Se ha definido a la esclavitud como “una condición que se caracteriza por la pérdida del libre albedrío y en virtud de la cual una persona sometida a la violencia o amenaza de la violencia se ve obligada a renunciar a su capacidad de vender libremente su propia fuerza de trabajo”. En esta definición, la “esclavitud tiene tres dimensiones fundamentales: el control por otra persona, la apropiación de la fuerza de trabajo y la utilización o amenaza de utilización de la violencia” (ver PÉREZ ALONSO, “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en PÉREZ ALONSO (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, AAVV, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 339-340).

<sup>12</sup> La necesaria vinculación del delito del art. 145 bis, CP a determinados objetivos explotadores, convierte a la trata de seres humanos en la “versión moderna” de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX. La nueva esclavitud del siglo XXI es, en cambio más rentable: es más barata que aquella legalmente establecida porque se basa en una relación fáctica de dominio en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es mucho menor. Ha llegado a sostenerse que “esta instrumentalización mercantilista de las personas es una perversión más del modelo de producción capitalista dominante globalizado basado en la explotación de unos países sobre otros y en la supremacía del libre mercado; la libertad de compra y venta se convierte en un “imperativo moral”, en “fundamento de la naturaleza humana y base de una sociedad libre” (POMARES CINTAS, “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2011, pp. 4 ss.).

En cuanto a la conducta de “obligar” a realizar trabajo o servicios forzados a una persona, su característica esencial está representada por la amenaza de un castigo —corporal o no— y por el carácter involuntario de la prestación.<sup>13</sup>

El *trabajo* supone una actividad física personal asociada al capital como medio de producción, que produce rédito económico o traducible en beneficio patrimonial de alguna naturaleza. El *servicio* es la prestación de una actividad de toda índole análoga al trabajo, pero no consiste necesariamente en una actividad de carácter personal ni que reporte beneficios para el capital o beneficios de especie patrimonial —cuidado y cura de enfermos, servicio de atención personal, etc.—.<sup>14</sup>

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha sugerido seis elementos que de forma individual o conjunta pueden indicar una situación de trabajo forzoso: amenazas o daños físicos, restricción de movimientos o confinamiento en el lugar de trabajo, trabajo sin sueldo en pago de deudas contraídas para entrar en el país, retención del salario o reducción excesiva de este, retención del pasaporte o documento de identidad y amenaza de denuncia a la policía sobre la situación irregular del inmigrante.<sup>15</sup>

Así definido el trabajo forzoso, resulta muy difícil deslindarlo de los otros dos supuestos (esclavitud y servidumbre). Casi no podría imaginarse un caso en que se obligue a una persona a realizar trabajos o servicios forzados y que a la vez no implique ello una relación servil, ya que las condiciones que definen al trabajo así impuesto le son inherentes al concepto de reducción a servidumbre o esclavitud.<sup>16</sup>

Sin embargo, una diferencia marcada por la doctrina es la que responde a una perspectiva temporal: mientras que la servidumbre será en principio duradera en el tiempo, o tendrá al menos visos de continuidad, los trabajos forzados pueden ser esporádicos, ocasionales y para una o más oportunidades establecidas.<sup>17</sup> En este sentido, el principal rasgo para diferenciar la servidumbre del

---

<sup>13</sup> TAZZA, *La trata de personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 119-120.

<sup>14</sup> VILLADA, *supra* nota 6, p. 80.

<sup>15</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS / SUSAJ / REQUIENA ESPADA, *supra* nota 5, pp. 4 ss.

<sup>16</sup> En este sentido se expresa HAIRABEDIÁN al señalar que en muchos casos la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados se superponen (*Tráfico de personas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 70). Creo podría sostenerse una diferencia de grado entre el trabajo forzoso y la servidumbre o esclavitud, al exigir en este segundo caso que las condiciones impuestas sean más gravosas o degradantes.

<sup>17</sup> TAZZA, *supra* nota 13, pp. 117-118.

trabajo forzado radica en el sentimiento o percepción que tiene la víctima de que su condición es permanente y que resulta poco probable que la situación en la que se encuentra pueda cambiar.<sup>18</sup>

#### **IV. Las formas modernas de esclavitud y las “condiciones perjudiciales de labor”**

El trabajo esclavo o forzoso se entiende así cuando las condiciones laborales irregulares constitutivas del trabajo se obtengan bajo coacción y amenaza, *para retener al trabajador en forma involuntaria*. Pero si bien todo trabajo forzoso implica condiciones inaceptables de trabajo, no todas las condiciones irregulares son trabajo forzoso.<sup>19</sup> Solo cuando se den bajo la utilización de formas que lesionen o restrinjan gravemente la libertad de autodeterminación del individuo y su plena capacidad volitiva para decidir su aceptación, podemos estar en presencia de esclavitud/servidumbre/trabajo forzoso.<sup>20</sup>

Por eso, es necesario distinguir entre el trabajo esclavo o forzoso y el trabajo en “condiciones irregularmente perjudiciales” (con “irregularmente” se hace referencia al incumplimiento de la normativa laboral, es decir, no basta con que las condiciones sean perjudiciales si no hay infracción de la norma extra-penal). En el primer caso, se parte de la base de la *inexistencia* de una relación laboral remunerada, sea porque el trabajador realiza sus labores en el marco de una situación de privación o restricción de su libertad ambulatoria, sea porque la dirección del trabajo no respeta ninguna de las condiciones *mínimas* establecidas por la ley laboral; se priva al trabajador de un sueldo, del descanso, licencias anuales, es decir, está marginado de toda ley, convención o estatuto laboral, al presentarse una *relación de dominio* entre empleador y trabajador. En suma, existe una situación de inequidad en la que el trabajador está en una posición de máxima vulnerabilidad que le impide

---

<sup>18</sup> Ello según el Tribunal de Estrasburgo, en el asunto *Siliadin contra Francia*, citado por LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 48, 2018, p.402.

<sup>19</sup> El trabajo de mujeres embarazadas en condiciones de peligro para su maternidad es considerado como un indicio de trabajo forzoso (ABOSO, *Trata de personas*, Buenos Aires, B de F, 2013, p. 106). VILLADA destaca el siguiente fallo: “La falta de mérito para procesar o sobreseer a los imputados por el delito del art. 140 del CP debe decretarse, pues si bien se demostró que explotaban talleres textiles no habilitados y que incumplían disposiciones laborales y de seguridad social con respecto a los trabajadores, no se desprende de los testimonios brindados por éstos, la existencia de signos de explotación o reducción a servidumbre” (CNCrim. y Correccional Federal, Sala I, “O.C.,O. y otros s. procesamiento”, 20 de diciembre de 2012, ver *supra* nota 7, pp.75-76).

<sup>20</sup> TAZZA, *supra* nota 13, p.118.

directa o indirectamente abandonar dichas tareas, ejercer sus derechos laborales o bien disponer de su libertad personal.<sup>21</sup>

Por el contrario, en el caso de “imposición de condiciones irregularmente perjudiciales de labor”, si bien existe cierta “reducción del ámbito de autodeterminación del trabajador” *no llega a ser una relación de dominación total física o psíquica*. Se trata de casos más leves de explotación laboral (“concepto elástico”) que no encuadran en situaciones *extremas* de sometimiento como la esclavitud y servidumbre o de trabajo forzado.

En esta lógica, no se debe confundir “reducción a servidumbre o esclavitud” con *condiciones excesivamente precarias de trabajo* (que incluye también el incumplimiento de medidas de seguridad laboral, que crean peligro —no permitido— para los trabajadores).<sup>22</sup>

Parte de la dificultad de distinguir estas dos situaciones proviene de la confusión terminológica; nótese que se identifica a las modalidades graves (esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso) como “explotación” (fase final del proceso de trata *con fines de explotación laboral*), pero también con esa expresión puede hacerse referencia a un delito específico, justamente al delito de *imposición de condiciones irregularmente perjudiciales de labor* (explotación laboral en sentido estricto).

## V. La explotación laboral como delito autónomo (delito laboral)

Aunque considero adecuado que se tipifique específicamente la explotación laboral *stricto sensu*, creo que no debe incluirse como parte de los “fines de explotación laboral” que se exige como elemento subjetivo del delito de trata de personas y que se concreta como etapa final del proceso.

En ese sentido, si bien la imposición de condiciones irregularmente perjudiciales de trabajo debe ser alcanzada por el Derecho penal, y configurarse así como un delito autónomo, este no debe integrar el ámbito de la ley de trata de personas ya que no es una forma grave de explotación como la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado.

La existencia del delito de trata de personas, en tanto proceso previo o preparación de un delito posterior, solo se justifica si esa conducta delictiva subsiguiente es lo suficientemente grave como

---

<sup>21</sup> ABOSO, *supra* nota 19, pp. 104-105.

<sup>22</sup> VILLADA, *supra* nota 6, p. 75.

para que la barrera penal se adelante y abarque una fase previa, con una pena de gravedad (4 a 8 años de prisión, art. 145 bis, CP).

Por eso propongo un cambio de terminología en el sentido de “trata de personas con fines de esclavitud”, al entender que esta expresión engloba también a la servidumbre y al trabajo forzado. En efecto, existe aquí una *gradación* en el ataque al bien jurídico tutelado: la situación del trabajo forzoso sería la menos grave, luego se pasa por la servidumbre hasta llegar a la esclavitud. Estamos por tanto ante situaciones diferentes, que podemos delimitar por el *grado de afectación* a la libertad personal y a la personalidad jurídica de la víctima, es decir, por el nivel de degradación o cosificación de la persona. En otras palabras, podría considerarse que, en principio, todos los casos de esclavitud son casos de servidumbre y de trabajo forzoso y todos los de servidumbre son también de trabajo forzoso, pero no al revés.<sup>23</sup>

Creo que la explotación laboral es una *noción graduable* y en su extremo máximo, cuando se llega a anular la autodeterminación del sujeto explotado, se configuran las modalidades de esclavitud y con ese término deben referenciarse.<sup>24</sup>

La clave entonces será delimitar con exactitud qué elementos determinan la “explotación laboral” (como delito autónomo) y así distinguirlo adecuadamente de las formas modernas de esclavitud.

## VI. Laguna normativa: ausencia del delito de explotación laboral en la Argentina

No hay en la legislación penal argentina vigente una fórmula jurídica que abarque la situación de explotación laboral *stricto sensu*, del modo que aquí se la ha definido. Existe una importante laguna

---

<sup>23</sup> PÉREZ ALONSO, *supra* nota 11, pp. 349-350. El Tribunal de Estrasburgo en el caso *Siliadin contra Francia* da a entender que hay una gradación en función de la gravedad, que la distinción entre la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso se basa en una cuestión de grado, a partir de la cual el trabajo forzoso sería una práctica menos grave que la esclavitud y la servidumbre, y la servidumbre menos grave que la esclavitud y esta la forma más extrema de explotación del ser humano (LÓPEZ RODRÍGUEZ, *supra* nota 18, p.402).

<sup>24</sup> Según esta lógica, parte de la doctrina critica la diversidad de conceptos y sostiene la necesidad de avanzar hacia la concreción de una sola noción abierta y extensa en la que pueden incluirse las distintas modalidades contemporáneas de explotación de seres humanos. Desde esta óptica, se ha propuesto —creo que acertadamente— una visión global, en virtud de la cual la esclavitud abarque la servidumbre y el trabajo forzoso (LÓPEZ RODRÍGUEZ, *supra* nota 18, p. 404 y nota 115). Así, se ha señalado que por exigencias del principio de legalidad penal sería recomendable evitar la diversificación de conceptos como si no fueran en realidad formas igualmente severas de esclavitud, y apostar a una definición que contenga un *concepto único* que aglutine las notas comunes y esenciales que los caracterizan (POMARES CINTAS, *supra* nota 12, pp. 787-788).

normativa que imposibilita captar los casos de explotación laboral cuando la pretensión de explotar se dirige (con un sentido económico) a la apropiación del valor del trabajo ajeno solo *perjudicando ilícitamente los derechos socio-laborales del trabajador*, pero sin someterlo a las categorías de siervo o esclavo ni mediante la imposición de la relación laboral.

En este sentido, el contexto legislativo argentino es el opuesto al configurado en el Código Penal español, donde no se tipifica legalmente de forma expresa el delito de sometimiento a esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Dicho vacío legal no puede quedar cubierto con la aplicación de los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 y 312, CP español, que refieren a situaciones de explotación laboral pero que no alcanzan el umbral mínimo de un trabajo forzado.<sup>25</sup> Como se viene señalando, las formas contemporáneas de esclavitud son situaciones de explotación *extrema* del ser humano, en las cuales se niega su propia condición de persona y su libertad personal más básica. En cambio, los *delitos laborales* se refieren solo a los *trabajadores* y no a todas las personas, en la medida en que tiene que haber una relación laboral (en sentido material y no formal) de la que se abusa para obtener un provecho mediante la explotación de su fuerza de trabajo y vulnerar con ello los derechos legalmente reconocidos al colectivo de trabajadores en relación de dependencia.<sup>26</sup>

Frente a este panorama, es necesario diseñar un tipo penal específico que abarque supuestos de “explotación laboral” en los que el abuso de la situación del trabajador se traduzca en la imposición de condiciones laborales ilegalmente perjudiciales, como remuneraciones extremadamente bajas,

---

<sup>25</sup> El art 311.1.º, CP español sanciona con penas de prisión y multa a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. A ello se añade, como tipo autónomo aplicable, el supuesto en el que las condiciones ilícitas se imponen con violencia o intimidación, al que le corresponde una pena superior en grado. Mientras que el art. 312. 2.º *in fine*, sanciona —también con prisión y multa— a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual (ver DÍAZ MORGADO, *supra* nota 11, p. 320). La inclusión del segundo como delito autónomo puede encontrarse en la voluntad de clarificar que *los extranjeros sin permiso de trabajo son titulares del derecho al trabajo y deben ser protegidos ante posibles vulneraciones de los derechos laborales*. Tradicionalmente se ha considerado que los extranjeros sin permiso de trabajo son objeto de una mayor protección penal al no exigir el tipo penal que las condiciones laborales sean impuestas mediante engaño o abuso de la situación de necesidad (IDEM, pp. 320-321). Según la jurisprudencia española, son claros ejemplos de “contratación abusiva” el abono de una retribución inferior al salario mínimo legal, imposición de jornada laboral muy superior a la establecida legalmente, ausencia de vacaciones y periodos de descanso, entre otras (IDEM, p. 323).

<sup>26</sup> PÉREZ ALONSO, *supra* nota 11, p. 355.

falta de descanso, etc., *pero no la violación de su libertad de decidir ser o no trabajador*, pues no se lo reduce a esclavo o siervo ni se *le impone* la relación laboral.

## VII. Necesidad de un nuevo tipo penal de explotación laboral en el CP argentino

Además de los casos extremos de trabajo forzoso, esclavo o de reducción a servidumbre, existen en la Argentina ciertas prácticas laborales (muy comunes en el trabajo no registrado) que están fuera de los límites de la legalidad, pero que suelen ser socialmente toleradas e infrecuentemente denunciadas por los propios trabajadores: remuneraciones muy por debajo del mínimo legal, jornadas larguísimas, falta de descansos, trabajo en condiciones altamente —e ilegalmente— riesgosas, entre otras.<sup>27</sup>

Brindar condiciones legales (sobre todo seguras) de trabajo representa cierto costo monetario que el empresario muchas veces no está dispuesto a pagar y, de ese modo, “somete” al trabajador —si se tiene en cuenta su dependencia en la relación de trabajo— a desarrollar su actividad en condiciones laborales *ilícitas y perjudiciales*. Este comportamiento en infracción por parte del empresario se ve exacerbado en el caso de los trabajadores “en negro” o no registrados. Esta circunstancia adquiere una relevancia esencial en el actual contexto del mercado laboral argentino, en el cual el trabajo informal y precario se ha generalizado y ha alcanzado niveles históricamente elevados.<sup>28</sup>

En ese escenario de informalidad generalizada, se observa un proceso de *doble subordinación* del trabajador “en negro”. En efecto, a la dependencia propia que le confiere la relación laboral, se le suma que no puede hacer uso eficaz de los instrumentos jurídicos y extrajurídicos existentes para velar por sus intereses; de ese modo, queda sometido de forma absoluta a las políticas empresariales

---

<sup>27</sup> Un caso emblemático está representado por los talleres textiles clandestinos en la Argentina, donde se explota fundamentalmente a ciudadanos bolivianos que ingresan al país irregularmente (ver PACECCA, “Trabajo, explotación laboral, trata de personas”, en *Rev. Inter. Mob. Hum.*, Año XIX, n.º 37, Brasilia, jul/dic 2011, p. 152).

<sup>28</sup> Se calcula que los trabajadores no registrados (“en negro”) son algo más del 33% de la fuerza laboral. La Argentina siempre fue considerada, entre los estudiosos latinoamericanos, como un país cuya característica era una “relativa menor desigualdad”, con un mercado de trabajo “moderno”, con una situación de relativa formalidad y una institucionalidad mayor que la de otras sociedades latinoamericanas. Esta situación cambia radicalmente en la década de 1970, cuando empiezan a crecer los indicadores de desigualdad laboral y social. La Argentina se precariza. El trabajo precario es sin duda el peor problema laboral que enfrenta la Argentina. Es el que marca ya no solamente la diferencia cuantitativa de la desigualdad, sino una desigualdad más profunda, que hace a un cambio de patrón en las relaciones sociales y laborales (“La precariedad es el peor problema laboral del país”, entrevista realizada a Claudia DANANI por el diario *El Economista*, 10/06/2016).

relacionadas con la reducción de costes y maximización de los beneficios económicos, entre las que se incluye la omisión de brindar las condiciones laborales legalmente impuestas (sobre todo relativas a la duración de la jornada laboral, descanso, salario mínimo y medidas de seguridad).

El desvalor de estos comportamientos empresariales debe ser receptado penalmente en una nueva figura penal que abarque la *explotación laboral consistente en imponer condiciones laborales ilícitas y perjudiciales a los trabajadores por cuenta ajena, abusando de una situación de necesidad*. El “abuso de la situación de necesidad” debe exigir algo más, debe subrayar el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad del trabajador más allá de lo que es intrínseco a la desigualdad estructural entre las partes, propia de la relación de trabajo.<sup>29</sup>

Asimismo, el precepto debe partir de una relación laboral *material* y no formal. Solo así estarían abarcados los trabajadores no registrados o en negro y los migrantes irregulares que son las categorías de trabajadores “materiales” más vulnerables.<sup>30</sup> En este contexto, el tipo penal postulado debe proteger a todos los trabajadores por cuenta ajena, pero con *mayor intensidad* a los trabajadores informales y dentro de estos últimos, a los migrantes irregulares.

Ello por cuanto, en un contexto de informalidad laboral, el incumplimiento de las normas laborales por parte del empresario adquiere un carácter “perverso”, porque implica un *aprovechamiento* de esa doble subordinación del trabajador. Cuanto mayor es la subordinación del sujeto pasivo al activo, más intensa es la incumbencia de este último. En el caso del trabajador en negro (y con más razón del inmigrante irregular), esa intensificación de competencia determina una mayor vinculación a lo injusto, que debe reflejarse en la pena.<sup>31</sup> Por eso creo que corresponde

---

<sup>29</sup> Ver en este sentido SAP Sevilla, Sec. 3.º, 85/2002, de 14-3, con relación al art. 311, CP español.

<sup>30</sup> El trabajo inmigrante siempre ha sido distinto del trabajo nativo: más duro, mal pagado, inestable y sin derechos —ni al reclamo ni a la queja—, en el cual la explotación laboral deviene en el “peaje” tácito que el extranjero debe pagar para “merecer” un lugar subalterno y devaluado. Muchos migrantes expresan que su traslado internacional fue incentivado por la posibilidad de obtener un empleo en el lugar de destino. Pero no se trata de un “buen” trabajo, de un “mejor” trabajo o de uno que ofrezca oportunidad de crecimiento a futuro. La mayoría de las veces se trata de un trabajo “para inmigrante”, un empleo de calificación manual media o baja, con largas jornadas, físicamente demandante y hasta incluso peligroso (PACECCA, *supra* nota 27, pp. 151-152).

<sup>31</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, El concepto de trabajador en el derecho penal español, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.º Época, n.º 13, 2004, p. 40.

desvalorar más intensamente la conducta del empresario (explotación) cuando se lleve a cabo en el marco de una relación laboral informal, que tendrá su correlato en una escala penal más gravosa.

Según este razonamiento, el tipo penal propuesto abarca como sujetos pasivos a los “trabajadores por cuenta ajena”. En este sentido, no se trata de cualquier trabajador, sino de quien se encuentra en una situación subordinada y dependiente en una relación laboral, y queda, de esta manera, expuesto al posible abuso de su superioridad por parte del empleador.<sup>32</sup> Este momento de desequilibrio o desigualdad dota de contenido al concepto jurídico penal de “trabajador por cuenta ajena”, que debe entenderse únicamente como aquel que *realiza una actividad productiva en relación de dependencia*. Son esos los dos elementos que integran esa definición.<sup>33</sup> El primer elemento tiene que ver con la productividad en sentido amplio, concretamente con la realización de toda actividad productiva que genere medios materiales o bienes económicos.<sup>34</sup> La segunda nota remite a la relación de dependencia, que supone una subordinación técnica, jurídica y económica. La primera significa que el trabajador debe acatar las órdenes que le imparte el empleador sobre cómo debe ser realizado el trabajo. La subordinación jurídica resulta de la facultad que le confiere la ley al empleador de dirigir, dentro de ciertos límites, la actividad productiva de su dependiente. Finalmente, la económica se traduce en la remuneración que tiene derecho a recibir el trabajador, como contraprestación de sus servicios.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> “La relación laboral no es horizontal o simétrica, sino vertical o asimétrica al conferirse en exclusiva al empresario el poder de dirección y organización de la estructura empresarial donde se inserta la prestación laboral” (SAP Granada, 1.º, 10/11/2008). El trabajador se ve obligado a someterse a las jornadas, ritmos y condiciones de producción que le señalan los mandos de la empresa, bajo el riesgo de perder su trabajo, por eso se ha dicho que la relación entre empleador y trabajador está “desequilibrada de manera radical y debe definirse a partir de las notas de dependencia, subordinación y sometimiento; el obrero no solo vende su capacidad de trabajo, vende también su obediencia a la disciplina de la fábrica, a las reglas de la empresa y a los dictados de los jefes”; “las formas del poder en el interior de la empresa son complejas y múltiples, su evolución se explica en parte por los avances técnicos de la industria. La máquina y los sistemas informáticos son instrumentos silenciosos de construcción de disciplina y consenso. El poder se expresa con mecanismos directos como son la vigilancia u observación, el estímulo y la amenaza, o indirectos, con mediaciones impersonales, como pueden ser los reglamentos interiores o la cadena fijada para la realización de las actividades” (SÁEZ VALCÁRCEL, “Morir en el trabajo: política criminal frente a los accidentes laborales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 15, 2005, pp. 41 y 43). En este contexto, la posición del trabajador es doblemente dependiente. Lo es como efecto de una situación estructural de naturaleza económica y lo es también dentro del microcosmos que representa la empresa, reflejo a su vez de aquella situación más general (BAYLOS / TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 40 ss.).

<sup>33</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *supra* nota 31, p. 36.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *supra* nota 31, pp. 40-41.

<sup>35</sup> BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 430.

## EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

La *relación de subordinación* es la razón material sobre la que se fundamenta la autoría del sujeto activo en este delito y, al mismo tiempo, la razón que explica la especial protección del trabajador.<sup>36</sup>

La ausencia de un contrato de trabajo “formal” no representa un impedimento para el reconocimiento de los derechos laborales del trabajador explotado (sujeto pasivo) que el tipo penal debe proteger, tanto de los trabajadores en negro como “categoría general”, como de los migrantes irregulares (categoría particular de trabajadores no registrados).<sup>37</sup>

Esta postura es compatible con la ley migratoria (ley 25.871) y con la Ley de Contrato de Trabajo (LCT, ley 20.744).

En efecto, más allá de la prohibición a los migrantes irregulares de trabajar o realizar tareas remuneradas del art. 53 de la ley migratoria,<sup>38</sup> complementado por el art. 55 de la misma norma, que prohíbe proporcionar trabajo u ocupación remunerada a los extranjeros que residen irregularmente, el art. 56 (ley 25.871) dispone que la aplicación de la ley de migraciones “no exime al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria” y agrega que “en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria”.

Por su parte, la LCT, en su art. 40, establece que se considerará prohibido el objeto del contrato de trabajo “cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones”, pero aclara que “[l]a prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador”. El art. 42, LCT expresamente dispone que “el contrato de objeto prohibido no afectará el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones o indemnizaciones que se deriven de su extinción por tal causa, conforme a las normas de esta ley y a las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo”.

---

<sup>36</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *supra* nota 31, p. 37.

<sup>37</sup> En términos del Tribunal Supremo español, el art. 311, CP español “no protege las consecuencias de un contrato de trabajo formalmente válido, sino la situación de personas que prestan servicios para otra. De lo contrario, el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección” (STS de 12 de abril de 1991).

<sup>38</sup> Art. 53, ley 25.871: “Los extranjeros que residan irregularmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia”. Por su parte, quienes residen regularmente solo pueden trabajar si la categoría en la que han sido admitidos los habilita (arts. 51 y 52 de la misma ley).

La posición aquí expuesta adquiere fundamento también en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto establece que el trabajo “*en sus diversas formas*” gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador “*condiciones dignas de labor*”. Esa expresión debe interpretarse en el sentido de que el mandato protectorio de la ley suprema no hace distinciones acerca de la modalidad o forma jurídica de la prestación; *incluye tanto al trabajador formal, como al informal*. Siguiendo esta lógica, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas reconoció en 2016 que el derecho al trabajo abarca “nuevas categorías, como las de los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores del sector informal, los trabajadores agrícolas, los trabajadores refugiados y los trabajadores no remunerados”. También la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se viene ocupando de modo normativo de los trabajadores de cooperativas y sectores informales.<sup>39</sup> De ahí que, para la efectividad completa de los derechos sociales, resulta necesario que se llegue a estos sectores para que gocen de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo equivalentes a las de los trabajadores asalariados, con protección contra la discriminación, derecho a la seguridad y a condiciones de trabajo seguras y saludables, a la protección de la maternidad, a la libertad de asociación, a la libertad de disponer de su remuneración y a la protección contra el desempleo.<sup>40</sup>

A modo de resumen, la situación de desigualdad estructural de la relación laboral, en la que una parte —trabajador— depende de la otra —empresario—, es una nota clave para configurar a los trabajadores en relación de dependencia como un colectivo vulnerable que requiere una protección eficaz de sus derechos fundamentales, que pueden verse afectados en el marco de esa relación “asimétrica”, y debe ser reforzada mediante la intervención del Derecho penal, a fin de nivelar, de proteger al más débil frente al más fuerte, frente a abusos graves.

En este esquema, los trabajadores “en negro” en la Argentina, que desarrollan su actividad en situaciones de mucho mayor precariedad que los trabajadores formales y en ámbitos de mayor riesgo (pequeñas y medianas empresas, talleres textiles, sector de la construcción, agrario y minero), y con más razón dentro de esta categoría, los migrantes irregulares, necesitan una *protección penal intensificada frente a las conductas empresariales de explotación laboral*.

Asegurado el respeto al principio de mínima intervención del Derecho penal, se trata de tipificar el quebramiento *muy grave* de las condiciones legales de trabajo, impuestas por el empresario

---

<sup>39</sup> ARESE, “Institucionalización de un nuevo sujeto social en Argentina”, en diario *La voz del interior*, Córdoba, 11 de mayo de 2011.

<sup>40</sup> ARESE, *supra* nota 39.

que abusa de la situación de necesidad del trabajador. De este modo, el delito protegerá, de *lege ferenda*, las *condiciones dignas de labor* garantizadas por la CN y normativamente establecidas (en la legislación laboral y los convenios colectivos de trabajo).

En otras palabras, el precepto abarcará el comportamiento del empresario de imponer a los trabajadores a su servicio condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por la ley, es decir, explotación laboral en sentido estricto: la explotación económica del trabajador a través de medios ilícitos que procura obtener un provecho económico mediante el atropello de sus derechos socio-laborales.<sup>41</sup> Aunque la motivación económica es lo que subyace a la comisión del delito, no es necesaria su incorporación a la descripción de la conducta típica, ni como móvil del autor (elemento subjetivo) ni como exigencia de lograr efectivamente el provecho económico (elemento objetivo), ello en virtud de las dificultades que se generan por la necesidad de probar dichos elementos en el marco del proceso.

La técnica de tipificación será la de “ley penal en blanco”, ya que el tipo penal debe remitir a la normativa laboral para identificar las infracciones (graves), en la medida en que es necesario que las condiciones perjudiciales de trabajo sean *ilícitas*, lesivas para los derechos reconocidos al trabajador.

### **VIII. El delito de explotación laboral en el Proyecto de Reforma General al CP argentino (2018)**

En el Título XXI, “Delitos contra la libertad y dignidad en el trabajo”, Capítulo 2, “Contrataciones y condiciones laborales ilegales”, encontramos el artículo 422 del Proyecto de Reforma General del CP argentino de 2018, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años y SEIS (6) a TREINTA Y SEIS (36) días-multa, siempre que no importe un delito más severamente penado, al que contratarse a una persona en forma clandestina y lo sometiere a condiciones de trabajo que afectaren gravemente su dignidad”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> POMARES CINTAS, *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia, 2013, p. 57.

<sup>42</sup> Esta formulación típica tiene similitudes con los arts. 312. 2.º *in fine* y 311. 1.º, CP español. El primer precepto establece que: “En la misma pena incurrirán [pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses] quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen

¿Puede interpretarse el precepto transcrito como un tipo penal de explotación laboral *stricto sensu*?

En primer lugar, debe señalarse que esta norma no sigue los parámetros aquí establecidos para la configuración del mencionado delito. Veamos.

Como puede verse, la conducta típica debe responder a un doble requerimiento:

a) “contratación clandestina” y b) “sometimiento del contratado a condiciones laborales que afectaren gravemente su dignidad”.

Respecto del primer requisito, no queda claro para el intérprete qué exégesis cabe darle al término “clandestina”. Según la definición ofrecida por el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, clandestino es algo: “secreto, oculto y especialmente hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla”.<sup>43</sup>

En este contexto, creo que el concepto puede abarcar una contratación *informal*, asociada con el significado de dicho término, en tanto refiere a un trabajo “en negro” o “sumergido”. También puede aplicarse a una contratación contraria a una disposición específica que la prohíbe, p. ej., y según lo desarrollado antes, respecto de un inmigrante sin permiso de trabajo.

Una crítica inicial a este primer aspecto de la descripción del comportamiento típico consiste en que la protección penal queda reducida a los casos de “contratación informal o contraria a la ley” y deja fuera del elenco de sujetos pasivos al trabajador formal, quien también puede ser víctima de estas conductas empresariales ilícitas. En esta exégesis, y como se ha señalado antes, el tipo penal

---

reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Por su parte, el art. 311. 1.º dispone: “Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1. Los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Entre estos dos tipos penales solo hay dos diferencias: a) el sujeto pasivo: el art. 312. 2.º *in fine* protege a los *trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo*, en tanto que en el art. 311. 1.º podrán ser sujetos pasivos tanto los españoles como los extranjeros con permiso; y b) los medios comisivos: porque el art. 311. 1.º exige que la conducta se lleve a cabo mediante engaño o abuso de una situación de necesidad, mientras que en el art. 312. 2.º *in fine* no se exige, en principio, ningún medio comisivo; ver DÍAZ / GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2007, p. 280.

<sup>43</sup> <https://dle.rae.es/clandestino?m=form> [Enlace verificado el día 20 de agosto de 2020].

aquí propuesto debería distinguir ambas situaciones y desvalorar más gravemente la explotación de un trabajador informal (con una escala de pena más gravosa).

En cuanto al segundo requisito, la conducta típica consiste en imponer, obligar al trabajador (contratado clandestinamente) a aceptar determinadas condiciones laborales que atentan contra su dignidad, es decir, que sean perjudiciales para sus derechos. Si bien la norma no prevé medios comisivos específicos *expresamente*, el término “someter” —por reflejar la situación de desigualdad estructural entre trabajador y empresario— conlleva (implícitamente) la exigencia de engaño o abuso, lo que hace innecesaria la consignación de dichos medios típicos.<sup>44</sup>

Hay *engaño* cuando se utiliza cualquier ardid o maquinación fraudulenta y se le oculta al trabajador el significado perjudicial de la condición o la condición misma, lo que da lugar a un consentimiento viciado. En todo caso, debe resultar idóneo para determinar al “contratado” a aceptar el empleo en esas condiciones, es decir, debe tener cierta relevancia y dirigirse a lograr la imposición de tales circunstancias.<sup>45</sup>

El *abuso de una situación de necesidad* equivale al aprovechamiento por parte del empresario de un específico estado de precariedad en el que se encuentre el trabajador afectado. Así, debe valorarse la necesidad objetiva de *ese* trabajador y resulta imprescindible que el empleador conozca ese estado concreto y sepa de la aceptación forzada de las condiciones que impone. En este sentido, y como se dijo antes, no es posible estimar cumplida la conducta típica de “explotación” por la simple existencia genérica de la situación de desigualdad entre empresario y trabajador.<sup>46</sup>

El término “gravemente” utilizado para caracterizar a la afectación a la dignidad resulta acertado, ya que implica la exigencia de restringir el catálogo de comportamientos punibles y de

---

<sup>44</sup> En este sentido se expresa TERRADILLOS BASOCO, con relación al art. 311, CP español: según el autor, la ausencia de mención de tales medios comisivos no habría incrementado sustancialmente el ámbito de lo punible, pues no parece imaginable una imposición de condiciones ilegales si no se emplea engaño o abuso (“Derecho penal del trabajo”, en *Revista Penal*, 1998, n.º 1, p. 82).

<sup>45</sup> LORENZO SALGADO, “La protección de las condiciones laborales o de seguridad social en los arts. 311 y 312.2, inciso 2.º, CP”, en VARELA CASTRO / MARCHENA GÓMEZ (dir.), *La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 5-2008, pp. 274-275.

<sup>46</sup> LORENZO SALGADO, *supra* nota 44, p. 275.

adecuar la intervención penal, en el contexto de la prestación laboral, a los principios de intervención mínima y de *última ratio*.

En cuanto a la expresión “condiciones laborales”, ha de entenderse que alude a aquellas que constituyen el contenido de la relación de trabajo, es decir, todas las que afectan a la celebración, ejecución y cumplimiento del contrato: salario, jornada laboral, vacaciones, etc.<sup>47</sup>

Ahora bien, las condiciones perjudiciales (que afectan gravemente la dignidad), como salario *por debajo del mínimo establecido*, jornada *más extensa que la correspondiente*, ausencia de vacaciones *previstas*, etc., constituyen violaciones a los derechos reconocidos al trabajador que el orden jurídico-laboral, en tanto “derecho protectorio” de la parte débil de la relación laboral, establece como “condiciones mínimas” que la parte fuerte (empresario) debe respetar.<sup>48</sup> Y es aquí donde la redacción del tipo penal presenta su mayor deficiencia: si bien exige que las condiciones impuestas “afecten gravemente la dignidad” del trabajador, *no exige que sean ilegales*. Es decir, no recurre a la técnica de la ley penal en blanco, como se ha recomendado antes. En efecto, según el esquema aquí expuesto, la conducta típica de explotación debe partir de la *infracción de las normas laborales* que regulan las condiciones de trabajo. Esa cláusula de remisión (ausente en el art. 422 analizado) cumple una función importante porque respeta el principio de “unidad del ordenamiento jurídico”, en la medida en que evita eventuales contradicciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo/laboral y reduce las posibilidades de que el primero prohíba conductas permitidas por el segundo.

En este ámbito (relaciones laborales) tan intensamente regulado por otras ramas jurídicas, el Derecho penal cumple una función *subsidiaria*, ya que la tutela inmediata de las condiciones de

---

<sup>47</sup> LORENZO SALGADO, *supra* nota 44, p. 270.

<sup>48</sup> La tendencia a dar especial protección a la parte más débil de la relación laboral —trabajador— (principio protectorio) se complementa con el “principio de irrenunciabilidad” que plantea la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de las ventajas que el Derecho laboral le concede a los trabajadores: no pueden renunciar a estos. Sin este principio, el principio protector sería inoperante y tiene su fundamento en la *indisponibilidad*: el trabajador no puede disponer de sus derechos laborales frente al empleador. Esta cuestión se relaciona con la (ir)relevancia del consentimiento del trabajador a las condiciones perjudiciales ilícitas de trabajo. En las relaciones laborales, el papel tutelar que cumple el Derecho impide concebir la sujeción a condiciones infra-legales del trabajador como un desistimiento de este a sus derechos (indisponibles), por cuanto el trabajador no puede valerse de otras herramientas y técnicas que aquellas que le impone el patrón, quien detenta las facultades de organización y dirección de la producción (arts. 64 y 65, LCT). Por lo tanto, resulta indisponible su tutela y ello no solo por imperio legal, sino constitucional (art. 14 bis, Constitución Nacional) e internacional (tratados a los que la Argentina se ha obligado voluntariamente y que organismos como la OIT supervisan).

trabajo la ejercen los derechos laboral y administrativo. En ese sentido, la herramienta penal, en tanto *ultima ratio*, debe dirigirse a un momento *posterior* al incumplimiento del orden laboral/administrativo, por medio de un fortalecimiento de los objetivos de protección de esta normativa extra-penal y cuando, además de esa infracción, se configure una afectación *grave* a la dignidad del trabajador y no ante cualquier infracción administrativa. La evaluación del plus *afectación grave* corresponde, en este contexto, al juzgador. De este modo, con la remisión a la norma extrapenal se garantiza un mayor respeto de los principios político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, al atribuir al Derecho penal un papel “accesorio” y no principal, pues permite que únicamente se castiguen aquellas conductas especialmente graves.<sup>49</sup>

Sin esa cláusula de remisión, la expresión “afectación grave de la dignidad” se torna demasiado amplia e imprecisa, ya que en la exégesis de dicha fórmula no hay un límite normativo, al no requerir el tipo penal que esas condiciones sean, además, *ilegales*.

Esta estructura típica genera el siguiente problema:

La falta de precisión del comportamiento típico puede conllevar una *delegación subrepticia en la toma de decisiones penales básicas a favor del juez*.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> El concepto de “accesoriedad del Derecho penal” no debe entenderse en el sentido de subordinación al resto de las ramas que conforman el ordenamiento jurídico, sino más bien en el sentido de “complementariedad”, de tal modo que el Derecho penal intervendría en aquellos casos en que los mecanismos extra-penales existentes no garantizan en su totalidad la protección del bien jurídico, cuando las otras ramas del Derecho no cubren la totalidad del desvalor de determinadas conductas (HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 95-97 y nota 201).

<sup>50</sup> En el principio de legalidad se pueden distinguir una dimensión técnica y una política. En el primer aspecto, dicho principio proporcionaría la esencial garantía de la seguridad jurídica: que los ciudadanos sepan —en la medida de lo posible— qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones a las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución. El segundo aspecto se refiere a la necesaria vinculación entre las decisiones incriminatorias y la representación básica de los ciudadanos: tiene por objeto fundamental el problema de la legitimación democrática de las disposiciones definitorias de los delitos y las penas y de las decisiones que aplican tales normas. Dentro de esta vertiente política, puede distinguirse además, entre un aspecto formal y uno material. El primero atiende al rango de las normas reguladoras de la materia penal, es decir, solo por ley —e incluso por ley cualificada, en tanto expresión de la voluntad general— podrán introducirse las restricciones del ámbito de libertad de los ciudadanos que representan las penas (en efecto, solo en un procedimiento de las características del legislativo puede esperarse la debida atención a los criterios de la mayoría de la población, a la vez que la consideración de los puntos de vista de las minorías). El segundo aspecto, en cambio, se refiere al grado de precisión con que el legislador cumple su función de establecer tales normas penales y al grado de vinculación existente entre dichas normas y las decisiones de los jueces (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2010, pp. 402-404).

En efecto, sin el reenvío, la interpretación de *cuándo* esas condiciones laborales afectan gravemente la dignidad del contratado, recae *exclusivamente* en el juzgador, cuyo excesivo ámbito de discrecionalidad puede afectar el principio de legalidad. La indeterminación de la conducta típica lleva implícita una renuncia del legislador a su misión de definir los comportamientos punibles y *una posible remisión al juez para que proceda a tal labor*.<sup>51</sup> Desde esta óptica, la necesidad de que la ley penal contenga un núcleo claro, bien determinado, suficientemente estable y que cubra la mayor parte del campo de aplicación de las normas, tiene que ver con la precisión en los mensajes normativos del legislador y la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes, a la hora de aplicar sus decisiones.<sup>52</sup>

En este esquema, el principio de legalidad puede verse entonces como expresión del principio de separación de los poderes; lo que debe traducirse en un adecuado equilibrio entre la función legislativa de *crear* el delito, la del ejecutivo de *aportar una precisión* (mediante el reenvío a reglamentaciones) —pero no definición— de la conducta prohibida y la del juez de *valorar*—pero tampoco definir— el comportamiento típico.

## IX. A modo de conclusión

Las normas penales argentinas vigentes contemplan casos de “formas modernas de esclavitud”, en tanto fase final del proceso de trata de personas (art. 140 CP), pero son insuficientes para abarcar casos de explotación laboral *stricto sensu*. Como consecuencia de esta laguna normativa, hay comportamientos empresariales que imponen a los trabajadores condiciones laborales ilegales, *gravemente perjudiciales*, que quedan fuera de la intervención penal.

Con este telón de fondo, la inclusión del art. 422 en el Proyecto de Reforma General al CP (2018) representa una acertada iniciativa; sin embargo el tenor literal no cumple con los parámetros

---

<sup>51</sup> SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 49, p. 406. El principio de legalidad se enlaza, con su reserva a favor del Poder Legislativo de las decisiones básicas en materia penal, con el principio de separación de poderes, pues se impide que sean los poderes Ejecutivo o Judicial los que decidan acerca de aquellos extremos. Esto solo se puede lograr con leyes lo suficientemente precisas que eviten que tal decisión quede en manos del juez (NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, Comares, 2010, p.37).

<sup>52</sup> SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 49, pp. 407-409. El espacio cedido al juez de decisión de la frontera de lo punible crea la tensión entre seguridad y justicia (entendida esta como adaptación del derecho a las necesidades sociales) (DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 29).

que aquí se han considerado necesarios para una protección eficiente de los intereses jurídicos en juego.

En este sentido, el bien jurídico tutelado en el delito de explotación laboral aquí postulado no será la libertad como en el caso del art. 140, CP argentino, sino el derecho a la prestación del trabajo en las *condiciones reconocidas por la legislación vigente*, como manifestación de la *dignidad* del trabajador.<sup>53</sup> La dignidad personal constituye un valor espiritual y moral inherente al individuo, cuyo respeto debe gozar del mayor nivel de protección, como derecho fundamental. Puede definirse a la dignidad personal como “el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno”.<sup>54</sup>

## X. Bibliografía

ABOSO, *Trata de personas*, Buenos Aires, B de F, 2013.

ARESE, C., “Institucionalización de un nuevo sujeto social en Argentina”, en diario *La voz del interior*, Córdoba, 11 de mayo de 2017.

BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2010.

BAYLOS, A. / TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, Madrid, Trotta, 1997.

BUOMPADRE, J., *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, Mave, 1999.

DÍAZ MORGADO, C., *El delito de trata de seres humanos*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 2014.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2007.

---

<sup>53</sup> De un modo similar, se postula que el interés protegido en los arts. 311. 1.º y 312. 1.º, CP español es “*la prestación del trabajo en las condiciones exigidas por la legalidad vigente*” (sobre el punto, ver DÍAZ / GARCÍA CONLLEDO (Dir.), *supra* nota 42, p. 283).

<sup>54</sup> ROJAS RIVERO, *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Albacete, 2005, pp. 15 ss.

DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., SUSAJ, G. Y REQUENA ESPADA, L., “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-04, 2009.

HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

HORTAL IBARRA, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 48, 2018.

LORENZO SALGADO, J., “La protección de las condiciones laborales o de seguridad social en los arts. 311 y 312.2, inciso 2.º, CP”, en VARELA CASTRO / MARCHENA GÓMEZ (dir.) *La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 5-2008.

LUCIANI, D., *Criminalidad organizada y trata de personas*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2011.

NAVARRO FRÍAS, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, Comares, 2010.

PACECCA, M., “Trabajo, explotación laboral, trata de personas”, en *Rev. Inter. Mob. Hum.*, Brasilia, año XIX, n.º 37, jul/dic 2011.

PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en PÉREZ ALONSO (dir.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, AAVV, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2011.

ROJAS RIVERO, G., *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Albacete, 2005.

**EN LETRA: DERECHO PENAL**

Año VI, número 10 (2020).

SÁEZ VALCÁRCEL, R., “Morir en el trabajo: política criminal frente a los accidentes laborales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, n.º 15, 2005.

SÁNCHEZ LÁZARO, F., “El concepto de trabajador en el derecho penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 13, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2010.

TAZZA, A., *La trata de personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

TERRADILLOS BASOCO, J., “Derecho penal del trabajo”, en *Revista Penal*, n.º 1, 1998.

VILLADA, J., *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*, Advocatus, Córdoba, 2014.

## RESPONSABILIDAD Y DISCURSO. A PROPÓSITO DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA REINCIDENCIA

Juan Rodrigo ZELAYA\*

---

Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2019

Fecha de aprobación: 21 de abril de 2020

### Resumen

Este trabajo ofrece una crítica de los criterios jurisprudenciales que defienden la posibilidad de declarar de oficio la reincidencia del condenado, e incluso la falta de necesidad de su declaración para que produzca efectos. Luego de exponer los argumentos que sostienen esas posiciones, se proponen tres argumentos críticos que permiten defender la necesidad de problematizar en juicio la reincidencia y de que sea declarada en la condena para que produzca efectos. Primero, desde una concepción interpersonal de la responsabilidad, se discute que la reincidencia sea un *estado de cosas* que existe más allá de su declaración, y se sostiene que es un concepto aplicable a través de un actuar institucional. Segundo, se critica que existan institutos de orden público aplicables independientemente de su problematización en juicio y se defiende —filosófica y constitucionalmente— la vigencia de un principio contradictorio fuerte. Finalmente, se disputa la imagen de la reincidencia como modalidad de ejecución de la pena y se propone concebirla como parte integrante de esta.

*Palabras clave:* reincidencia – responsabilidad – legitimidad – democracia deliberativa – principio contradictorio – principio acusatorio

**Title: Responsibility and Discourse. On the ‘Ex Officio’ Declaration of Recidivism**

---

\* Abogado (Universidad de Mendoza). Master en Estado Global y Democracia Constitucional (Universidades de Génova y Girona). Doctorando en derecho (UBA). Adscripto a la cátedra de Derecho Penal Parte General (UNCuyo). Contacto: Juanzel@gmail.com. Agradezco especialmente a Sebastián Figueroa Rubio por la lectura y crítica, y a los dos árbitros anónimos por las sugerencias y apuntes formulados.

## Abstract

This piece criticizes jurisprudential criteria favoring the possibility to plead the convict's recidivism by the court's own initiative, and even the needlessness of such declaration for recidivism to become effective. After setting out the arguments that support said stances, three crucial counterarguments are formulated to defend that recidivism must be discussed in court and must be declared when pronouncing a conviction for recidivism to become effective. Following a relational conception of responsibility, the article questions that recidivism be a state of affairs beyond its declaration, stating that it is a concept applicable through an institutional framework. Furthermore, this work challenges the fact that several public order institutes are applied regardless of being or not discussed in court, defending, both from a philosophical and constitutional point of view, a strong contradictory principle. Finally, the article disputes the idea of recidivism as a means to execute punishment, suggesting it should be considered an integral part of it instead.

*Key words: recidivism – responsibility – legitimacy – deliberative democracy – contradictory principle – accusatory principle*

**Sumario. I. Introducción. Planteo del problema; II. La reincidencia en la jurisprudencia argentina; III. Los problemas del criterio cuestionado: democracia, discurso y defensa; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.**

### **I. Introducción. Planteo del problema**

La reincidencia es uno de los institutos más discutidos en la literatura jurídico-penal. Consiste, en resumidas cuentas, en la provocación de algún tipo de intensificación de la reacción estatal penal sobre quienes, luego de haber recibido una condena y cumplido efectivamente una parte de la pena, son nuevamente condenados por un hecho cometido con posterioridad a la condena anterior.

Las condiciones para su declaración y las consecuencias sobre la persona a la que se le atribuye esa calidad varían según cada ordenamiento jurídico. No me detendré en tales aspectos, pues no pretendo analizar exegéticamente la legislación. Tampoco debatiré, por tentador que sea, sobre su

justificación moral —si es que es justificable—. <sup>1</sup> El objeto de este trabajo es más humilde y concreto: problematizar un criterio jurisprudencial que, bajo la apariencia de ser una discusión sobre las condiciones para que la reincidencia produzca sus efectos, esconde un debate más profundo acerca de la naturaleza de la responsabilidad, la forma del derecho y la legitimidad de su puesta en práctica.

Luego de este apartado introductorio, el trabajo se estructura en dos partes. La primera (II) expondrá las posturas criticadas, una de las cuales ha sido recogida en el anteproyecto de Código Penal de 2019, sobre la naturaleza, declaración y producción de efectos de la reincidencia (II.1); luego se reconstruirán los tres argumentos que las sostienen (II.2). En la segunda parte del trabajo (III) se desandarà el camino trazado, se cuestionará cada uno de esos argumentos y se sostendrán tres ideas que los contradicen: la primera, desde una concepción interpersonal de la responsabilidad; la segunda, ofreciendo razones filosóficas para defender la importancia del principio contradictorio en una concepción discursiva del derecho; y la tercera, mediante la consideración de la reincidencia como un elemento que impacta en el propio concepto de la pena. El último punto del trabajo ofrecerá a modo de conclusión una tesis alternativa que aparece más compatible con los argumentos defendidos (IV).

La crítica que será desarrollada a lo largo de las páginas que siguen está dirigida hacia los argumentos que sostienen las tesis cuestionadas —lo cual no conlleva necesariamente la negación de esas tesis—. Dichos argumentos son empleados por los defensores de esas posturas indistintamente para defender una u otra. El paso que sigue será verificar si es posible seguir sosteniendo esas tesis con los argumentos que ofrezco. De tal manera, la crítica se estructura en los siguientes pasos: impugnar los argumentos que subyacen a las tesis (A) y (B), ofrecer argumentos propios que los contradicen, verificar si estos nuevos argumentos son compatibles con tales tesis y de no ser así, formular una tesis alternativa a ambas.

## **II. La reincidencia en la jurisprudencia argentina**

### **1. Reincidente sin declaración. Declaración sin acusación**

---

<sup>1</sup> Sobre las diversas variantes de justificación de la reincidencia, en la jurisprudencia de la CSJN: Fallos: 337:637 y “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis”, del 5 de febrero de 2013, voto en disidencia del ministro ZAFFARONI, considerandos 9.º a 14.º. En la doctrina, entre muchos otros, PALERMO, “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, en MALDONADO FUENTES (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2016.

## EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

El Código Penal argentino (en adelante, CP) regula el instituto de la reincidencia en su artículo 50. Según este, la reincidencia tiene lugar cuando una persona que ha cumplido total o parcialmente una pena privativa de la libertad comete un nuevo delito reprimido con esa modalidad de pena.

Desde hace años, en la jurisprudencia argentina se discute acerca de la naturaleza, forma y efectos del instituto de la reincidencia. En este contexto, se destacan dos tesis que, si bien tienen un impacto diferente sobre el proceso penal, merecen ser analizadas en conjunto porque están apoyadas en los mismos argumentos.

La primera sostiene que, una vez reunidas las condiciones del artículo 50, CP, el juez está habilitado —y obligado— a declarar de oficio la reincidencia, aun cuando no exista acusación que lo requiera. La segunda afirma que la reincidencia opera automáticamente, aun sin esa declaración. Estas tesis pueden ser formuladas en forma resumida del siguiente modo: (A) *la reincidencia puede —y debe— ser declarada de oficio por el juez cuando se encuentren reunidas las condiciones de hecho previstas normativamente para su procedencia, aun cuando no medie acusación fiscal en tal sentido ni se haya debatido en el juicio la posibilidad de dictarla;* y (B) *aun sin pronunciamiento judicial que declare reincidente a la persona condenada, si ella cumple con las condiciones de procedencia del instituto estará sujeta a los efectos previstos para la reincidencia en el Código Penal.*

Esbozo a continuación algunos de los efectos prácticos de estas posiciones. Si uno toma (B) como válida, debería aceptar que quien no fue declarado reincidente en la sentencia condenatoria se ve privado de acceder a los beneficios que prevé el régimen de progresividad de la pena. Asumir (A), por su parte, implica asumir igualmente que es posible que un juez o una jueza condene como reincidente a la persona enjuiciada, sin que ella haya podido manifestarse al respecto en el debate. También conlleva, p. ej., la posibilidad de que el juez o la jueza agregue la declaración de reincidencia a un acuerdo de juicio abreviado en el que expresamente ha sido excluida.

Han asumido las tesis (A) y (B) la Cámara Federal de Casación Penal<sup>2</sup>, la Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires<sup>3</sup>, el Procurador General de la Nación<sup>4</sup>, la Suprema Corte de Justicia de

---

<sup>2</sup> CFCP, Sala I, causa 17.450, “Aguilera Moreno”, 17/10/2013, disponible en elDial.com - AA847B.

<sup>3</sup> TCPBA, en pleno, causa 77.660, “M.L., M.A.”, 2/9/2017, La Ley Online AR/JUR/67780/2017.

<sup>4</sup> Procuración General de la Nación, S.C.C. 434, L.XLIII, “C., Jorge Nelson s/ causa 7403”.

Mendoza<sup>5</sup>, la Cámara en lo Criminal y Correccional de la CABA<sup>6</sup> y la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.<sup>7</sup> La Corte Federal ha asumido la tesis (B), pero no se ha pronunciado en torno a la posibilidad de declarar de oficio la reincidencia.<sup>8</sup>

El anteproyecto de reforma del CP redactado por la comisión nombrada por el decreto n.º 103/2017 ha recogido, sin explicar las razones en la exposición de motivos del art. 50, la tesis (B). En este sentido, su artículo 50 agrega un párrafo a la redacción original que dispone que “*la reincidencia producirá efectos desde que adquiriese firmeza la condena por el nuevo delito*”.

## **2. Estado de cosas, orden público y ejecución penal**

En lo que sigue de este punto II, me dedicaré a reconstruir las ideas sobre las cuales se apoyan las tesis cuestionadas. Recién en el punto III las revisaré críticamente. Son tres los argumentos que, indistintamente, se emplean para sostener tanto la tesis (A) como la tesis (B): el argumento del *estado de cosas*, del *orden público* y de la *ejecución penal*.

### **a. La reincidencia como estado**

La primera vía de justificación de las tesis (A) y (B) ha sido la que considera a la reincidencia un *estado de cosas*. Según esta, la reincidencia constituye “*una situación de hecho, un estado que no requiere más que la comprobación de los extremos exigidos por el art. 50, CP*”,<sup>9</sup> “*un estado que se adquiere [y], como tal, precede a su declaración formal por parte del órgano jurisdiccional*”, que solo reconoce un estado preexistente;<sup>10</sup> “*un estado previsto en la ley sustantiva de manera objetiva cuya operatividad es de aplicación obligatoria para los jueces, indisponible para las partes e inmodificable mediante la legislación procesal*”;<sup>11</sup> “*un estado que se aplica de pleno derecho a partir de la verificación de los extremos legales previstos en el art. 50,*

---

<sup>5</sup> SCJM, Sala II, L.S. 321-042, L.S. 398-179, L.S. 399-118, L.S. 407-010 y L.S. 466-018, dictadas en las causas “Pollaro Álvarez”, “Pedot Olivera”, “Martínez Gutiérrez”, “Guzmán Saavedra” y “Reyes Fredes” respectivamente.

<sup>6</sup> CCCBA, plenario n.º 113, “Talaran, Raúl”, 5/3/1990.

<sup>7</sup> CNCCC, Sala I, causa “CCC 13397/2012/TO2/CNC1 - CNC2”, 20/02/2018; y CNCCC, Sala I, causa “CCC 12608/2015/TO1/5/CNC1”, 13/07/2016.

<sup>8</sup> CSJN, “Aquino, Fernando José”, 22/5/2018, La Ley Online AR/JUR/47583/2018.

<sup>9</sup> SCJM, Sala 2, causa 13-041880197-9/1, “Salas Fernández”, 16/8/2018, voto del juez VALERIO. Aquí se toma posición a favor de la tesis (A), aunque se cita a modo de argumento de autoridad la tesis (B), sin quedar del todo claro cuál es el posicionamiento concreto.

<sup>10</sup> TCPBA, *supra* nota 3, tercer párrafo del voto del juez ORDOQUI.

<sup>11</sup> TCPBA, *supra* nota 3, séptimo párrafo del voto del juez CELESTIA

## EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

CP”;<sup>12</sup>; y “un aditamento que acompaña a la persona que la ha merecido, [...] un estado que se da en la realidad fenoménica, por lo que un sujeto no deja de ser reincidente porque el juez no lo diga así en la sentencia”.<sup>13</sup>

Es importante insistir aquí en la distinción entre la tesis y el argumento capaz de sostenerla. Lo expuesto en el párrafo anterior constituye un argumento referido a la naturaleza del instituto de la reincidencia, que en sede judicial es empleado para defender indistintamente tanto la tesis (A) como la tesis (B). Así, se ha echado mano del argumento de la reincidencia como estado para decir que “*el juez, en principio, no tiene obligación de referirse a la reincidencia. Si nada dijeran las partes en el acuerdo de juicio abreviado y nada dijera el juez en su fallo, igualmente, en tanto el condenado reuniese las condiciones del art. 50, CP en su eventual pedido de libertad condicional ante el juez de ejecución debería rechazarse, justamente, por su carácter de reincidente*”.<sup>14</sup> En otros términos, ese estado no se adquiere por declaración judicial sino automáticamente (tesis B).

No obstante, partiendo de la premisa de que “*la reincidencia es una situación jurídica del reo*”, y su existencia solo depende la comprobación de los requisitos del CP, su declaración de oficio “*no significa que el a quo haya sobrepasado de manera ilegal el acuerdo de juicio abreviado. [A] pronunciarse sobre dicho aspecto, el tribunal ha declarado una circunstancia —reincidencia— que en definitiva está sujeta a la constatación de los presupuestos que la constituyen y puede ser declarada en la sentencia de condena o incluso con posterioridad*”<sup>15</sup> (tesis A). En definitiva, el argumento explicitado por esta jurisprudencia consiste en que la reincidencia es un *estado*. Cuando se refiere a *estado*, se lo usa en el sentido de *dato, cualidad, carácter*. Sencillamente, es un hecho del mundo. Esta conclusión conduce a sus defensores a afirmar o bien que el juez que declara reincidente al condenado solo reconoce una situación preexistente, y por ende es innecesario que el representante de la acusación formule específicamente una acusación al respecto para habilitar la facultad jurisdiccional de actuar (tesis A); o bien que la reincidencia opera en sus consecuencias jurídicas desde el momento en que el imputado ejecutó el delito, y por ende la declaración judicial de reincidencia es una mera cuestión que tiende a aportar mayor certeza jurídica, pero el instituto, al ser un *estado*, produce sus efectos aún sin aquella (tesis B).

---

<sup>12</sup> TCPBA, *supra* nota 3, octavo párrafo del voto del juez CELESTIA.

<sup>13</sup> TPCBA, *supra* nota 3, tercer párrafo del voto del juez KOHAN.

<sup>14</sup> TPCBA, *supra* nota 3, primero y segundo párrafos del voto del juez MANCINI.

<sup>15</sup> CFPC, *supra* nota 2, segundo párrafo del punto III del voto del juez GEMIGNANI.

## **b. La reincidencia como instituto de orden público**

Este argumento sostiene que la reincidencia es un instituto de orden público, creado por imperio del art. 75, inc. 12, Constitución Nacional y que por ende no puede no ser aplicado por regulaciones locales de los códigos de procedimiento.<sup>16</sup> Para quienes lo defienden, habilitar esa posibilidad rompería el ámbito de autonomía que el constituyente asignó a las provincias en el art. 121 CN.<sup>17</sup>

Al igual que ocurre al analizar los votos que sostienen la idea de reincidencia como estado, aquí tampoco queda claro que esta posición pueda sostener en particular una de las dos tesis en cuestión, sino que se la usa indistintamente para ambas. Así, hay quienes usan este argumento para sostener la tesis (A),<sup>18</sup> mientras que otros lo hacen en relación con la tesis (B).<sup>19</sup>

## **c. La reincidencia como modalidad de la ejecución penal**

Este argumento, como el título lo indica, sostiene que la declaración de reincidencia produce sus efectos en el ámbito de la ejecución penal y que, por ende, no forma parte de la pena. En términos prácticos, esta idea es utilizada para defender la compatibilidad de las tesis (A) y (B) con el principio acusatorio.<sup>20</sup>

En el caso de la primera, porque permite sostener que, cuando la declaración de reincidencia se produce sin acusación fiscal ese principio queda resguardado en tanto el juez o la jueza no estaría imponiendo una pena más alta que la solicitada, dado que la reincidencia no formaría parte de la pena. En este sentido, si la reincidencia no forma parte del pedido de pena del fiscal en el juicio —ya sea solicitado en un alegato o integrado en un acuerdo de juicio abreviado—, el tribunal no se encuentra limitado por el principio acusatorio —que impide al juez condenar por una pena más gravosa que la solicitada por el fiscal— para declararla. Así han opinado la Cámara Federal de

---

<sup>16</sup> TCPBA, *supra* nota 3, quinto párrafo del voto del juez ORDOQUI, y primer párrafo del voto del juez NATIELLO, entre otros.

<sup>17</sup> TCPBA, *supra* nota 3, sexto párrafo del voto del juez ORDOQUI.

<sup>18</sup> TCPBA, *supra* nota 3, tercer párrafo del voto del juez VIOLINI.

<sup>19</sup> TCPBA, *supra* nota 3, décimo párrafo del voto del juez CELESIA.

<sup>20</sup> CSJN, “Tarifeño” (AR/JUR/437/1989) y “Amodio” (Fallos: 330:2658), disidencia de los ministros ZAFFARONI y LORENZETTI.

Casación Penal, en el ya citado fallo “Aguilera”,<sup>21</sup> y la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.<sup>22</sup>

En el caso de la tesis (B), la propia CSJN ha seguido el camino de justificar, bajo la idea de concebir a la reincidencia como un aspecto de la ejecución penal, que es innecesario declarar la reincidencia en el momento de la condena. En particular, en los casos “Mayo”<sup>23</sup> y “Aquino”,<sup>24</sup> el tribunal no había declarado la reincidencia pero, en el momento en que el imputado reclamó acceder a la libertad condicional, el beneficio le fue rechazado por ser considerado reincidente. La CSJN, en abierta asunción de la tesis (B) sostuvo que, por tratarse de un instituto de la ejecución penal, no era necesario que la reincidencia se declarase en la sentencia de condena, sino que se trataba de un aspecto a evaluar al momento de solicitar la libertad condicional.

### **III. Los problemas del criterio cuestionado: democracia, discurso y defensa**

Las tesis (A) y (B), cuyos pilares argumentales aquí son objeto de estudio, ponen sobre el tapete una discusión que puede reconocerse en tres planos de análisis. En primer lugar, en torno a la naturaleza de la responsabilidad penal; en segundo lugar, acerca de la relevancia de los procedimientos para la puesta en marcha del actuar jurídico-penal; y en tercer lugar, acerca del concepto de pena.

Los tres apartados que siguen profundizan cada uno de esos aspectos.

#### **1. Responsabilizar como reincidente**

A mi parecer, justificar la aplicación de la reincidencia sin declaración o su declaración de oficio apelando a la idea de que es un *estado de cosas* es inadecuado por varias razones, desde la incompletitud del argumento hasta su inconsistencia sustancial.

##### **a. La incompletitud del argumento**

---

<sup>21</sup> CFCP, *supra* nota 2.

<sup>22</sup> CNCCC, *supra* nota 7.

<sup>23</sup> CSJN, causa M. 25, L.º XLIX, “Mayo”, 21/4/2015.

<sup>24</sup> CSJN, *supra* nota 8.

El argumento de la reincidencia como estado presenta el inconveniente de no transparentar muchas de las premisas de las que parte: ¿Cómo distinguir los *estados* en el derecho? ¿A qué tipo de institutos se opone? ¿Qué condiciones debe reunir para serlo? ¿Cuáles son las consecuencias de ser un estado? ¿Qué otros institutos, además de la reincidencia, pueden ser considerados *estados*?

Este punto ha sido destacado por el voto disidente del juez Carral en el plenario de casación bonaerense, cuestionando que los votos mayoritarios no ofrecen una conceptualización que permita conocer de qué se trata cuando hablamos de *estado*. En esa crítica, el juez Carral explora las lagunas que existen en las consecuencias que se le asignan, como es el hecho de que no se explica cuál es la razón por la que estos *estados* no deberían estar sujetos al contradictorio.<sup>25</sup>

## **b. La paradoja de la reincidencia como estado**

La defensa de la idea de reincidencia como estado no puede escapar a la posibilidad de caer en una paradoja de difícil solución.

Desde ese lugar se sostiene que, si la reincidencia es un *estado* —es decir, un hecho, algo que existe en la realidad— que solo debe ser verificado y que precede a la declaración de reincidencia, no es necesario que sea sometida a las reglas del contradictorio (tesis A) o que, incluso, sea declarada en la sentencia (tesis B).

Ahora bien, ese *estado* o *hecho* depende para su existencia de ciertas circunstancias previstas por la norma: una condena previa, un cumplimiento parcial de la pena de prisión y un nuevo delito posterior a esta. Si la reincidencia es un hecho, esos tres elementos que la constituyen también lo son; entre estos, la condena anterior.

Y es aquí donde aparece la paradoja. Si un delito previo depende de una sentencia que así lo declare, entonces una sentencia condenatoria es constitutiva de lo que es un delito. Pero entonces, si una sentencia condenatoria constituye el sentido de delito de una acción, ¿qué tiene de diferente la reincidencia que hace que esta se constituya como tal antes de la sentencia? En pocas palabras, existe una contradicción en el hecho de tomar la primera sentencia condenatoria como *constitutiva* de un estado de cosas, es decir, de un *hecho*, y tomar la segunda sentencia condenatoria con un sentido *declarativo* de algo preexistente. Es decir, en el transcurrir argumentativo de la defensa de

---

<sup>25</sup> TPCBA, *supra* nota 3, décimo párrafo del voto del juez CARRAL.

la reincidencia como estado se han seleccionado dos premisas contradictorias e incompatibles: que la sentencia condenatoria es constitutiva de un hecho (en el caso de la primera condena) y declarativa de otro (en el caso de la segunda).

En síntesis, reconocer que la reincidencia es un *estado* preexistente a la sentencia resulta incompatible con reconocer que el delito resulta de esta. O bien la postura asumida es paradójica, y por ende incorrecta, o bien no se hace cargo de todas las consecuencias que implica. Y por ello, tampoco puede ser defendida.

### **c. La cuestión central: El actuar jurídico y una concepción interpersonal de la responsabilidad**

Cuando se alude a la reincidencia como *estado*, se habla de esta como un *hecho*, como un sustrato ontológico, como una realidad fenoménica. Sus defensores hablan de algo que preexiste a la declaración, que *está allí* con independencia de lo que diga un juez. Así como decimos que, con independencia de la mirada del observador, hay hielo cuando se produce la solidificación del agua producto del frío, para esta tesis existe reincidencia cuando una persona que ha cumplido parcialmente una pena es nuevamente condenada, independientemente de cómo funcionen las instituciones jurídicas a la hora de analizar ese supuesto. Para algunos, es indiferente que el juez la declare (tesis B). Para otros, es necesario que lo haga pero es indiferente que exista una acusación que así lo requiera (tesis A). Existe en el mundo desde la segunda condena. Todo lo demás es indiferente.

En lo que sigue de este trabajo, cuestionaré la idea de que la reincidencia es un estado de cosas en el mundo y, por el contrario, sostendré que es un concepto jurídico, una atribución de significado a un estado de cosas. A diferencia de quienes entienden que la reincidencia es una cualidad del autor, que se incorpora a su forma de ser desde que recae la segunda condena, creo que la declaración de reincidencia forma parte del modo en que una comunidad responsabiliza a un ciudadano por defraudar expectativas de comportamiento colectivamente generadas a través del proceso democrático. La reincidencia, entonces, no es un rasgo del autor, sino del acto que lo responsabiliza como tal. Para explicar mejor esto, necesito retroceder algún paso y contrastar dos maneras de entender la responsabilidad que están tras esta distinción.

FIGUEROA RUBIO contrapone dos concepciones de la responsabilidad: una intrapersonal, centrada en el agente, y otra interpersonal, centrada en la práctica.<sup>26</sup> Mientras la primera es la forma tradicional en que se ha entendido la responsabilidad, la concepción interpersonal aparece desarrollada en el ámbito de la filosofía jurídica y moral<sup>27</sup> y ha adquirido relevancia en el ámbito de la filosofía analítica a partir de STRAWSON,<sup>28</sup> y en la literatura penal en la obra de autores como DUFF<sup>29</sup> o PAWLIK.<sup>30</sup>

La concepción tradicional entiende a la responsabilidad como un *sustrato* intrínseco a los sujetos con libre albedrío, que nace de las capacidades del agente. Es un hecho que aparece como dato del ser de una persona libre y, como hecho que es, es independiente del juicio de atribución de responsabilidad. En este esquema existe responsabilidad sin acto que la atribuya. El juicio de responsabilidad es aquí una *declaración*, susceptible de corrección o incorrección según se adecue o no a ese hecho externo que debe ser verificado bajo condiciones objetivas. Ser responsable, bajo este prisma, es prioritario respecto de la idea de responsabilizar.<sup>31</sup>

Cuando se habla de la reincidencia como estado esta mirada se ve clara: el delincuente es reincidente independientemente de lo que ocurra en un juicio. Por ello, el juez debe declararlo de ese modo aunque no exista acusación, e incluso es innecesario que lo declare. La reincidencia está allí, aunque nadie la vea, como las cosas del mundo que existen aunque aún no sean descubiertas. Y el hecho de que la persona sea o no responsabilizada como tal en el juicio respectivo no impacta en su carácter de tal.

Una concepción interpersonal, en cambio, entiende que la responsabilidad no es un hecho sino una práctica, un *actuar*. En la vida en sociedad existen elementos irreductiblemente interpersonales, que no preexisten sino que son el producto de esta. Unos de estos son las actitudes reactivas, que

---

<sup>26</sup> FIGUEROA RUBIO, “Ser responsable y responsabilizar. El concepto de responsabilidad extracontractual entre concepciones dispares”, en PEREIRA FREDES (ed.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Rubicón, 2019.

<sup>27</sup> FIGUEROA RUBIO, “Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad”, en *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea*, Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.

<sup>28</sup> STRAWSON. *Freedom and resentment and other essays*, Routledge, 2008.

<sup>29</sup> Entre otros, pero específicamente, DUFF, *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (traducción de Horacio Pons), Buenos Aires, Siglo XXI, 2015. Esta idea se encuentra profundizada en DUFF, “Responsibility, citizenship and criminal law”, en DUFF Y GREEN, *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

<sup>30</sup> PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

<sup>31</sup> FIGUEROA RUBIO, *supra* nota 20.

tienen que ver con el modo en que modificamos nuestra mirada de las cosas y de las personas a partir de nuestra interacción con ellas. Según esta concepción, las actitudes reactivas están en el corazón de nuestras prácticas de atribución de responsabilidad.<sup>32</sup> Cuando decimos que alguien es responsable, es porque alguien le ha atribuido ese carácter, es por ello que no existe responsabilidad antes del correspondiente juicio que la atribuya.

Esto puede ilustrarse con casos de la vida cotidiana. Si yo falto al cumpleaños de mi mejor amigo sin ofrecer una excusa razonable, una concepción intrapersonal diría que *soy —o no— responsable* por esa actitud. Una concepción interpersonal, en cambio, diría que mi amigo está en condiciones de responsabilizarme por defraudar nuestro vínculo, pero yo no seré responsable hasta que él no me atribuya esa condición. Él puede entender que lo he defraudado, que he deshonrado nuestro vínculo, y por ello decide modificar el modo en que se relaciona conmigo. Esa modificación en el vínculo es la responsabilidad, como objeto que depende del juicio de mi amigo. También puede considerar que nuestro vínculo no era tan fuerte, y que la no asistencia a su cumpleaños no defrauda ninguna expectativa. O bien que sí lo era pero que mi ausencia injustificada no es una falta demasiado relevante, pues soy un gran amigo en otros aspectos. O bien podría entender que es mi forma de ser y, como amigo que es, la respeta y acepta. No existe una reacción *correcta* de mi amigo ante ese hecho, sino solo posibles reacciones que resultarán de un diálogo moral entablado entre él y yo. Este ejemplo puede generar un hilo casi infinito de posibles reacciones de mi amigo, de consideraciones más sobre esa reacción, e incluso de nuevas reacciones de mi parte frente a su reacción. Pero para lo que aquí pretendo demostrar, alcanza con decir que la responsabilidad es un concepto que depende de un actuar, y que no puede existir ni materializarse sin este.

En los procesos institucionales, esto es más complejo, pues toma relevancia el procedimiento a través del cual se forma el juicio y el sujeto habilitado a hacerlo. Pero en lo que estamos discutiendo, no hace falta profundizar demasiado en esos aspectos. Es suficiente destacar que, desde una mirada interpersonal, debe existir un juicio que atribuya la responsabilidad y que este no tiene una función *declarativa* sino *constitutiva* del status responsable. En ese acto de responsabilizar intervienen discursivamente el sujeto responsable y el sujeto ante el cual se es responsable, respecto de un objeto generador de la responsabilidad. Por ello, la responsabilidad no es una condición que liga a un agente con un hecho de manera binaria (bajo la ecuación “sujeto responsable-objeto de la responsabilidad”),

---

<sup>32</sup> FIGUEROA RUBIO, *supra* nota 26.

sino una relación práctica en la que intervienen el sujeto responsable, el objeto por el cual se lo pretende responsabilizar y el sujeto ante el cual se es responsable (en terminología de DUFF, ser responsable es ser responsable de X ante A).<sup>33</sup> Esta estructuración de la responsabilidad penal hace ingresar en el juego al sujeto que responsabiliza y, así, obliga a abandonar la idea de que el agente es responsable por el hecho (“B es responsable por X”) y a asumir que él es responsable por un hecho ante otro agente (“B es responsable por X ante C”).

Por ello, no se trata de que las personas *sean* reincidentes, víctimas, delincuentes, autores o partícipes, sino que *se les atribuye* el carácter de tal. Desde esta perspectiva, el delincuente no es tal desde el hecho, independientemente de cómo se lo juzgue, así como tampoco alguien puede ser *ontológicamente* autor o partícipe de un ilícito. Se trata de conceptos jurídicos que se aplican sobre un estado de cosas para atribuirles un determinado significado. Tales conceptos no son entes que se auto-activan cuando acaecen en el mundo determinadas circunstancias, sino que entran en juego a partir de un actuar. Cuando asignamos responsabilidad penal —como autor o coautor, como reincidente o como delincuente primario— actuamos reactivamente frente a un suceso con relevancia pública: un hecho con significado de delito. Antes de ese juicio de atribución de responsabilidad, no existen más que circunstancias fácticas en condiciones de ser significadas, pero no responsabilidad propiamente dicho. En este contexto, el art. 50, CP no establece cuándo una persona *es* —en un sentido ontológico— reincidente, sino *cuándo ha reunido las condiciones que habilitan a un sujeto (la comunidad) a atribuirle tal carácter*. Por ello, la reincidencia no es un *estado* que se adquiere desde el momento en que recibe la segunda condena, sino una actividad a través de la cual se reacciona ante un sujeto —a través de la declaración de reincidencia— por haber infringido no solo el mandato de comportamiento contenido en la norma primaria, sino además otro mandato de comportamiento contenido en la sentencia condenatoria —“no delincas nuevamente”—.

A modo de conclusión: *La reincidencia es un concepto jurídico susceptible de ser aplicado, bajo determinadas condiciones, a un estado de cosas para producir efectos jurídicos determinados. Cuando decimos que una persona es reincidente, decimos que ella ha sido responsabilizada como tal luego de que se ha transitado un procedimiento institucional dirigido a ello, no que ella es reincidente como un dato de su ser.*

Cabe formular una aclaración en torno a esta conclusión. Negar que la reincidencia sea un estado de cosas no conduce por sí solo a negar las dos tesis que se cuestionan, sino a revertir uno de

---

<sup>33</sup> DUFF, *supra* nota 29.

los argumentos que las sostienen. Por mi parte, creo que sostener el argumento de que la reincidencia es un concepto jurídico, y como tal capaz de ser puesto en marcha solo a través del actuar institucional que es el proceso penal, conduce a la negación de lo que aquí se ha denominado tesis (B), es decir, que debe ser declarada en la sentencia. Sin embargo, nada aporta —por sí solo— a la negación de la tesis (A). Para ello, es necesario abordar los otros dos argumentos que fueron descriptos. Entonces, el párrafo esbozado en bastardilla a modo de conclusión debe completarse de la siguiente forma: *Por ello, es esencial la declaración del sujeto como reincidente para que la norma que regula el instituto produzca sus efectos.*

## 2. Relevancia del principio contradictorio en la constitución del *status responsable*

Tampoco el argumento según el cual la reincidencia es un instituto de naturaleza sustancial y de orden público, indisponible por las partes del proceso, es una forma viable de defender las tesis (A) y (B). Ante todo, porque también aquí estamos ante un argumento incompleto. Pero esencialmente, porque entra en tensión con el principio contradictorio, que exige respeto tanto desde el punto de vista constitucional como filosófico. En lo que sigue, profundizo estos aspectos.

### a. La incompletitud del argumento

Ninguno de los votos que aluden a la existencia de un interés público particular en el instituto de la reincidencia como motivo para hacerlo prevalecer sobre principios procesales con jerarquía constitucional justifican cómo llegan a esa conclusión. No mencionan cómo distinguir estos institutos de orden público, cómo diferenciarlos de otros, ni por qué están exentos de los límites procesales a la aplicación del derecho penal.

En primer lugar, la distinción entre *normas disponibles e institutos de orden público* parece más cercana a la terminología que se maneja en derecho privado que a la del derecho penal. Mientras en el primero el Estado deja en manos de los particulares la definición de las reglas que rigen una relación interpersonal, en el segundo las normas son constituidas principalmente por el Estado. Más allá de la ampliación de derechos que se viene reconociendo a la víctima en el proceso penal en los últimos años, prácticamente no existe discusión en doctrina respecto del carácter público del conflicto penal, de la naturaleza pública del castigo y, por ende, de la impronta publicista que adquiere el proceso penal. Por ello, las normas penales son, por regla, *de orden público*. Desde esta perspectiva, ninguno de los defensores de este argumento explica qué institutos del derecho penal no serían de orden público y por qué, o al menos cuál es la fuente legal o dogmática que permite

distinguir *normas de orden público y normas disponibles* en una rama del derecho que, en esencia, *administra conflictos públicos*.

En segundo término, aun si se justificara la distinción, deberíamos explicar la consecuencia jurídica de estos institutos *de orden público*. Dicho con otros términos, para una subcategoría que diferencie normas disponibles e indisponibles deberíamos explicar cuál es ese interés especial que protege el instituto, de tal relevancia que justifique su aplicación por fuera de un proceso institucional, y qué lo diferencia de otros institutos (como la pena, por ejemplo) que requieren una canalización procedimental para su imposición.<sup>34</sup>

En tercer lugar, aun respondiendo los dos interrogantes anteriores, a esa propuesta le seguiría faltando una última explicación respecto de las razones por las cuáles la materia penal goza de un mayor peso —en cuanto a interés público— que la materia procesal —si es que es posible mantener una tajante separación entre ambas—. No se dice cuál es la razón por la que normas que también son de naturaleza pública —como las procesales— son disponibles y deben ser dejadas de lado frente a institutos sustanciales como la reincidencia. Más aún cuando existen en tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) normas que consagran derechos procesales (p. ej., y entre muchísimos otros, el art. 8.2, CADH), con mayor jerarquía normativa que el art. 50, CP.

Esto demuestra que estamos nuevamente ante un argumento incompleto. En lo que sigue se profundizará en los problemas de fondo que padece, especialmente en las tensiones que genera esta tesis con principios procesales con sustento constitucional.

## **b. La vigencia del principio contradictorio y su aporte a la legitimidad de la decisión**

La postura según la cual la reincidencia es un instituto de orden público que debe ser necesariamente aplicado por el juez cuando se reúnen los recaudos del art. 50, CP, más allá de que exista una acusación fiscal en ese sentido o que haya podido ser discutida en juicio (tesis A), se enfrenta al insoslayable conflicto de darse de bruces con el principio contradictorio. Según este, cualquier aspecto sobre el cual se pronuncie una decisión jurisdiccional debe haber pasado por el

---

<sup>34</sup> Si bien no es objeto de este trabajo, la discusión sobre la relación entre el derecho sustancial y el proceso penal se encuentra adecuadamente abordada en LANGER, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona”, en BOVINO y MAIER (comps.), *El juicio abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, p. 97-136.

tamiz de un debate institucionalmente ligado, en el cual las partes hayan problematizado el asunto y ejercido los derechos que el procedimiento les asigna para defender su posición.

No existen dudas de que la postura cuestionada genera tensiones con el principio contradictorio. Cuando el juez se pronuncia sobre un aspecto que no ha sido discutido en el juicio respectivo, rompe con su exigencia fundamental. La cuestión que debemos contestar es si, efectivamente, el contradictorio debe ceder ante una serie de institutos especialmente relevantes para el interés general, o si, por el contrario, ningún instituto puede ser aplicado sin pasar por ese tamiz. Entre medio de estas dos soluciones extremas, existe una infinidad de posibilidades intermedias más cercanas a una u otra respuesta absoluta. Por mi parte, desarrollaré una serie de motivos por los que creo que la solución se encuentra más cercana a la segunda de las propuestas dadas. Para ello, mencionaré dos tipos de argumentos: uno constitucional y otro filosófico.

### **i. Razones constitucionales para defender el principio contradictorio**

La postura que se critica, como he adelantado, no es unánime en la jurisprudencia. Otro sector exige que la reincidencia no solo sea declarada en juicio sino, además, que se encuentre contenida en la acusación fiscal y haya existido la posibilidad de discutirla en el juicio. Esta jurisprudencia apoya su posición en la vigencia del principio contradictorio y a su vez justifica este principio en términos de derecho constitucional positivo.

En la CFCP, la jueza LEDESMA ha tomado posición en este sentido. Según ella, “*es nula la sentencia que declaró la reincidencia sin que el punto haya sido materia de debate por las partes*”, pues el principio de contradicción es un presupuesto de existencia del proceso, y el hecho de que en un acuerdo de juicio abreviado no se haya discutido la reincidencia del condenado impide que se lo condene como reincidente sin afectarle el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 75, inc. 22, CN, 8.1 y 8.2, CADH, 14.1, PIDCyP y 10, DUDH, entre otros).<sup>35</sup> Esa postura ha sido sostenida igualmente por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>36</sup> y por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.<sup>37</sup> En este último caso, el juez JANTUS sostuvo que la declaración de oficio de la reincidencia supone una decisión unilateral que no se ajusta a las garantías

---

<sup>35</sup> CFCP, Sala III, causa “Yamamoto”, 26/11/2007, voto de la jueza LEDESMA. El juez RIGGI, si bien compartió la solución, defendió la tesis (A), a favor de la reincidencia como estado y como instituto de orden público.

<sup>36</sup> CFCP, causa “Añez Vaca”, Sala IV, 13.422, 11/09/12.

<sup>37</sup> CNCCC, *supra* nota 7. El primer fallo, en voto de la jueza GARRIGÓS DE RÉBORI, y el segundo en voto del juez BRUZZONE; CNCCC, causa “A., F. s/ recurso de casación”, 29/08/2016, voto de los jueces JANTÚS y MAHIQUES.

del sistema acusatorio de enjuiciamiento, y el juez MAHIQUES que la declaración de reincidencia de oficio coloca a la defensa en una situación desfavorable, pues se la priva de argumentar en el caso sobre cuestiones fácticas y jurídicas que necesariamente deben ser discutidas por las partes.

Por último, el plenario bonaerense contó con dos votos disidentes que apoyaron esta visión. Para el juez CARRAL, la declaración de oficio afecta el sistema acusatorio y la vigencia del debido proceso, pues degrada las garantías de imparcialidad del juzgador y de la defensa en juicio. Así, consideró que “*cuando los jueces ingresamos en cuestiones sobre las que no hemos sido llamados a decidir [...] estamos arrogándonos un rol de parte, afectando con ello la imparcialidad, eje del debido proceso*”.<sup>38</sup> Por ello, si la acusación no solicita la declaración de reincidencia y el juez suple esa omisión, afecta los principios de igualdad de armas, iniciativa probatoria y defensa en juicio. El juez MAIDANA, a su vez, si bien defendió la indisponibilidad del instituto por razones de orden público, consideró que esa declaración debe respetar la separación de las funciones de acusar y juzgar, y por ende el juez solo puede resolver sobre un asunto si antes la defensa ha podido expresarse libremente sobre cada extremo de la imputación.<sup>39</sup>

El principio contradictorio ha sido reconocido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte integrante de las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso. Según esta, “*toda situación de hecho o de derecho que pueda alterar o empeorar la condición del enjuiciado por afectación de derechos o garantías constitucionales [...] debe necesariamente merecer debate, contradicción y decisión expresa del juez o tribunal que dicta la sentencia definitiva*”.<sup>40</sup> Si el contradictorio es, así, un principio constitucionalmente reconocido, a pesar de que la reincidencia sea considerada un instituto de orden público, no deja de ser una norma de derecho común contenida en el Código Penal (art. 75, inc. 12, CN) que cede en su fuerza normativa ante principios procesales constitucionalmente garantizados (arts. 31 y 75, inc. 22, CN).

Los principios que derivan del sistema acusatorio no son una mera “*concepción dogmática*”<sup>41</sup>, sino un imperativo normativo asumido constitucionalmente, que sirve como pauta orientativa de las normas de derecho procesal y como condición de posibilidad para la aplicación del derecho penal. El sistema acusatorio de enjuiciamiento no se impone por encontrarse previsto en la Constitución,

---

<sup>38</sup> TPCBA, *supra* nota 3, quinto párrafo del voto del juez CARRAL.

<sup>39</sup> TPCBA, *supra* nota 3, duodécimo párrafo del voto del juez MAIDANA.

<sup>40</sup> CSJN, “Guía, Oscar A.”, 19/3/96, voto en disidencia de los ministros FAYT y BOGGIANO.

<sup>41</sup> TPCBA, *supra* nota 3, decimocuarto párrafo del voto del juez CELESIA.

sino porque es el que asegura en mejor medida las garantías que la carta magna reconoce: imparcialidad del juzgador, separación de funciones de acusar y juzgar y la concepción del acusado como sujeto de derecho.

A partir de lo dicho, creo que existe un primer motivo para dar al principio contradictorio un rol preponderante en la constitución del significado del hecho. Ese motivo es de derecho positivo: se trata de un principio constitucionalmente asumido que, enfrentado a una norma de derecho común, por más interés público que en esta exista, debe prevalecer. Así, desde esta perspectiva, la reincidencia, para ser atribuida a un sujeto, debe haber sido problematizada en un juicio y haberse brindado la posibilidad al acusado de resistir esa acusación.

## ii. Razones filosóficas: Una concepción discursiva del derecho

Los argumentos expuestos en el apartado que antecede son, sin duda, poderosos como interpretación del derecho vigente. Efectivamente, el hecho de que nuestra Constitución Nacional haya optado por la adopción de un sistema de enjuiciamiento acusatorio es una razón de peso para asumir un principio contradictorio estricto. No obstante, aquí pretendo ensayar otra vía de justificación. Este trabajo intenta transparentar que tras los argumentos que sostienen la defensa de las tesis (A) y (B) se esconde una visión monolítica del derecho, que sitúa al juez en una injustificada posición de superioridad frente a las partes para el acceso a una única respuesta correcta en la interpretación de la norma. Aquí se la contrapondrá a una visión discursiva del derecho, que apoya la idea de seguridad jurídica y legitimidad del derecho en el procedimiento que conduce a la decisión y no en la decisión misma. Desde ese punto de vista, el principio contradictorio asume un rol fundamental en la constitución de la legitimidad de la decisión y en la garantía de imparcialidad en la formación del juicio.

La perspectiva monolítica que se critica se corresponde con la mirada del derecho que ofrece DWORKIN. A partir de su distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos,<sup>42</sup> él entiende que el ordenamiento jurídico ofrece herramientas para que un juez —al cual llama Hércules, dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas—<sup>43</sup> reconstruya el derecho vigente y alcance *la* respuesta correcta para el caso. La existencia de este Hércules supone estar en presencia de un ordenamiento jurídico compuesto por principios coherentes y con

---

<sup>42</sup> DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2017 [1984], p. 148.

<sup>43</sup> DWORKIN, *supra* nota 42, p. 177.

soluciones previstas para todos los casos, que ponen al juez en la tarea de *descubrir* cuál es la respuesta adecuada.

A esta teoría se le han criticado varios aspectos. No abordaré aquí la valiosa crítica según la cual DWORKIN recurre a idealizaciones injustificadas en torno a la figura del juez, sino más bien aquella que impugna su teoría por partir de la base de una auto-comprensión normativa de los órdenes del Estado de derecho.<sup>44</sup> En sencillos términos, se le critica la errónea suposición de que el ordenamiento jurídico ofrece respuestas correctas para todos los casos que puedan presentarse en la realidad. Esta suposición se ve intensificada aún más en aquellas normas, como la del art. 50, CP, en que la indeterminación semántica del lenguaje empleado por el enunciado normativo es menor, pues reduce el espacio interpretativo que queda librado al operador jurídico para dar sentido al texto normativo.

Cuando los votos citados indican que la reincidencia, como instituto de orden público, debe ser aplicada independientemente de que sea solicitada y discutida, presuponen que la norma se encuentra ya completa desde su formulación abstracta, y que de esta es posible obtener todas las soluciones posibles. En ese esquema, el juez es la persona idónea para interpretar la norma y acceder a la solución correcta. Por ello, restan importancia a lo que pueda surgir de una discusión en torno a su aplicación. Lo que esta postura desconoce es que el enunciado normativo es incapaz de aprehender todas las situaciones de hecho que puedan acaecer en la realidad, pues por más preciso que sea, al canalizarse a través del lenguaje, no tendrá vida autónoma hasta tanto una actividad humana lo ponga en marcha, le dé sentido y lo aplique. Así, la norma estará siempre incompleta hasta tanto se lleve adelante un discurso de aplicación en el que los supuestos de hecho abstractos previstos en el enunciado normativo sean dirigidos a aplicarse a un supuesto de hecho concreto.

Esto lo menciona expresamente HABERMAS en su crítica a DWORKIN, mediante el recurso a la distinción que formula GÜNTHER entre discursos de fundamentación y aplicación. Según él, el discurso de fundamentación es el que se lleva a cabo en el proceso de creación de una norma, que si bien garantiza una justificación imparcial, es insuficiente por sí sola para habilitar una aplicación imparcial. Para ello se requiere, además, un discurso de aplicación que llene los huecos que quedaron en ese proceso, que ponga nuevamente en juego diversas visiones y comprensiones —

---

<sup>44</sup> HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 6.ª ed., 2010 [1992], p. 286.

igualmente válidas— del mundo, pero de un modo diferente al que se produce en los discursos de fundamentación. En nuestro asunto particular, el contradictorio tiene una trascendental relevancia para garantizar que la decisión tenga a su disposición los diferentes puntos de vista de cada una de las partes interesadas, tanto respecto de la norma aplicable como de las condiciones de validez de esa norma. HABERMAS destaca que en los discursos de aplicación de normas se afecta la comprensión que de sí y del mundo tienen los participantes, y se hace de un modo distinto al que ocurre en los discursos de fundamentación. Mientras estos se dirigen a los intereses de todos los potenciales afectados, aquellos relegan estos a un segundo plano y se dirigen específicamente a los intereses de las partes directamente implicadas.<sup>45</sup>

La crítica de HABERMAS a la visión de DWORKIN apunta a que crea un *paradigma cerrado* del derecho, que se auto estabiliza a través de monopolios profesionales o jurisprudencialmente institucionalizados de interpretación, en el que el juez posee un privilegio de conocimiento que asegura, en sustitución y representación de sus ciudadanos, la integridad de la comunidad jurídica. Una comprensión discursiva del derecho, en cambio, considera que si —con DWORKIN— se asume que el derecho cumple una función socio-integradora, esta solo podrá ser satisfecha a través del mecanismo de la acción comunicativa, en el que todos los participantes puedan asumir las perspectivas de los demás. Por ello, la interpretación del derecho debe estar abierta a los participantes y no cerrada en la personalidad de un juez que se distinga por su virtud y por su privilegiado acceso a la verdad.<sup>46</sup>

Desde esta mirada discursiva, la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales no depende solo de la calidad de los argumentos sino, además, de la estructura del proceso de argumentación. Esta idea se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, según el cual las propiedades que son constitutivas de la validez de un juicio no solo han de buscarse en la dimensión lógico-semántica de la estructura de los argumentos y del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo.<sup>47</sup> Por ello, la *rectitud* del juicio no implica correspondencia con la verdad, sino aceptabilidad racional. En consecuencia, si bien la validez del juicio se mide por la satisfacción de sus condiciones de validez, esa satisfacción no se

---

<sup>45</sup> HABERMAS, *supra* nota 44, p. 300.

<sup>46</sup> HABERMAS, *supra* nota 44, p. 294.

<sup>47</sup> HABERMAS, *supra* nota 44, p. 297.

decide recurriendo directamente a evidencias empíricas o a hechos ya dados, sino que se esclarece discursivamente, justo por la vía de una justificación efectuada argumentativamente.<sup>48</sup>

Estas consideraciones explican cuál es la razón de ser del contradictorio en el proceso penal, y por qué es una condición de aplicación del derecho. No se trata únicamente de una oportunidad procesal del acusado de resistir la imputación fáctica que se le formula —es decir, de negar el suceso del mundo con el cual se lo pretende vincular o de controlar los elementos que probarán la existencia de ese suceso— sino que, además, es el momento con que este cuenta para contribuir a la aplicación imparcial del derecho, por medio de ofrecer al decisor —sea un juez o un jurado— argumentos acerca de la imputación jurídica que se le formula.

Mientras la defensa de un sistema hermético supone que allí el acusado no tiene nada que hacer, pues la norma ya tiene un sentido completo previamente dado, cuyo descubrimiento le corresponde al juez, una concepción discursiva dirá que el contenido de la norma se completa a través de ese procedimiento dialógico que significa el contradictorio, materialización del derecho a ser oído. Habilitar al juez a declarar reincidente al imputado sin que este tenga la posibilidad de defenderse de esa acusación implica dar por supuesto que el principal afectado por la decisión no tiene nada para aportar, que él no puede ofrecer nuevos puntos de vista sobre la legitimidad o el alcance del instituto que se discute. Simplemente, se lo transforma de sujeto a objeto del proceso.

La asunción de aquel modelo monolítico del derecho se observa especialmente en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del principio de congruencia entre la acusación y la sentencia.<sup>49</sup> Más allá de las diferencias de contenido entre los principios de congruencia y contradictorio, ambos responden a la misma idea, que es resaltar la importancia que posee la participación de los afectados en la construcción de la decisión. Ambos representan limitaciones de contenido para el juez que apuntan a garantizar la imparcialidad en su decisión como presupuesto de legitimidad. Tan es así que una interpretación amplia del principio contradictorio suele ir acompañada de un fortalecimiento del principio de congruencia. Según la Corte Suprema, el principio de congruencia significa que la sentencia no puede condenar por *hechos* no contenidos en la acusación, de modo que resulte sorpresiva para la persona acusada. De acuerdo con esta línea doctrinal, solo los hechos se encuentran alcanzados por el principio de congruencia,<sup>50</sup> mientras que

---

<sup>48</sup> HABERMAS, *supra* nota 44, p. 298.

<sup>49</sup> Un detallado análisis en MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Buenos Aires, Del Puerto, 2012, p. 568 y ss.

<sup>50</sup> CSJN, Fallos: 247:202 y 302:482, entre otros.

la construcción jurídica del significado normativo del suceso es una actividad esencialmente jurisdiccional, en la que el protagonista principal es el juez técnico. Sencillamente, para nuestra Corte Suprema, el límite que para la jurisdicción representa la acusación solo alcanza a los hechos, a los cuales el juez o la jueza puede asignar el significado que le parezca, sin atender a los argumentos de las partes y con indiferencia respecto de la posibilidad que hayan tenido de discutirlo y problematizarlo en el debate.

Contra ese modelo monolítico, debe decirse que la decisión jurisdiccional —en este caso, la declaración de reincidencia— no puede medirse solo a partir de su corrección, es decir, de la adecuación de su contenido a lo que pueda ser una respuesta plausible del ordenamiento jurídico, sino además a partir de su legitimidad. Esta legitimidad puede ser de dos tipos. Por un lado, la legitimidad que a la interpretación del derecho le otorga la práctica de un discurso racional mantenido entre todos los potenciales afectados por una decisión y, por otro, la legitimidad que requiere todo discurso de aplicación del derecho en cuanto a que la decisión sea requerida por, al menos, alguno de los afectados. Por ello, cuando la reincidencia no ha sido discutida en el debate, la declaración de oficio padece de un déficit del primer tipo de legitimidad. En tanto que cuando no ha sido solicitada por el acusador —sea público o privado—, padece de la legitimidad del segundo tipo.

En definitiva, la postura del apartado II.2. relativiza el valor del proceso penal como constituyente del significado de un hecho y como mecanismo que permite poner en funcionamiento el derecho de fondo, y lo reduce a un simple medio verificador de hechos. El contradictorio se justifica filosóficamente porque no solo permite al imputado resistir la imputación fáctica, sino también contribuir a la aplicación imparcial del derecho, a través de ofrecer argumentos sobre la imputación jurídica, lo que genera la racionalidad discursiva que necesita toda decisión para presentarse legítimamente frente a los afectados. Una concepción discursiva del derecho defiende la presencia de un principio contradictorio fuerte, que garantice que toda decisión —como la que declara reincidente al acusado— sea el producto de un discurso racional mantenido entre todos los potenciales afectados por la decisión, y que sea requerida por, al menos, alguno de ellos.

Cuando la reincidencia se declara de oficio, en cambio, el juez da por supuesto que el principal afectado por la decisión no tiene nada para aportar en la interpretación del derecho y, así, no se puede presentar legítimamente frente a sus destinatarios. Por ello, esa alternativa debe ser rechazada.

### 3. La reincidencia como parte de la pena

En la jurisprudencia de la CSJN, desde “Tarifeño”<sup>51</sup> se sostiene la vigencia del principio acusatorio en materia penal. Esa doctrina ha sido desarrollada con posterioridad en la disidencia de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti en el fallo “Amodio”<sup>52</sup> y receptada tanto en la jurisprudencia de los tribunales inferiores<sup>53</sup> como en los códigos de procedimientos de las provincias (art. 420, CPP-Mendoza y 399, CPP-PBA, entre otros). Según la disidencia de “Amodio”, el principio acusatorio y los subprincipios que de este derivan impiden que el tribunal imponga una pena superior a la solicitada por el fiscal.<sup>54</sup>

La discusión en torno a la declaración de oficio de la reincidencia nos impone preguntarnos si el juez que condena como reincidente al acusado cuando el fiscal no lo ha solicitado no está aplicando una pena más gravosa que la solicitada. Esto puede ocurrir tanto en un juicio oral y público como en un juicio abreviado. El tema ha sido sometido a decisión de la CSJN en “Aquino”. Allí se consideró adecuada la decisión de un tribunal oral de considerar reincidente a una persona condenada que, sin sentencia que le atribuyera esa calidad, reunía los requisitos del art. 50, CP. En los fundamentos del dictamen del Procurador General de la Nación, al cual se remitió la Corte Suprema, se indica que la reincidencia es un instituto que hace a la ejecución penal y que, por ende, no es parte integrante del concepto de pena. De esa manera la declaración de reincidente sin una acusación que así lo requiera no violaría el principio acusatorio, en tanto no supondría la imposición de una pena más grave que la solicitada por la acusación. Aquí pretendo cuestionar esa hipótesis bajo la tesis de que la reincidencia es una cualidad agravante de la pena, por lo que la no-acusación como reincidente configura una limitación para el juzgador, quien no puede ir más allá de la pretensión fiscal, por razones derivadas de la vigencia del principio acusatorio.<sup>55</sup>

Este aspecto de la discusión nos sitúa en el ámbito del debate sobre la función del derecho penal y la pena. La mayoría de las teorías contemporáneas sobre la explicación y justificación del castigo reconocen que este está compuesto por un aspecto simbólico y otro descriptivo. Tanto la teoría

---

<sup>51</sup> CSJN, *supra* nota 20.

<sup>52</sup> CSJN, *supra* nota 20.

<sup>53</sup> TSSL, causa “G., E. A. - av. homicidio calificado”, 19/10/2016.

<sup>54</sup> CSJN, *supra* nota 20, considerando 16.º de la disidencia de los ministros ZAFFARONI y LORENZETTI.

<sup>55</sup> CSJN, *supra* nota 8, punto II del dictamen del procurador ante la Corte Suprema, que esta hizo suyo.

preventivo general de JAKOBS<sup>56</sup> como la teoría retributiva de PAWLIK<sup>57</sup> encuentran en la pena la función positiva de marginalizar la negación que representa el delito respecto del orden social, es decir, su confirmación. Ambos, a su vez, enfatizan la necesidad de que esa marginación sea *real*, es decir, que tenga una dimensión cognitiva. Otros, como PÉREZ BARBERÁ<sup>58</sup> y KINDHÄUSER<sup>59</sup>, discuten acerca del rol que le corresponde al *dolor penal* dentro de la teoría de la justificación de la pena. Sin embargo, ambos aceptan que implica, en sí, algún tipo de mal impuesto al condenado. MAÑALICH<sup>60</sup>, por el contrario, asume la crítica de FEINBERG a las teorías tradicionales de la pena y traslada al centro de la discusión el aspecto simbólico de la pena: la desaprobación respecto del comportamiento previo del autor. Finalmente, DUFF encuentra en el dolor penal una forma adecuada de expresión de censura al infractor, a la vez que sirve para persuadirlo moralmente de la incorrección de su conducta y de lograr su arrepentimiento y reconciliación con la víctima y la comunidad.<sup>61</sup>

Independientemente del rol que le asignemos a cada uno de esos elementos, parece claro que la pena supone, al menos, desaprobación e irrogación de un mal. La reincidencia, en cuanto tal, también implica una intensificación del dolor penal y un fortalecimiento del acto de desaprobación. La restricción de derechos que trae aparejada la condena penal se ve modificada con la declaración de reincidencia: desaparecen, además, los derechos a la condicionalidad de las penas cortas y a los beneficios del régimen de progresividad de la pena. Simbólicamente, la declaración de reincidencia también representa un reproche penal más enfático que aquel que se formula respecto del delincuente primario. Con la condena al reincidente se le comunica que su delito desestabiliza la norma en mayor medida que el delito de aquel que no ha recibido un reproche jurídico penal anterior.

En consecuencia, tanto en su aspecto expresivo como en su aspecto descriptivo, la pena se ve modificada con la declaración del carácter de reincidente. De tal manera, el concepto de pena no solo se compone de la faz cuantitativa (años de prisión, monto económico, tiempo de

---

<sup>56</sup> JAKOBS, *La pena estatal. Significado y finalidad* (traducción de CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 2006.

<sup>57</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016.

<sup>58</sup> PÉREZ BARBERÁ, "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena", en InDret, 2014, n.º 4.

<sup>59</sup> KINDHÄUSER, "Personalidad, culpabilidad y retribución", en KINDHÄUSER Y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires, B de F, 2011.

<sup>60</sup> MAÑALICH, "Retribucionismo expresivo", en KINDHÄUSER Y MAÑALICH, *supra* nota 59.

<sup>61</sup> DUFF, "Punishment, communication and community". Oxford. Oxford University Press, 2001.

inhabilitación), sino también de otros factores cualitativos que representan variaciones en las dimensiones descriptiva y simbólica de la pena. Lo que existe tras estas afirmaciones es la idea de que ya no es posible justificar una distinción fuerte entre el concepto de pena y su ejecución, como si se tratase de aspectos que no se influyen recíprocamente. El modo en que una pena es efectivamente impuesta debe ser considerado a la hora de medir su magnitud. Parece razonable sostener que la imposición de tres años de prisión efectiva es *mayor pena* que la imposición de tres años de cumplimiento condicional. Lo mismo ocurre con la reincidencia. Es mayor pena la condena a tres años de prisión como reincidente que aquella que no lo declara tal.

Una línea similar de pensamiento es desarrollada por en la disidencia del fallo antes citado de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en el que se indicó que “*la declaración de reincidencia en contra del imputado, que no formó parte de los extremos tratados en el acuerdo de juicio abreviado, constituye una pena más grave, dada la forma de cumplimiento a que el imputado habrá de ser sometido*”.<sup>62</sup>

Sobre esta base, creo que si se toma en serio el principio acusatorio —como lo hace la disidencia en el caso Amodio y muchas legislaciones provinciales como las antes citadas—, y se acepta que el tribunal no puede imponer una pena más severa que la solicitada por el fiscal, cuando quien decide incorpora la declaración de reincidencia a la sentencia sin haber sido adecuadamente solicitada, rompe con la exigencia de ese principio. Ello por la pura y sencilla razón de que la pena no está compuesta únicamente por el dato cuantitativo de la cantidad de años de prisión o de inhabilitación, sino por las condiciones en que habrá de ser cumplida. En tanto la reincidencia afecta esas condiciones, supone una forma de agravamiento de la pena. Por ende, dicta una sentencia que excede el límite de sus facultades.

#### **IV. Conclusiones**

Contra lo sostenido en lo que aquí se ha denominado tesis (B), concluyo que la reincidencia no produce sus efectos automáticamente, sino que debe ser declarada en la sentencia condenatoria; y contra el contenido de la que he llamado tesis (A), sostengo que esa declaración solo será legítima si ha sido requerida por la acusación y si ha existido posibilidad de que las partes discutieran el asunto

---

<sup>62</sup> CNCCC, *supra* nota 7, segundo párrafo del voto disidente de la jueza GARRIGÓS DE RÉBORI.

## EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

en juicio. Esta conclusión es el camino de llegada al que conduce la crítica de los argumentos del *estado de cosas*, del *orden público* y de la *reincidencia como parte de la ejecución penal*:

a. El argumento según el cual la reincidencia es un estado es incompleto en su formulación, desconoce la incapacidad de las normas de regular su propia aplicación, la dependencia de estas de un procedimiento institucional que las materialice y la naturaleza interpersonal de la responsabilidad jurídica. Desde una mirada de este tipo, puede decirse que la reincidencia no es un *estado* que se adquiere automáticamente, sino una actividad a través de la cual se reacciona ante un sujeto por haber infringido la norma de comportamiento que le ordenaba no cometer nuevos delitos. Y, como toda actividad que canaliza una voluntad colectiva, necesita de un proceso institucional a través del cual materializarse. Ese procedimiento tiene reglas y esas reglas no pueden ceder ante una sustancia que no le preexiste, sino que es su resultado.

b. El argumento que habilita la declaración de oficio y que sostiene que es innecesaria la declaración de reincidencia, apoyado en el carácter de orden público del instituto, tampoco es adecuado, pues se opone a las exigencias del principio contradictorio, que aquí se ha defendido tanto con razones de derecho positivo como desde una mirada discursiva del derecho.

c. El argumento según el cual la reincidencia es un instituto propio de la ejecución penal también es desacertado. Debe entenderse que la reincidencia, en tanto implica una intensificación del reproche penal contenido en el castigo y una ampliación de los derechos de los que priva la pena privativa de la libertad, afecta tanto el aspecto simbólico como fáctico de la pena. Por ello, debe considerarse un aspecto que hace al propio concepto de pena. Como tal, se encuentra alcanzado por los límites del principio acusatorio.

d. En definitiva, la reincidencia es un concepto jurídico que solo puede ser puesto en marcha a través de un proceso institucional que garantice iguales derechos de participación de los afectados. Por ende, no genera efectos jurídicos hasta tanto no haya sido declarada expresamente, luego de una acusación privada o pública que así lo requiera, y luego de haberse respetado los principios que exige el sistema de enjuiciamiento acusatorio, especialmente, los principios de congruencia, contradictorio y acusatorio.

## V. Bibliografía

- DUFF, Antony, *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (traducción de Horacio Pons), Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.
- , “Responsibility, citizenship and criminal law”, en DUFF Y GREEN, *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- , “Punishment, communication and community”, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2017 [1984].
- FIGUEROA RUBIO, Sebastián. “Ser responsable y responsabilizar. El concepto de responsabilidad extracontractual entre concepciones dispares”, en PEREIRA FREDES (ed.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Rubicón, 2019.
- , “Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad”, en *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea*, Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2012.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo”, en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires, B de F, 2011.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 6.ª ed., 2010 [1992].
- JAKOBS, Günther, *La pena estatal. Significado y finalidad* (traducción de CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 2006.
- KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución”, en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires, B de F, 2011.
- LANGER, Máximo, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona”, en BOVINO y MAIER (comps.), *El juicio abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, p. 97-136.

**EN LETRA: DERECHO PENAL**

Año VI, número 10 (2020).

PALERMO, Omar, “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, en MALDONADO FUENTES (coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2016.

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

—, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, en *InDret*, n.º 4, 2014.

STRAWSON, Peter, *Freedom and resentment and other essays*, Routledge, 2008.

## VIOLACIÓN COMO RELACIONES SEXUALES NO CONSENTIDAS

Prof. Dra. Tatjana HÖRNLE\*

---

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2020

### I. La importancia del consentimiento en la valoración de los actos sexuales

Durante siglos, la división entre lo permitido y lo no permitido en las conductas sexuales no fue abordada a través de un análisis del consentimiento. Los análisis tanto legales como morales dependían del estado civil de la víctima y de la naturaleza de acto sexual (“sexo normal” versus “actos contra la naturaleza”, frecuentemente relacionado con leyes religiosas) (WEST 2005; GACA 2003). Las actividades sexuales eran consideradas ilícitas cuando afectaban el derecho de los hombres sobre la castidad de sus hijas y esposas (DRIPPS 1992: 1781-3; RUBENFELD 2013: 1388-92). Este tipo de descripción de la violación como la apropiación violenta de una mujer que pertenece a otros se remonta al derecho medieval,<sup>1</sup> tratándose de épocas en las que la idea de autonomía sexual (especialmente de las mujeres) hubiera sido considerada para la mayoría de la gente como algo estrafalario. Se trata, pues, de una idea relativamente nueva la de sostener que la presencia de consentimiento es suficiente para afirmar que un encuentro sexual es legítimo y que su ausencia da lugar a una conducta ilícita (sobre una visión relativa a la historia de los delitos sexuales, ver FARMER 2016: 264-96).

---

\* Directora del Instituto Max Planck. Traducción del inglés de Corina Engelmann (UBA/UTDT), revisada por Sebastián Green Martínez (UBA) y Agustina Szenkman (UBA). Título original del artículo: “Rape as non-consensual sex”, publicado en Schaber/Müller (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Taylor & Francis, Nueva York, 2018. Se mantuvo el formato de citas del original.

<sup>1</sup> Véase la definición en la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532; para una esencia del derecho consuetudinario tradicional inglés, véase *Comentarios de Blackstone sobre las leyes de Inglaterra*, 210.

En las sociedades liberales contemporáneas existe cada vez más consenso con respecto a la idea de que es el consentimiento el criterio decisivo para la permisibilidad moral y jurídica en el ámbito de las conductas sexuales. Las expresiones “magia moral” (HURD 1966) y “poder transformador” (KLEINIG 2010: 4-5) capturan esta idea. Existe debate sobre si el consentimiento es condición suficiente para hacer a una conducta inmune contra la crítica moral y la persecución penal. Incluso en casos de consentimiento de ambas partes es concebible que un agente o ambos quizás merezcan reproche, p. ej. en casos de prostitución (GARDNER & SHUTE 200: 208; PLAXTON 2016:4) o en supuestos en los que no hay igualdad o reciprocidad (ver la discusión en WERTHEIMER 2003: 135-40). Sin embargo, un análisis sofisticado debería distinguir, por un lado, entre la cuestión sobre si la conducta es moralmente valiosa o recomendable y, por el otro, la cuestión sobre las interferencias morales y jurídicas sobre la conducta de otras personas. Se podría argumentar que una interacción sexual es moralmente defectuosa, pero al mismo tiempo considerarla permisible (WERTHEIMER 2003: 142-3).

La contracara del poder transformador del consentimiento es la responsabilidad ante la ausencia de consentimiento. Sobre este punto hay menos debate: el consentimiento es una condición necesaria para conductas sexuales permisibles y es ilícito involucrar a una persona sin su consentimiento en un acto sexual, especialmente en un acto que incluye penetración. Sin embargo, es necesario explicar *por qué* una relación sexual sin consentimiento es ilícita. La teoría del derecho penal liberal basa sus prohibiciones en el concepto de daño. En la tradición de MILL (MILL 1859), se considera una buena razón para prohibir conductas el hecho de que causen daño a otras personas, pero, ante la ausencia de daño, la libertad no debe ser coartada. Desde este punto de partida, cuestionar por qué los ataques sexuales son infracciones graves puede resultar desconcertante. Estos actos pueden causar un daño tangible, como heridas en el cuerpo. En casos que involucran penetración, las víctimas usualmente experimentan un sufrimiento psicológico grave, lo que puede estar relacionado con la manera en que la evolución dio forma a los patrones de sexualidad humana (WERTHEIMER 2003: 89-118). Uno podría, sin embargo, discutir que algunos actos sexuales no consentidos, p. ej. un manoseo de los genitales o del busto, son incidentes más bien triviales. Lo mismo podría ser cierto para las relaciones sexuales, bajo ciertas condiciones. Al describir lo que llaman un “caso puro de violación”, GARDNER y SHUTE se refieren a una mujer que nunca supo que fue sometida a una relación sexual con penetración mientras estaba inconsciente (GARDNER &

SHUTE 2000: 196–9). Sin heridas, embarazo o enfermedades es difícil establecer un daño.<sup>2</sup> No obstante, mientras que los tocamientos sexuales sin consentimiento son considerados reprochables tanto en un sentido moral como jurídico, las relaciones sexuales con una persona inconsciente resultan una infracción grave. La esencia del mal causado es la violación de los derechos de autonomía sexual (MCGREGOR 1994: 234; SCHULHOFER 1998: 102; ARCHARD 2007; SPENA 2010: 501; DEMPSEY 2016: 520–1).

## II. Autonomía sexual

La autonomía en materia sexual comprende dos tipos de autonomía y libertad (DRIPPS 1992: 1785–6; GREEN 2015: 207): una autonomía robusta, que involucra la libertad positiva —esto es: a tener una vida sexual de acuerdo con los deseos y necesidades individuales—, y una autonomía estrecha, relacionada con la libertad negativa. La libertad negativa implica el derecho a no ser sometido a actos sexuales ajenos. La libertad positiva solo puede ser sostenida con normas jurídicas y morales de manera indirecta, por medio de la evitación de prohibiciones que impliquen reducir opciones. Que las personas puedan llevar la vida sexual que desean depende, también, de otros factores, p. ej., el atractivo físico o la personalidad, así como su suerte al conocer a otras personas. La autonomía estrecha o libertad negativa, en cambio, puede ser protegida de manera más directa a través de normas que prohíban interferencias indeseadas<sup>3</sup> y garanticen un derecho contra estas, p. ej.: el derecho a no ser tocado sexualmente. El uso de la frase “la magia moral del consentimiento” en la teoría jurídica ha sido criticado, porque parecen preferibles las explicaciones teóricas frente a afirmaciones sobre magia (DEMPSEY 2013: 12-15). Sin embargo, existe una explicación bastante simple de cómo funciona el consentimiento: es una renuncia al derecho contra la interferencia.

¿Por qué son importantes estos derechos contra interferencias? El punto de inicio para una explicación es el rol dominante de la autonomía en el pensamiento contemporáneo. La autonomía es una (mejor dicho: *la*) figura de valor central en filosofía moral, en teoría política y constitucional y en el derecho. Algunos autores populares cuestionan el valor de la autonomía como libertad

---

<sup>2</sup> En sociedades tradicionales, habría inconvenientes adicionales como la pérdida de la virginidad y la perspectiva de contraer matrimonio. Tener relaciones sexuales a la fuerza con una mujer de mala fama no era considerado una violación para las leyes medievales; véase p. ej. la *Constitutio Criminalis Carolina* (n.º 119 “*Straff der Nottzucht*”).

<sup>3</sup> RUBENFELD (2013: 1417–23) argumenta convincentemente que una concepción robusta de la autonomía sexual no puede ser sostenida con los recursos del derecho penal. Incluso si una persona percibe su vida como deprimente, esto no significa que la libertad negativa no sea importante: si uno *también* tuviera que tolerar agresiones sexuales, la vida sería *aún más deprimente*.

positiva: la toma de decisiones se caracteriza como una tarea agotadora, con un impacto negativo en la calidad de vida (EHRENBERG 1998; HAN 2010). Pero el escepticismo no se extiende a la autonomía sexual. La libertad de decisión y la protección contra actos sexuales indeseados continúa siendo tomada muy seriamente (MCGREGOR 1994: 235; ARCHARD 2007:390–3; DOUGHERTY 2013: 724).

La importancia de la autonomía sexual negativa proviene del hecho de que la sexualidad involucra al cuerpo (ARCHARD 1998: 20–1; SCHULHOFER 1998: 111): ejercer autonomía respecto de lo que le pase al propio cuerpo es considerado particularmente importante. Una posible explicación de este hecho apunta al valor sexual del cuerpo como una mercancía (DRIPPS 1992: 1785–92). Esta descripción captura *una* de las dimensiones de la autonomía sexual, pero el foco en el cuerpo como un medio de intercambio es muy estrecho. El aumento del significado del cuerpo y de las elecciones autónomas con respecto a su tratamiento es un fenómeno más amplio. En la ética médica y en el derecho, la noción de la autonomía del paciente ha desplazado la visión paternalista que sostiene que los médicos están en una mejor posición para juzgar los intereses de los pacientes.<sup>4</sup> El énfasis en las decisiones personales que involucren al cuerpo puede ser explicado al señalar su valor de identificación (en contraste con el valor de uso; por esta distinción ver GARDNER & SHUTE 2000: 201). El valor de uso ha perdido su significado en el mundo de consumo con una abundancia de bienes reemplazables. A su vez, el valor de identificación de los bienes no reemplazables, y específicamente del propio cuerpo, ha crecido.

No se trata únicamente de la interferencia en el cuerpo de otra persona, sino en su naturaleza sexual, lo que se constituye como una infracción grave. Para comprender cabalmente la ilicitud de la violación y de otros actos sexuales no consentidos es necesario enfatizar otro aspecto: la indiferencia hacia la autonomía sexual de una persona es también indiferencia por la dignidad humana de esa persona. Referirse a la dignidad humana requiere algunas aclaraciones respecto a qué constituye una violación contra la dignidad humana. Algunos autores apuntan al imperativo categórico kantiano que prohíbe “usar al otro meramente como un medio” y la instrumentalización sexual (GARDNER & SHUTE 2000: 204; PLAXTON 2016). Esto, sin embargo, no explica de manera acabada por qué el contacto sexual indeseado cuenta con un significado particular que no tienen otras formas de usar el cuerpo de una persona (STATMAN 2012: 108 s.). Una visión completa debe incluir la noción de grave humillación. Una humillación no es lo mismo que sentirse humillado: se

---

<sup>4</sup> Véase O’SHEA (este volumen, capítulo 23).

trata del significado social y simbólico desde la perspectiva de un observador. Realizar un acto sexual al utilizar el cuerpo de una persona que no está consintiendo o forzar a una persona a actuar de un modo sexual significa humillarla de una manera sustancial (esto explica que la violación sea utilizada como un instrumento de subyugación durante la guerra; ver ALLEN 1996).

La gran importancia de la autonomía sexual está también relacionada con los derechos de las mujeres, lo que podría explicar por qué, hasta épocas recientes, la violación con víctimas masculinas (ver MEZEY & KING 2000) no fue mayormente discutida. Con el surgimiento de la literatura feminista (BROWNMILLER 1975; HENDERSON 1992; ESTRICH 1986), la temática de la violación ganó importancia. Históricamente, y en muchas sociedades hasta la actualidad, no existía, ni existe, consenso respecto de si las mujeres tienen derecho a decidir cuándo, con quién y cómo mantener relaciones sexuales (MUNRO 2014: 747–8). El derecho a la autonomía sexual de las mujeres (como libertad positiva y negativa) requiere ser afirmado y defendido respecto de opiniones sesgadas por el género.

### **III. Modelo de la coacción vs. modelo del consentimiento: la diversidad de las leyes penales**

Un gran número de definiciones legales de abuso sexual y violación todavía requieren coacción, usualmente bajo el uso de fuerza o amenazas; véase p. ej. el art. 222-22, 23 del Código Penal Francés y el art 198, 190 del Código Penal de Suiza. De acuerdo con el modelo basado en la coacción, los autores deben recurrir a la violencia o a la amenaza de violencia para someter a sus víctimas (para una defensa de esta perspectiva, ver RUBENFELD 2013). El delito de violación tradicionalmente fue construido para determinar si una mujer que mantuvo relaciones sexuales por fuera del matrimonio debía o no ser castigada por fornicación o adulterio (WERTHEIMER 2003: 14). En el siglo XX, la descripción de los delitos fue modernizada: p. ej., autores y víctimas comenzaron a ser descriptos de manera neutral respecto del género y se incluyó a la violación dentro del matrimonio. Sin embargo, el modelo basado en la coacción persiste, a pesar de la creciente concientización respecto de que la coacción y la falta de consentimiento son dos elementos distintos del delito (DRIPPS 1992; MCGREGOR 1994; SCHULHOFER 1998: 101; ARCHARD 2007; TUERKHEIMER 2015). La coacción implica una ilicitud mayor, pero no debería ser considerada como una condición necesaria. La ausencia de coacción no indica que el acto sexual es consentido. Puede ser superfluo aplicar fuerza o amenazas si una persona, por su parsimonia o por haber sido sorprendida, no se resiste físicamente.

Sin embargo, la pasividad física de la víctima puede estar, y usualmente lo está, combinada con protestas verbales u otras circunstancias que demuestran la ausencia de consentimiento.

Las recientes reformas legislativas en el ámbito penal muestran una tendencia hacia un modelo basado en el consentimiento. Ciertos cuerpos legislativos como el Consejo de Europa promueven un enfoque basado en el consentimiento.<sup>5</sup> En Alemania, luego de un controvertido debate público, el parlamento modificó los delitos sexuales en el año 2016: desde entonces, la coacción no es condición necesaria para que se configuren abusos sexuales y la falta de consentimiento pasó a ser el concepto central (HÖRNLE 2017; sobre la situación jurídica antes de 2016, ver HÖRNLE 2000). En los sistemas jurídicos angloamericanos, algunas leyes describen el abuso sexual como actos con contenido sexual sin consentimiento; p. ej., la Ley de Abuso Sexual de Inglaterra de 2003 (ver Secc. 1–4), las normas penales en algunos estados de los Estados Unidos (TUERKHEIMER 2015: 15; ANDERSON 2016a: 1951–3) y el Código Penal de Canadá (Secc. 165). Las disposiciones sobre violación en el Código Penal Modelo de 1962 de los Estados Unidos (para un análisis crítico, ver ESTRICH 1986: 1134–47; SCHULHOFER 1998: 20–5) se encuentran bajo revisión (TUERKHEIMER 2015: 15).

#### IV. El concepto de consentimiento

Para analizar cómo debería ser un modelo de derecho penal basado en el consentimiento es necesario empezar con cuestiones conceptuales. La primera pregunta debe ser si el consentimiento es un estado mental o a un acto performativo.<sup>6</sup> El hecho de que una persona desear o consintió un acto sexual, ¿debe ser considerado consentimiento en un sentido jurídico? ¿o debe necesariamente expresarse la aprobación o desaprobación? Desde la perspectiva de la filosofía moral, se ha argumentado que la “magia moral” se produce con el estado mental, no con su expresión (HURD 1996: 137; ALEXANDER 2014). Sin embargo, el enfoque del estado mental merece algunas críticas, particularmente para fines jurídicos. No es fácil definir este estado mental (¿desear? ¿aceptar?), como tampoco lo es reconstruirlo retrospectivamente. La experiencia subjetiva de desear o no desear algo es a menudo poco clara y multifacética. Las decisiones jurídicas deberían evitar, en la mayor medida posible, el recurso a estados mentales como fundamento. En cambio, deberían

---

<sup>5</sup> Véase el art. 36 I de la Convención de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica), entrada en vigencia: 1.º de agosto de 2014.

<sup>6</sup> Véase también SCHNÜRIGER (este volumen [Schaber/Müller (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Taylor & Francis, Nueva York, 2018], capítulo 2).

rastrear interacciones y comunicaciones (ARCHARD 1998: 4; WERTHEIMER 2003: 144–52; DOUGHERTY 2015; HEALEY 2015). Además, colocar al estado mental como el elemento crucial podría traer como consecuencia ciertos resultados injustos para ambas partes involucradas. Consideremos a una persona que es acusada con base en el testimonio de otra persona, quien afirma no haber deseado mantener relaciones sexuales. Los procesos penales son problemáticos, incluso si el caso finalmente se desestima porque el acusado afirmó que no conocía esa “verdadera voluntad”. En un modelo basado en el *mens rea*, la perspectiva del “consentimiento como estado mental” implica una desventaja también para las víctimas. En este sentido, invita a afirmaciones deshonestas del estilo de “ella no dijo nada. Pero yo creí que su estado mental era favorable a mantener relaciones sexuales”. Las afirmaciones falsas son, de alguna manera, más fáciles de refutar en los casos en que los acusados inventan elementos de comunicación, en comparación con aquellos que simplemente se refieren a sus creencias acerca del estado mental de la víctima.

Si se define al “consentimiento” como un acto de comunicación, la próxima pregunta que surge será: ¿qué tipo de comunicación se requiere? Se discuten dos opciones: un modelo basado en el consentimiento afirmativo (“solo sí es sí”) (MCGREGOR 1994: 245–6; SCHULHOFER 1998: 283) y un modelo basado en el consentimiento negativo (“no es no”). El primero sostiene que se debe expresar afirmativamente el consentimiento. De acuerdo con el modelo de consentimiento negativo, más estrecho que el anterior, se constituye el acto de abuso o violación si el sujeto ignoró una expresión de rechazo (ESTRICH 1986: 1182–3; DRIPPS 1992: 1807). Bajo ambos modelos, la comunicación puede tomar diferentes formas: palabras, gestos, participación activa en las actividades sexuales (señales [*tokens*] de consentimiento; ver WERTHEIMER 2003: 152). La diferencia entre estos dos modelos adquiere relevancia si una persona permanece callada, pasiva y sumisa antes y durante el encuentro sexual. Quienes promueven el modelo de consentimiento positivo afirmarían que en ese caso no existe consentimiento. Sin embargo, para el modelo de consentimiento negativo el silencio no es en sí suficiente para constituir la conducta delictiva.

En los Estados Unidos, las universidades han adoptado el modelo de consentimiento afirmativo en los reglamentos de conducta de los campus (ver TUERKHEIMER 2015; BAKER 2016; ANDERSON 2016a). El incumplimiento no es un delito, pero puede ser sancionado. Ciertas críticas pueden ser planteadas a partir de los procedimientos (p. ej., respecto de la neutralidad y competencia de quienes se encuentran a cargo de evaluar dichas situaciones, reglas de procedimiento, desplazamiento de investigaciones penales). A su vez, no es evidente que las universidades tengan competencia para regular conductas que no están directamente relacionadas con asuntos

académicos, sino que se vinculan al comportamiento de adultos en los aspectos personales e íntimos de sus vidas. Pero las cuestiones de procedimiento y competencia de las universidades no son materia de este trabajo. La pregunta pertinente para nuestro análisis es la siguiente: ¿qué deberes tienen las personas entre sí en el marco de un encuentro sexual?

Una fuente de objeciones al modelo de consentimiento afirmativo se basa en la ausencia de claridad respecto del contenido de las reglas. ¿Cuándo y con qué frecuencia debe expresarse el consentimiento? ¿Qué constituye un “acto sexual”? Se requiere consentimiento al inicio, una vez que el umbral de la sexualidad ha sido cruzado, pero no será suficiente para expresar la voluntad general de “tener relaciones sexuales ahora”. Dado que la actividad sexual puede implicar diferentes actos, sería necesario repetir el consentimiento una vez que se alcanza la siguiente etapa, lo que conduciría a un problema respecto del límite. Cuanto más demandantes son las reglas, más confusión es esperable sobre qué se debe hacer. El modelo de “no es no” es de más fácil cumplimiento ya que la regla es simple: escuchar la negativa expresada por la otra persona y detenerse.

La principal disputa concierne al balance justo de los deberes. Los defensores del modelo de consentimiento positivo argumentan que en realidad contiene un deber muy simple: ante la duda, sencillamente preguntar. Sin embargo, esto presupone otro deber aún más demandante: el deber de monitorear las reacciones de la otra persona y evaluar las expresiones faciales y el lenguaje corporal. Semejante deber puede verse justificado como un deber moral en el marco de una relación de amor y cuidado mutuo. Pero sería irreal, y excesivamente moralista, asumir que el sexo es o debe ser restringido a relaciones amorosas. En este punto, se podría afirmar que prestar atención a las reacciones del otro es básico y una cuestión de consideraciones mínimas. Sin embargo, este deber no es tan poco exigente como podría parecer (ver TUERKHEIMER 2015: 13). La calidad del sexo puede ser definida basándonos en estados mentales tales como la pasión, la euforia y la abstracción. Este es un argumento neutral respecto del género: no se trata de varones dominantes, sino de cerrar los ojos y entregarse al placer físico. Requerir que se permanezca constantemente atento a las reacciones de la otra persona, de manera constante, puede interferir con la calidad de la experiencia sexual.

Los deberes de monitorear y preguntar deben sopesarse frente a una obligación de la pareja sexual: la obligación de expresar claramente la falta de consentimiento. Esto no implica resistencia física y semejante obligación no puede ser justificada, ya que requiere actos difíciles y riesgosos

(riesgosos porque la resistencia física puede causar violencia de la otra parte). Tampoco es necesario repetir una negativa respecto del acto, si es evidente que la otra persona conoce bien la situación, pero no le importa. Sin embargo, si la situación es genuinamente ambigua, decir “no” no es una demanda irrazonable o excesivamente exigente.

A fin de cuentas, la elección entre el modelo de consentimiento afirmativo o negativo depende del propósito que cumplen las reglas de conducta. Si el contexto es la educación y una perspectiva a futuro, tiene sentido establecer estándares altos, que se diluirán en la vida real. Un buen consejo para los adolescentes podría ser: trata a la otra persona como si se tratase de tu pareja con quien tienes deberes de cuidado y consideración (podría convertirse en eso), pero a veces también tienes derecho a relajarte y cerrar tus ojos. Sin embargo, la carga de la justificación es más fuerte si la perspectiva es la retrospectiva y las consecuencias son el reproche y las sanciones. Las reacciones de reproche son apropiadas si un “no” fue ignorado. Si la otra persona permaneció pasiva y en silencio también existe responsabilidad moral bajo ciertas condiciones, p. ej., si existieron fuertes indicadores de que la otra persona estaba sufriendo (si, p. ej., una persona permanece en silencio y no se mueve, de un modo más parecido a un cadáver que a un cuerpo humano viviente). No obstante, las situaciones de genuina ambigüedad son diferentes. Estas involucran señales mixtas (en parte alentadoras y en parte desalentadoras). Si el contexto no es fácil de descifrar, la obligación del participante que no desea el encuentro de manifestar su inconformidad se convierte en el deber primordial.

En el ámbito de los juicios morales, no todos estarán de acuerdo con esta conclusión. Pero si analizamos las consecuencias jurídicas, surgen argumentos adicionales en contra del modelo del consentimiento positivo. Las valoraciones morales y jurídicas no son idénticas. Este punto ha sido descuidado por los juristas (ver p. ej. PLAXTON 2016), quienes adoptan ideas de la filosofía moral sin discutir la diferencia entre la ética de la virtud y los deberes morales, por un lado, y las reglas jurídicas y las sanciones, por el otro (WERTHEIMER 2003: 5–7). La teoría del derecho penal debe incluir evaluaciones morales, pero no debe detenerse allí. El castigo penal por un delito sexual y las posibles consecuencias futuras, como ser inscripto en un registro de delincuentes sexuales (ANDERSON 2016a: 1956), tienen el potencial de destruir la vida del condenado. Por tanto, el derecho penal requiere reglas más restrictivas. Aquellos casos límite, que crean una disputa respecto del peso de los deberes morales, deben ser excluidos de la criminalización.

Las normas penales deben ser formuladas de manera tal que los deberes que contengan sean tan claros y fáciles de seguir como sea posible. En algunos sistemas jurídicos, las disposiciones constitucionales exigen que la ley defina el alcance de las prohibiciones<sup>7</sup> (es decir: las legislaturas deben especificar qué está prohibido). Si una cláusula de este estilo no forma parte de la constitución, su justificación puede invocarse como una cuestión de filosofía política: los ciudadanos deben encontrar la mayor orientación posible en la ley. Por este motivo, la simple norma de conducta que se deriva del modelo de consentimiento negativo es preferible a los demandantes deberes que involucra el modelo de consentimiento afirmativo.

## V. Una reforma del derecho penal a partir del consentimiento

Revisar las leyes penales tradicionales basadas en la coacción, en favor de un enfoque basado en el consentimiento, significa introducir nuevos tipos penales. Desafortunadamente, podría decirse que una reforma reflexiva y sistemática de los delitos sexuales resulta muy demandante. Los legisladores deben tener en cuenta las controversias planteadas anteriormente en torno al concepto del consentimiento y deben alcanzar un acuerdo sobre su significado. En un segundo paso, estas consideraciones necesitan ser transformadas en prohibiciones. Un acuerdo general con un derecho basado en el consentimiento puede encontrar expresiones bastante diferentes en los textos de leyes penales.

Un enfoque directo utiliza elementos en los tipos penales que reflejan directamente el consentimiento como concepto, como el elemento “sin consentimiento” o una redacción similar; ver, p. ej., Sección 1-4 de la Ley de Delitos Sexuales de Gran Bretaña del año 2003 (“*does not consent*” / “no consiente”). La redacción de prohibiciones en ese estilo podría tener sentido si la suposición que subyace es que el “consentimiento es un estado mental” o “es necesario expresar el consentimiento afirmativo”. Pero incluso si esa fuera la premisa conceptual, la palabra “consentimiento” como un elemento de los tipos penales presenta inconvenientes. En tanto el concepto del consentimiento es complicado y ambiguo, esta opción legislativa deja principalmente en manos del poder judicial la definición de un delito (TADROS 2006: 520–3). Es preferible introducir tipos correctamente definidos (TADROS 2006), particularmente si el punto de inicio conceptual es el modelo de consentimiento negativo. La reforma de los delitos sexuales en Alemania

---

<sup>7</sup> Véase el art. 103 II, *Grundgesetz*, la Constitución alemana: “un acto será punible solo si fue definido por la ley como un delito antes de que el acto fuera cometido”.

toma un camino bastante diferenciador (ver § 177, Código Penal Alemán, desde 2016). En primer lugar, el punto central debe capturar casos en los cuales la víctima expresó “no” en palabras o con su comportamiento. Podrían ser posibles descripciones a ser utilizadas en la redacción de los tipos penales: “contra su expresa voluntad” o “contra su voluntad reconocible” (sobre esta última, ver § 177 I, Código Penal Alemán). En segundo lugar, las prohibiciones deberían abarcar escenarios en los que un “no” no ha sido expreso porque no fue posible, p. ej., si la víctima estaba inconsciente (en coma, desmayada, bajo el efecto de narcóticos o durmiendo) o en casos en los que el agresor actuó rápidamente y de manera sorpresiva. Respecto de los casos de imposibilidad, deben considerarse cláusulas de exención estrictas para parejas casadas u otras parejas (p. ej., si una de las personas toca a la otra mientras esta está dormida; PLAXTON 2016: 11–12). Generalmente, el carácter de esposo o conviviente no sustituye el consentimiento. Sin embargo, bajo ciertas condiciones, una renuncia de derechos puede ser asumida, p. ej. si es un acto sexual menor y no expresa hostilidad.

Finalmente, los legisladores deben diseñar prohibiciones penales que capturen situaciones en las que la víctima expresa estar de acuerdo. Es necesario distinguir el consentimiento en un sentido normativo —esto es, un consentimiento válido— y el consentimiento en un sentido fáctico (GREEN 2015: 212). Para este último, usaré la palabra “acuerdo”. Desde una perspectiva normativa, ética y legal, decir “sí” o brindar señales de estar de acuerdo no necesariamente significa que estamos en presencia de un consentimiento válido. Es una tarea importante para la teoría del derecho penal examinar ciertas condiciones, como la falta de competencia o determinadas situaciones de presión, que convierten en irrelevante a ese acuerdo.

El punto de partida debería ser una explicación no perfeccionista de la toma de decisiones. Las referencias a la autonomía deben reconocer las imperfecciones humanas (ARPALY 2004: 180). Un ideal fuerte de elecciones verdaderamente autónomas sería demasiado exigente. Quienes toman decisiones necesitarían saber todos los hechos relevantes, ser competentes para evaluarlos, tomar una decisión equilibrada y ser capaces de afirmarse frente a los demás. En la vida real, los seres humanos casi nunca se ajustan a este ideal. El conocimiento de los hechos tiende a ser fragmentado y las valoraciones tienden a ser distorsionadas, a lo que se suma que muchas personas son vulnerables incluso ante presiones menores de personas o situaciones. En defensa del modelo tradicional basado en la coacción, RUBENFELD argumenta que la autonomía sexual no puede ser completamente protegida y, por tanto, no debe ser el bien jurídico protegido (RUBENFELD 2013: 408). Sin embargo, en lugar de presuponer nociones ambiciosas de autonomía y consentimiento, para el derecho penal

debe ser suficiente que el consentimiento sea lo suficientemente válido (ARCHARD 1998: 82–3). La noción de ciudadanía implica un deber de asumir la responsabilidad por las elecciones que cada persona realiza. Tener el derecho de seguir las preferencias personales (autonomía positiva) puede implicar, como contracara, la pérdida del derecho a reclamar ante decisiones lamentables.

El desafío consiste en definir dónde corresponde trazar la línea divisoria en lo que respecta a las valoraciones jurídicas, esto es, cómo describir aquellas deficiencias severas que tornan irrelevante el acuerdo. HURD argumenta a favor de una relación simétrica: aquellas circunstancias en las que el agresor no podría ser exculpado tampoco deberían tornar inválido el consentimiento de la víctima (HURD 1996: 141–2). Sin embargo, esta asunción de simetría puede ser desafiada: las condiciones requeridas para renunciar a un derecho pueden ser algo más exigentes que las necesarias para entender las normas penales. Tanto el modelo de consentimiento afirmativo como el negativo tienen problemas con los que deben lidiar. Si “ausencia de consentimiento” es el elemento central en el tipo penal, las leyes o los jueces deberán desarrollar un criterio para definir qué es un consentimiento válido. Una de las bases del modelo de consentimiento negativo consiste en que las leyes penales deben incluir tipos penales que describan esas circunstancias, además de los casos de “negativa expresa” y de “imposibilidad de manifestar voluntad”. Deben ser tenidos en cuenta tres tipos de circunstancias: errores y engaños;<sup>8</sup> minoría de edad o severas deficiencias cognitivas o mentales; y circunstancias coercitivas.

## VI. Circunstancias que tornan irrelevante el consentimiento

Algunos sistemas jurídicos criminalizan aquellos actos sexuales que fueron consentidos a causa de un engaño sobre la naturaleza del acto o sobre la identidad de quien lo realizó (ver, p. ej., Sección 76 Ley de Delitos Sexuales de Reino Unido de 2003; sobre el derecho de los Estados Unidos, ver GREEN 2015: 200–1). Este, sin embargo, no es el enfoque en todos los sistemas jurídicos. P. ej., la ley alemana no menciona el engaño como un elemento en los delitos sexuales.<sup>9</sup> Desde una perspectiva moral, se podría afirmar que es incorrecto engañar a una persona respecto de hechos que son de central importancia para esta (DOUGHERTY 2013). Sin embargo, los estándares morales no deben transferirse directamente a los análisis jurídicos (WERTHEIMER 2003: 213–14). Si se considera el carácter intrusivo del castigo penal, es aceptable una zona gris de conducta que, si bien

---

<sup>8</sup> Véase también DOUGHERTY (este volumen, capítulo 15).

<sup>9</sup> La prohibición del siglo XIX sobre errores respecto de la naturaleza marital de las relaciones sexuales fue abolida en 1969.

es moralmente reprochable, no es punible. La doctrina penal alemana distingue entre engaños que conciernen a un error respecto del núcleo del ilícito y los engaños relacionados con los motivos, como aquellos que conciernen a los sentimientos, el matrimonio o la posición financiera o social. Únicamente la primera categoría invalida el consentimiento (ROXIN 2006: 581-2). En un sentido similar, la terminología jurídica de Inglaterra se refiere a un “fraude en el hecho” y un “fraude en la inducción” (ARCHARD 1998: 46–50; Green 2015: 198). Lo esencial que una persona necesita saber es que tendrá relaciones sexuales, qué tipo de relaciones sexuales tendrá y con qué persona. El contenido sexual es menos claro si el infractor aparentó un contacto sin contenido sexual (un caso usual es el de alegar un “tratamiento curativo”). El engaño respecto del grado de intrusión física incluye mentiras respecto del uso de preservativo. Si una persona es engañada acerca de estos elementos esenciales o sobre la identidad de la otra persona, la expresión de acuerdo no equivale a un consentimiento válido (SCHULHOFER 1998: 284; GREEN 2015: 225–34). Este tipo de conductas podrían ser criminalizadas.

La minoría de edad puede también ser un factor relevante. Si una persona menor de edad dice “no” o es víctima de un ataque sorpresa, el castigo no necesita justificarse de manera diferente a los casos que involucran víctimas adultas. Los casos interesantes son aquellos en los que los menores expresan estar de acuerdo. Tanto la noción de autonomía personal, como el concepto liberal de competencia, se refieren a personas adultas. Pero respecto de los menores, la ley debe observar más de cerca la cuestión para apreciar la situación de real vulnerabilidad. En el caso de los niños y las niñas, los obstáculos para brindar decisiones autónomas son: la carencia de habilidades comunicativas o la imposibilidad de entender qué significa el sexo, la ausencia de capacidad de autopercepción como persona separada de las demás, y la incapacidad para mantener y expresar su voluntad contra las instrucciones e incentivos de los demás. Dentro de los procedimientos jurídicos sería imposible establecer la capacidad individual del niño en un cierto momento retrospectivamente. Por tanto, los sistemas jurídicos evitan evaluaciones individuales y establecen límites de edad estrictos, mediante la creación de delitos como el abuso sexual infantil (GREEN 2015: 238–51). Estos límites de edad deben reflejar juicios empíricos sobre cuándo los niños suelen ser lo suficientemente competentes como para que su consentimiento sea válido (WERTHEIMER 2003: 222). Difícilmente será posible demostrar que ese límite deba ser doce, trece o catorce años, ya que existe cierto margen de maniobra (para derecho de los Estados Unidos, ver ROBINSON & WILLIAMS 2018: cap. 20). Dado que la madurez se logra gradualmente, las prohibiciones deben distinguir entre niños y jóvenes. Los sistemas legales europeos, desafortunadamente, atribuyen el

estado de “niño” a toda persona menor de dieciocho años de edad.<sup>10</sup> Sin embargo, una persona de diecisiete años de edad no puede ser equiparada a un niño de siete años. Se debe garantizar la libertad positiva de los jóvenes de explorar su sexualidad en encuentros adolescentes. Al mismo tiempo, es necesario tener en cuenta que ellos no son adultos. Las personas jóvenes menores de edad son vulnerables a presiones más o menos sutiles por parte de personas mayores, particularmente dentro de la jerarquía de los roles sociales, p. ej., en encuentros con maestros. Por tanto, las leyes penales deberían definir dos umbrales de edad (ARCHARD 1998: 128–9). Hasta cierta edad, un encuentro sexual debe estar absolutamente prohibido. Por fuera de esa edad, los jóvenes solo necesitan protección contra aquellos que se aprovechan de su superioridad en razón de la edad y el estatus social.<sup>11</sup>

La capacidad también se convierte en un problema si las personas con discapacidad intelectual están de acuerdo con el contacto sexual. Las discapacidades mentales severas hacen imposible el consentimiento válido (FEINBERG 1989: 316; ARCHARD 1998: 44; BERGELSON 2008: 701). Sin embargo, debe analizarse la cuestión de si, ante la presencia de un consentimiento real, la ausencia de capacidad debe llevar, sin excepción, a un castigo penal hacia la otra persona. Esto llevaría a una prohibición absoluta de actividades sexuales para adultos con discapacidades mentales severas que desean experimentar placer sexual. Se trataría de una restricción en detrimento de la calidad de vida en un adulto y de un ejemplo que nos recuerda que es imposible maximizar la autonomía positiva y negativa de una persona al mismo tiempo (WERTHEIMER 2003: 3). Se deben considerar dos posibles soluciones. Podría ocurrir que los delitos eviten referencias a personas con discapacidad mental severa, pero esto les permitiría a ciertas personas explotar la falta de juicio o de asertividad de personas con discapacidad. La segunda, y preferible, solución implica una solución de compromiso a través de la redacción de disposiciones con cláusulas como “explotación” (HÖRNLE 2017).

Los procesos penales a menudo deben lidiar con casos problemáticos, como la validez del consentimiento en supuestos de embriaguez de la víctima. Los casos fáciles son aquellos en los cuales el infractor seda o embriaga a una persona sin que esta lo sepa. Estos casos deben discutirse bajo el título de “coacción”. Sin embargo, en casos en los que se consume voluntariamente una gran cantidad de alcohol (u otras drogas) surge la pregunta respecto de si la expresión de estar de acuerdo

---

<sup>10</sup> Véase el art. 2 (a) Directiva 2011/92UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

<sup>11</sup> Véase §§ 174, 176, 182, Código Penal alemán. Algunas de estas normas protegen a los menores hasta que alcanzan los dieciséis años, otras hasta los dieciocho años.

de una persona alcoholizada constituye un consentimiento válido. Un alto grado de intoxicación equivale a una discapacidad mental temporal severa y las consideraciones son similares a aquellas con respecto a la discapacidad mental permanente. Una prohibición general ignoraría el hecho de que la gente a menudo desea y disfruta mantener encuentros sexuales bajo el efecto de alcohol u otras sustancias desinhibitorias (WERTHEIMER 2003: 257). Los tipos penales deberían incluir una cláusula sobre explotación. Al definir qué constituye explotación se debe tomar en cuenta un conjunto de circunstancias: relaciones sexuales previas y el grado de relación entre las personas involucradas, así como los elementos de la interacción (como la hostilidad o los signos de afecto).

Otro grupo de circunstancias que puede tornar irrelevante la expresión de estar de acuerdo puede agruparse dentro de la coacción. Los tipos penales clásicos que se basan en la coacción a través de violencia o amenaza de violencia no deben ser eliminados del derecho penal. Este aspecto no debería ser tratado como una condición necesaria para el castigo (para un punto de vista diferente, ver ANDERSON 2016b), pero sí debería figurar en las definiciones de consentimiento inválido y como un factor agravante. En casos de ataques violentos, la acusación y la condena deberían reflejar que la coacción es una versión particularmente grave de un delito sexual. Las amenazas no deben ser necesariamente amenazas de violencia. Se aplican consideraciones similares cuando los delincuentes amenazan a las víctimas con otros actos ilícitos que conducirían a un grave perjuicio. La coacción de poca gravedad comúnmente utilizada (p. ej.: “No pasaré el fin de semana con tus padres”) no afecta seriamente la autonomía del otro. Sin embargo, las amenazas con daños graves e ilícitos, como reprobación arbitrariamente a alguien en un examen, invalidan el consentimiento.

En términos coloquiales, las referencias a la coacción son frecuentemente usadas en un sentido más amplio, no limitado a una amenaza de violencia u otros actos ilegales, sino en referencia a cualquier tipo de percepción individual de estar “bajo presión” por diferentes circunstancias (para estos casos, ver: ARCHARD 1998: 54–65; SCHULHOFER 1998: 137–67; WERTHEIMER 2003: 166–92). Las vulnerabilidades económicas y sociales pueden crear considerables presiones psicológicas y, desde el punto de vista moral, puede ser reprochable si otro explota esto en miras a obtener un beneficio sexual. En el ámbito del derecho, sin embargo, se debería evitar el perfeccionismo moral (ARCHARD 1998: 136). Dentro del marco normativo de la autonomía y la responsabilidad, la línea predeterminada consiste en que las personas deben sostener sus decisiones. Es parte de una autonomía sexual en sentido amplio usar la sexualidad independientemente del erotismo o intereses emocionales como un medio para (quizá) mejorar situaciones de vida difíciles (HURD 1996: 145). Desde la perspectiva de la ética, semejantes decisiones puede que no sean recomendables. Sin

embargo, a efectos jurídicos, la distinción entre ofertas y amenazas es importante. El Estado solo debe castigar a la otra persona involucrada si ha creado la situación desafortunada a través de actos ilícitos o si su propuesta de mejorar las circunstancias equivale a una amenaza con actos ilícitos o a ignorar una obligación jurídica de ayudar (WERTHEIMER 2003: 163–92).

## VII. Abuso del cargo

Bajo ciertas condiciones, las prohibiciones penales pueden restringir el contacto sexual por razones que son independientes de la autonomía sexual. El abuso del cargo y el abuso de la profesión pueden ser un problema si, p. ej., oficiales de policía, fiscales, guardias de prisión o personas que trabajan en hospitales tienen contacto sexual con acusados, reclusos o pacientes. Las normas del derecho penal que abordan tales situaciones se pueden explicar de una manera dual: ya sea como una cuestión de consentimiento deficiente, p. ej., si el cargo o la profesión confiere facultades carismáticas (SCHNEEBAUM 2015), o como abuso de cargo o de una profesión. Este último se refiere a intereses colectivos con respecto al funcionamiento de instituciones y la confianza pública en estas instituciones. Se debilita el respeto y la cooperación si los profesionales favorecen a los reclusos por razones personales. Además, las prácticas de favoritismo, como otros casos de corrupción, debilitan la confianza del público en que las instituciones se administran de manera justa y eficiente.

## VIII. Responsabilidad subjetiva de los infractores

Los acusados en casos de delitos sexuales frecuentemente argumentan que no tenían conocimiento de los hechos relevantes, como la falta de consentimiento o la edad de la otra persona. Los sistemas jurídicos llegan a diferentes resultados para tales casos. Los sistemas con un fuerte énfasis en el dolo requieren prueba de conocimiento para todos elementos objetivos de los tipos penales. P. ej., de acuerdo con el derecho alemán sobre delitos sexuales, la afirmación irrefutable de haber creído erróneamente en el consentimiento del otro o de haberse equivocado sobre otro hecho relevante dará lugar a una absolución,<sup>12</sup> incluso si el error fue simplemente estúpido y cualquier otra persona en la misma situación habría percibido lo obvio. Los sistemas de derecho penal de esta clase hacen que sea relativamente fácil escapar de una condena.

---

<sup>12</sup> Este también fue el enfoque adoptado por la ley inglesa antes de la Ley de Delitos Sexuales inglesa de 2003; véase el infame caso Morgan (Alexander 1995).

Otros sistemas jurídicos se basan en una responsabilidad objetiva (*strict liability*) con respecto al consentimiento de la otra persona o a su edad. Responsabilidad objetiva significa que el autor será condenado incluso si una persona muy cuidadosa en la misma situación no habría sospechado que la otra persona no dio su consentimiento o que era menor de edad. La Ley de Delitos Sexuales del Reino Unido de 2003 no exige que el delincuente sepa o haya podido saber que la víctima tiene menos de trece años.<sup>13</sup> Algunos estados de los Estados Unidos brindan un margen para que los tribunales tomen enfoques similares con respecto al consentimiento (DEMPSEY 2016: 518–9). La responsabilidad objetiva es una desviación radical de principios generales que presuponen alguna forma de culpabilidad. Tales construcciones jurídicas merecen ciertas críticas porque sobrepasaron su objetivo: si las legislaturas quieren bloquear excusas del tipo “bueno, yo no vi eso”, deberían introducir delitos imprudentes en lugar de delitos de responsabilidad objetiva (HURD 1996: 136).

En relación con los supuestos erróneos de consentimiento, una fuerte tradición en la jurisprudencia estadounidense (HUSAK & THOMAS 1992: 99; DEMPSEY 2016: 518–9) y la Ley de Delitos Sexuales inglesa de 2003 se basan en el estándar de una persona razonable.<sup>14</sup> Si la creencia del acusado respecto del consentimiento era razonable, no será considerado culpable de abuso sexual o violación. Si la falsa creencia fue, sin embargo, irrazonable, será condenado por abuso sexual y violación como un delincuente que sabía positivamente que la víctima no consintió. Este enfoque también merece críticas (HUSAK y THOMAS 1992: 97; TADROS 2006: 534), porque equipara una atención insuficiente con un conocimiento positivo sobre la falta de consentimiento. No prestar suficiente atención al hecho de si ha existido consentimiento es algo ilícito (ARCHARD 1998: 144–5), pero es un ilícito diferente del desprecio intencional hacia otra persona. Los crímenes intencionales deben ser señalados y sancionados de manera diferente al comportamiento irrazonable por no prestar suficiente atención.

Existen posibles soluciones en un punto medio entre los dos extremos de pena aquí mencionados, esto es, entre no castigar a pesar del gran descuido (como en el derecho alemán), por un lado, y los instrumentos punitivos que se basan en el estándar de persona razonable y en la responsabilidad objetiva (el derecho inglés y estadounidense), por el otro. Podría introducirse un tipo penal autónomo que abarque la imprudencia grave en relación con el consentimiento, con penas

---

<sup>13</sup> Secc. 5-8, Ley de Delitos Sexuales inglesa de 2003.

<sup>14</sup> Secc. 1-4, Ley de Delitos Sexuales inglesa de 2003.

más bajas que en supuestos de desprecio intencional por signos de desaprobación. Un raro ejemplo de este enfoque se puede encontrar en el derecho noruego.<sup>15</sup>

## IX. Bibliografía

ALEXANDER, D., “Twenty Years of Morgan: A Criticism of the Subjectivist View of *Mens Rea* and Rape in Great Britain”, en *Pace International Law Review*, vol. 7, 1995, pp. 207–246.

ALEXANDER, L., “The Ontology of Consent”, en *Analytic Philosophy*, vol. 55, 2014, pp. 102–113.

ALLEN, B., *Rape Warfare: Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, en Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996.

ANDERSON, M., “Campus Sexual Assault Adjudication and Resistance to Reform”, en *Yale Law Journal*, vol. 125, 2016a, pp. 1940–2005.

ANDERSON, S. A., “Conceptualizing Rape as Coerced Sex” en *Ethics*, vol. 127, 2016b, pp. 50–87.

ARCHARD, D., *Sexual Consent*, Boulder: Westview, 1998.

ARCHARD, D. (2007), “The Wrong of Rape” en *The Philosophical Quarterly*, vol. 57, 2007, pp. 374–393.

ARPALY, N., “Which Autonomy?” en CAMPBELL/O’ROURKE/SHIER (eds.), *Freedom and Determinism*, Cambridge, MIT, 2004, pp. 173–188.

BAKER, K., “Campus Sexual Misconduct as Sexual Harassment: A Defense of the DOE”, en *Kansas Law Review*, vol. 64, 2016, pp. 861–890.

BERGELSON, V., “Consent to Harm”, *Pace Law Review*, vol. 28, 2008, pp. 683–711.

BROWNMILLER, S., *Against Our Will: Men, Women and Rape*, Simon and Schuster, New York, 1975.

---

<sup>15</sup> Secc. 192, Código Penal noruego. En Suecia, una comisión de reforma propuso una solución similar en 2016; véase *Ett starkare skydd för den sexuella integriteten, Statens Offentliga Utredningar*, SOU 2016:60, en 55 (resumen en inglés).

DEMPSEY, M., “Victimless Conduct and the *Volenti* Maxim: How Consent Works”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 7, 2013, pp. 11–27.

DEMPSEY, M., “Smith and Hogan at Villanova: Reflections on Anglo-American Criminal Law, the Definition of Rape, and What America Still Needs to Learn from England”, en *Villanova Law Review*, vol. 61, 2016, pp. 509–523.

DOUGHERTY, T., “Sex, Lies, and Consent”, en *Ethics*, vol. 123, 2013, pp. 717–744.

DOUGHERTY, T., “Yes Means Yes: Consent as Communication”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 43, 2015, pp. 224–253.

DRIPPS, D., “Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent”, en *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, pp. 1780–1809.

EHRENBERG, A., *La fatigue d’être soi*, Odile Jacob, Paris, 1998.

ESTRICH, S., “Rape”, en *Yale Law Journal*, vol. 95, 1986, pp. 1087–1184.

FARMER, L., *Making the Modern Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

FEINBERG, J., *The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. 3: Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford, 1989.

GACA, K., *The Making of Fornication: Eros, Ethics, and Political Reform in Greek Philosophy and Early Christianity*. Berkeley y Los Angeles: University of California Press, 2003.

GARDNER, J. y SHUTE, S., “The Wrongness of Rape”, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4th series, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 193–217.

GREEN, S., “Lies, Rape, and Statutory Rape”, en SARAT (ed.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

HAN, B.-C., *Müdigkeitsgesellschaft (Fatigue Society)*, Matthes und Seitz, Berlín, 2010.

HEALEY, R., “The Ontology of Consent: A Reply to Alexander”, en *Analytic Philosophy*, vol. 56, 2015, pp. 354–363.

- HENDERSON, L., “Rape and Responsibility”, en *Law and Philosophy*, vol. 11, 1992, pp. 127–178.
- HÖRNLE, T., “Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law”, en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, 2000, pp. 639–685.
- HÖRNLE, T., “The New German Law on Sexual Offenses”, en *German Law Journal*, vol. 18, 2017, pp. 1309–1329.
- HURD, H., (1996) “The Moral Magic of Consent (I)”, en *Legal Theory*, vol. 9, pp. 121–146.
- HUSAK, D. y THOMAS G., (1992) “Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes”, en *Law and Philosophy*, vol. 11, 1992, pp. 95–126.
- KLEINIG, J., “The Nature of Consent”, en MILLER/WERTHEIMER (eds.), *The Ethics of Consent. Theory and Praxis*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- MCGREGOR, J., “Force, Consent, and the Reasonable Woman”, en COLEMAN/BUCHANAN (eds.), *In Harm’s Ways: Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.
- MEZEY, G. y KING, M., *Male Victims of Sexual Assault*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- MILL, J. S., *On Liberty*, John Parker and Son, London, 1859.
- MUNRO, V., “Sexual Autonomy”, en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- PLAXTON, M., “Nussbaum on Sexual Instrumentalization”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 10, 2016, pp. 1–16.
- ROBINSON, P. y WILLIAMS, T. (2018), *Mapping the American Criminal Law. An Exploration of the Diversity Among the States*, en prensa.
- ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil Vol. 1*, 4.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Munich, 2006.
- RUBENFELD, J., “The Riddle of Rape-By-Deception and the Myth of Sexual Autonomy”, en *Yale Law Journal*, vol. 122, 2013, pp. 1372–1443.

SCHNEEBAUM, G., “What is Wrong with Sex in Authority Relations?”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 105, 2015, pp. 345–385.

SCHULHOFER, S., *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

SPENA, A., “Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle”, en *Diritto & Questione Pubbliche*, vol. 10, 2010, pp. 497–524.

STATMAN, D., “Gardner on the Wrongness of Rape”, en *Jerusalem Review of Legal Studies*, vol. 4, 2012, pp. 105–109.

TADROS, V., “Rape Without Consent”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, 2006, pp. 515–543.

TUERKHEIMER, D., “Rape On and Off Campus”, *Emory Law Journal*, vol. 65, 2015, pp. 1–45.

WERTHEIMER, A., *Consent to Sexual Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

WEST, D., *Reason & Sexuality in Western Thought*, Cambridge, Polity Press, 2005.

## EL CONCEPTO DE VERDAD EN EL DERECHO PENAL MEDIANTE EL EJEMPLO DE LAS TEORÍAS DE LA DECLARACIÓN JURÍDICO-PENAL (§§ 153 ss., STGB)

Eric HILGENDORF\*

---

Fecha de recepción: 15 de enero de 2020  
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2020

*El concepto “verdad” es empleado en la vida cotidiana con innumerables y con frecuencia muy distintos significados. En la Filosofía y en la teoría de la ciencia es dominante la “teoría de la correspondencia” de la verdad. Pero, por los gravosos problemas que plantea esta teoría, han sido propuestas concepciones alternativas, sobre todo en el último tiempo. En la siguiente contribución se intenta rastrear la posibilidad de hacer fructífera la discusión filosófica sobre la verdad, especialmente para los delitos de declaración del Derecho Penal.*

En una contribución aparecida hace poco tiempo, Arthur Kaufmann ha llamado la atención sobre la importancia de las teorías filosóficas sobre la verdad para la Jurisprudencia y especialmente para el Derecho Penal.<sup>1</sup> Como punto de partida de su exposición, escoge la discusión sobre el concepto de “declaración falsa”, en el sentido de los §§ 153 ss., StGB.<sup>2</sup> De ese modo, Kaufmann le introduce un nuevo aspecto a la antigua disputa entre la teoría “objetiva” y la “subjetiva”, al que

---

\* Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Tübingen al momento de la publicación del trabajo original (hoy Profesor de la Universidad de Würzburg). Título original del artículo: Die Wahrheitsbegriff im Strafrecht am Beispiel der strafrechtlichen Aussagetheorien (§ 153 ff. StGB), publicado en Goltammer's Archiv für Strafrecht [GA] (“Archivo de Derecho Penal de Goltammer”), 1993, pp. 547-559. (Versión española de Marcelo A. Sancinetti; revisión de la traducción de Leandro A. Dias). Se mantuvo el formato de citas del original.

<sup>1</sup> *Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien*, en: G. Arzt et al. (comp.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, pp. 119-130.

<sup>2</sup> Aquí se habrá de renunciar a una exposición de esta disputa de teorías, bien conocida. Para una exposición general, cf. Arzt / Weber, *Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch 5* (1982), n.º m. 265-279. En J. Hruschka / W. Kässer, *Der praktische Fall, Strafrecht: Die Eidesbrüder*, en: JuS, 1972, pp. 709-715 (710), se halla una diferenciación estructural interesante de las posibles soluciones.

deseo rastrear en el texto siguiente.<sup>3</sup> A este respecto, tras una explicación de algunas cuestiones previas (*infra*, I), se habrá de hacer un resumen de las teorías filosóficas más importantes sobre la verdad (*infra*, II) y se habrá de intentar la posibilidad de su aplicación a la Jurisprudencia (*infra*, III).

La cuestión de la “verdad” forma parte de los problemas centrales de la Filosofía. Sobre eso ya han sido escritas bibliotecas enteras, en torno a lo cual, sin embargo, no es infrecuente que el problema sea entendido de manera totalmente diferente.<sup>4</sup> La siguiente exposición es tributaria de la Filosofía analítica, que con su énfasis en claridad y comprensibilidad le es muy cercana al estilo de los juristas y especialmente de los penalistas. A mí me parece que la dogmática de los §§ 153 ss., StGB, requiere un análisis de sus fundamentos conceptuales de aquella índole, para no quedar enredada en problemas puramente terminológicos y perder de vista así los problemas materiales realmente interesantes. Así, p. ej. —para anticipar uno de los resultados de la siguiente exposición—, la cuestión de la verdad o de la falsedad de una declaración no debería mezclarse con el problema de una posible lesión al deber de cuidado del declarante. Pero justamente esto deberían hacer los defensores de la teoría del deber<sup>5</sup>, haciendo depender la falsedad de una declaración de que la “declaración no reproduzca el saber que el declarante [... podría reproducir...], en caso de tener una conducta conforme al ordenamiento procesal”.<sup>6</sup> También el argumento —con frecuencia basado en Binding<sup>7</sup>— de que el declarante, de todos modos, solo podría informar sobre aquello que él halla como “situación de hecho de la vida interna”, es decir, referir su saber, es —visto desde la teoría del conocimiento— una obviedad,<sup>8</sup> y de ningún modo es apropiado para decidir en la discusión entre la teoría de la declaración subjetiva y objetiva.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Un excelente panorama sobre las teorías filosóficas de la verdad lo ofrece el volumen compilado por G. Skirbekk (comp.), *Wahrheitstheorien. Eine Auswahl aus den Diskussionen über Wahrheit im 20. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., 1977. Cf. además W. Franzen, *Die Bedeutung von »wahr« und »Wahrheit«*. *Analysen zum Wahrheitsbegriff und zu einigen neueren Wahrheitstheorien*, Friburgo, Múnich, 1982; L. B. Puntel, *Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie – Eine kritisch-systematische Darstellung*, 2.<sup>a</sup> ed., Darmstadt, 1983; *idem* (comp.), *Der Wahrheitsbegriff. Neuere Erklärungsversuche*, Darmstadt, 1987. Amplias referencias sobre la discusión anglosajona se hallan en A. N. Prior: *Correspondence Theory of Truth*, en: P. Edwards (comp.), *Encyclopaedia of Philosophy*, t. 2, New York, London, 1967, pp. 223-232.

<sup>4</sup> Cf. el panorama en Kaufmann, *FS Baumann*, pp. 122 s.

<sup>5</sup> Son de mencionar aquí Otto, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, 3.<sup>a</sup> ed., 1991, pp. 444 s.; *idem*, *Die Aussagedelikte – §§ 153-163 StGB*, en: JuS, 1984, pp. 162-172, y (fundamental) Schmidhäuser, *Aussagepflicht und Aussagedelikt, Bemerkungen über die Falschheit der Aussage*, en: *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, Göttingen, 1961, pp. 207-237.

<sup>6</sup> Así la definición de Otto, *Grundkurs*, p. 444.

<sup>7</sup> *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, t. 1, 1.<sup>a</sup> Parte, 2.<sup>a</sup> ed., 1904, p. 134.

<sup>8</sup> En el § 261, StPO, también el legislador se basa, para el llegar a una sentencia, no en una verdad entendida objetivamente, sino en la convicción subjetiva del tribunal, cf. Arzt / Weber, *LH 5* (como en nota 2), n.º m. 273.

<sup>9</sup> Así también Kaufmann, *FS Baumann*, pp. 126.

## I. Cuestiones previas

1. Para cualquier confrontación seria con el problema de la verdad tiene central importancia, ante todo, la distinción entre *definición* de verdad y *criterio* de verdad. Una definición de verdad establece qué es lo que opinamos cuando decimos que determinada declaración es verdadera. Según el entendimiento cotidiano una declaración es verdadera cuando aquello que expresa es efectivamente el caso (esta idea también subyace a la llamada “teoría de la correspondencia”, en la cual se habrá de entrar aún en detalle, *infra*, II.1). Así, p. ej., la declaración de que “Gustav Radbruch nació en el año 1878” es verdadera solo si Radbruch efectivamente nació en el año 1878. Hay que separar estrictamente la cuestión de la definición de verdad del problema de un criterio de verdad capaz de rendir frutos: ¿cómo podemos determinar si una declaración es “verdadera” en el sentido de la definición de verdad escogida? O bien, expresado con la teoría de la correspondencia: ¿cómo podemos saber que Gustav Radbruch nació efectivamente en el año 1878? Al respecto, se trata de un problema básico de todas las ciencias empíricas. También en la ciencia del derecho son bien conocidas las dificultades para establecer hechos acertadamente. En los capítulos sobre la prueba son tratadas en cualquier Manual de Derecho Procesal.<sup>10</sup>

2. Un segundo problema a aclarar previamente es la cuestión de los *portadores de la verdad*: ¿De qué hablamos cuando decimos que algo es verdadero o falso? Según la concepción dominante, como portadores de la verdad entran en consideración solo declaraciones, es decir, frases descriptivas. De este modo, verdad no es ninguna propiedad de estados psicológicos o de otros hechos no lingüísticos. Tampoco las normas son pasibles de verdad. Con mayor razón “verdad” no menta, en el sentido aquí empleado, ninguna clase de situación de hecho emocional y especialmente satisfactoria o un sentimiento de vida especialmente agradable.<sup>11</sup> Así, entonces, tomando por base la correspondencia, la declaración de que “*A* mató a *B*” es verdad si efectivamente *A* ha matado a *B* y, por cierto, en forma totalmente independiente de cómo nos sintamos emocionalmente respecto de la muerte de *B* por parte de *A*.

## II. Panorama sobre las teorías filosóficas sobre la verdad

1. La teoría de la verdad clásica y hoy como ayer dominante<sup>12</sup> en la Filosofía es la *teoría de la*

---

<sup>10</sup> Cf., p. ej., Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2.ª ed., 1968, pp. 197-230; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 23.ª ed., 1993, Capítulo 5.

<sup>11</sup> Piénsese en la estudiante de Teología que a la pregunta de “¿qué es la verdad?” exclama: “¡Dios – y el Amor!”.

<sup>12</sup> De otra opinión, Arthur Kaufmann, *FS Baumann*, pp. 120, 127.

*correspondencia* de la verdad. Según esta, una declaración es verdadera si coincide con la realidad. Tal como ya se mencionó, esta teoría es usada en general también en la vida cotidiana. En la ciencia jurídica se la considera evidentemente como tan obvia que ya no es más tratada para nada como un tema.<sup>13</sup> Completamente en el sentido de la teoría de la correspondencia se manifestó ya Aristóteles: “Decir del ser, que no es, y del no-ser, que es, es falso; en cambio, decir del no ser que no es, y del ser, que es, es verdadero”.<sup>14</sup> En la Edad Media la teoría de la correspondencia se expresó en la conocida fórmula: “*adequatio rei et intellectus*”.<sup>15</sup> Bajo la huella de las ciencias naturales en ascenso, los filósofos de la temprana Edad Moderna se concentraron, principalmente, en la búsqueda de un criterio de verdad que pudiera ser fructífero. Así, p. ej., se defendió la tesis de que la verdad de determinadas declaraciones de la razón sería obvia (criterio de evidencia del racionalismo).<sup>16</sup> En contraposición a ello, los empiristas hicieron énfasis en que el saber real solo podría originarse a partir de la experiencia. Hasta entrado el siglo XIX la teoría de la correspondencia apenas fue puesta en discusión y solo fue tratado como problema el criterio de verdad. Así, p. ej., Kant formuló: “Se concede y se presupone la definición nominal de verdad, a saber, la conformidad del conocimiento con su objeto. Pero se pretende saber cuál es el criterio general y seguro de la verdad de todo conocimiento”.<sup>17</sup> En nuestro siglo [en alusión al siglo XX (N.de Tr.)], son de mencionar especialmente Bertrand Russell<sup>18</sup> y Karl Popper<sup>19</sup>, como representantes de la teoría de la

<sup>13</sup> De manera llamativa, ni siquiera en los manuales usuales de la Filosofía del Derecho, como, p. ej., en las obras de Brieskorn, Coing, Engisch, Henkel, Radbruch o Zippelius, se hallan explicaciones sobre las diversas teorías de la verdad. Sucede algo distinto en los manuales sobre Lógica jurídica, p. ej., de O. Weinberger, *Rechtslogik*, 2.ª ed., Berlín, 1989, pp. 72-86. Cf. además K. Adomeit, *Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff*, en “JuS”, 1972, pp. 628 ss.; reimpresión en: *idem*, *Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitikologie, Gesammelte Beiträge zur Rechtstheorie 1970-1985*. Con una Introducción: Jurisprudenz und Wissenschaftstheorie, Berlín, 1986, pp. 15-30. Del tiempo más reciente es de destacar W. Grasnack: *Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozeß*, en: *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, comp. por J. Wolter, Heidelberg, 1993, pp. 55-75.

<sup>14</sup> *Metaphysik*, 1011b, 26 s.

<sup>15</sup> Así, p. ej., Tomás de Aquino, cf. *Sancti Thomae Aquinatis Opera Omnia*, t. XII: *Quaestiones Disputatae de Veritate*, vol. 1, Roma, 1970, p. 6; otras referencias sobre Tomás en Franzen (nota 3), pp. 42-44.

<sup>16</sup> Cf. J. Mittelstraß, artículo “Evidenz”, en: *idem* (comp.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, t. 1, Mannheim (entre otras), 1980, pp. 609-610.

<sup>17</sup> I. Kant: *Kritik der reinen Vernunft*, 2.ª ed., 1787 (1.ª ed., 1781), B 82 (A 58); aquí se utiliza la edición de la Akademie, t. 3, Berlín, 1904/11; reimpresión Berlín, 1968, p. 79; t. 4, Berlín, 1903/11; reimpresión Berlín, 1968, p. 52. [Para la versión española del texto se ha seguido la traducción de la *Crítica de la razón pura* de Pedro Ribas, Alfaguara, 3.ª ed., 1984, p. 97; N. de Tr.]

<sup>18</sup> Así, p. ej., en la temprana obra aparecida en 1912: *The Problems of Philosophy*, Edición alemana: *Probleme der Philosophie*, Frankfurt a. M., 1967, pp.106-115. Amplias referencias sobre Russell, en Prior (nota 3), pp. 226 s.

<sup>19</sup> Así, p. ej., en *Logik der Forschung*, 9.ª ed., Tübingen, 1989, pp. 219, nota \*1.

correspondencia.<sup>20</sup>

Pero, si se examina la teoría de la correspondencia de la verdad con mayor precisión, uno se topa con numerosos problemas, de lo más perturbadores para los filósofos. Así, p. ej., se plantea la cuestión de qué se quiere decir, exactamente, con la fórmula de la “coincidencia con la realidad”. Una declaración podría coincidir con la realidad en forma tal que reprodujera la realidad *quasi* como reflejándola en una imagen. Este punto de vista presupone que la declaración pueda ser comparada con la realidad en la misma forma en que una imagen se refleja en un espejo, a partir del objeto reflejado, una idea que, con razón, ha sido criticada como ingenua.<sup>21</sup> Pero la coincidencia también podría limitarse a las estructuras esenciales de la realidad. Bertrand Russell ha explicado este modelo con el siguiente ejemplo:<sup>22</sup> la declaración “Desdémona ama a Casio” es verdadera, si hay un hecho de igual estructura que se le corresponda, es decir, si Desdémona efectivamente ama a Casio. Russell distingue al respecto tres componentes: las personas Desdémona y Casio, así como la relación bimembre existente entre ellos. El hecho de que Desdémona ame a Casio, por tanto, se divide en ciertas estructuras que tienen que repetirse en la declaración “Desdémona ama a Casio”.<sup>23</sup>

Pero tampoco esta propuesta es apropiada para disipar todas las dudas.<sup>24</sup> Así, p. ej., de ningún modo queda explicado cuáles son las estructuras de la realidad que tienen que repetirse en la declaración. A ello se le suma el hecho de que no es evidente ningún método para establecer la coincidencia—comoquiera que sea que se la determine— entre declaración y realidad (el problema del criterio de la verdad). Además, cabe mencionar el problema de los llamados “hechos negativos”: si toda declaración verdadera se corresponde a un hecho en el mundo, ¿cómo debería ocurrir con las declaraciones de la clase: “No hay ningún *perpetuum mobile*” o bien “Actualmente no hay ningún rey de Francia”? También estas declaraciones tendrían que corresponderse a hechos determinados,

---

<sup>20</sup> También la teoría de la verdad precisada, de Alfred Tarski, parte de la teoría de la correspondencia; cf. *idem*, *Die Semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik*, en Skirbekk (*supra*, como en nota 3), pp. 140-188.

<sup>21</sup> Así, p. ej., del lado de los juristas, W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., Múnich, 1990, p. 131.

<sup>22</sup> *Probleme der Philosophie* (nota 18), pp. 110 ss.

<sup>23</sup> Wittgenstein ha empleado la precisión de Russell de la teoría de la correspondencia como punto de partida para su teoría del reflejo de la verdad; al respecto, cf. *Tractatus logico-philosophicus*, frase 2.222: “Su verdad o falsedad consiste en la coincidencia o no coincidencia de su sentido (es decir, de la imagen lingüística [acot. de E. H.] con la realidad”. [En la versión española de J. Muñoz e I. Reguera, Alianza, Madrid, 1989 se lee: “Su verdad o falsedad consiste en el acuerdo o desacuerdo de su sentido con la realidad” (N. de Tr.)]

<sup>24</sup> Al respecto, con mayor detalle, Prior (*supra*, como en nota 3), pp. 227 s.

si es que uno quiere atenerse firmemente a la idea básica de la teoría de la correspondencia —una idea que presupone admitir una cantidad ilimitada de hechos—. Otra dificultad de la teoría de la correspondencia de la verdad reside en que, dadas ciertas circunstancias, conduce a contradicciones. La antinomia más conocida es la del cretense mentiroso: un cretense dice: “Ahora miento”.<sup>25</sup> Tomando por base el presupuesto de la teoría de la correspondencia, eso conduce a un problema aparentemente irresoluble: si el cretense dice la verdad, su declaración es acertada, por tanto, él miente; en cambio, si él miente, entonces dice la verdad.<sup>26</sup> A pesar de muchos análisis profundos, hasta ahora no se ha logrado liberar a la teoría de la correspondencia de la verdad de estos y otros enigmas abiertos.<sup>27</sup>

2. Por ello, no puede sorprender que desde hace tiempo se intente sustituir la teoría de la correspondencia de la verdad por una teoría de la verdad menos preñada de problemas. Un rival clásico de la teoría de la correspondencia es la *teoría de la coherencia* de la verdad.<sup>28</sup> Según esta, una declaración es verdadera solo si puede integrarse sin contradicciones en la totalidad de las opiniones verdaderas. Por tanto, coherencia es, en última instancia, una cuestión de la falta de contradicciones lógicas.

Sin embargo, habla en contra de la teoría de la coherencia de la verdad el hecho de que presupone un sistema ya conocido de “opiniones” verdaderas. Pero no hay un sistema así. Si uno se basa solamente en la coherencia dentro de un sistema discrecional de opiniones, entonces se topa con el problema de que son posibles muchos e ilimitados sistemas en sí coherentes, pero lógicamente incompatibles entre sí; piénsese solo en el mundo de los mitos y de los cuentos de hadas. Además, más arriba habíamos acordado que solo declaraciones pueden ser verdaderas o falsas. Por tanto, en la definición anterior de la teoría de la coherencia tendría que decirse, en lugar de “totalidad de las opiniones verdaderas”: “totalidad de las declaraciones verdaderas”. Pero, por medio de ello la definición se torna circular. Por ello, tampoco es sostenible la teoría de la coherencia.

---

<sup>25</sup> Para otras variantes, cf. J. M. Bochenski: *Formale Logik*, 4.ª ed., Friburgo, Múnich, 1978, pp. 150 ss.

<sup>26</sup> Ya en la Edad Media fueron discutidos numerosos intentos por resolver la antinomia del cretense mentiroso. Alfred Tarski (*supra*, como en nota 20) evitó la antinomia, distinguiendo entre lenguaje sobre el objeto (es decir, el lenguaje en el cual se habla de objetos, como, p. ej., el cretense) y meta-lenguaje (en el cual se habla sobre el lenguaje sobre objetos).

<sup>27</sup> Detalladamente, H. Keuth: *Realität und Wahrheit, Zur Kritik des kritischen Rationalismus*, Tübingen, 1978, pp. 38-47.

<sup>28</sup> Otro conocido defensor de esta teoría es Hegel. Pero también un teórico de la ciencia, como C. G. Hempel, simpatiza con la teoría de la coherencia. Resumidamente, cf. N. Rescher, *The Coherence Theory of Truth*, Oxford, 1973.

3. La *teoría pragmática de la verdad* intenta superar dificultades de esa índole, tal como es defendida, p. ej., por J. Dewey o W. James. Según esta, una declaración es verdadera solo si está en condiciones de resolver nuestros problemas mejor que otras declaraciones. Verdad es equiparable a utilidad: “Si la hipótesis de Dios, en el sentido más amplio de la palabra, satisface, es verdadera”.<sup>29</sup> Sin embargo, también la teoría pragmática de la verdad está expuesta a objeciones de peso. En nuestro siglo XX se ha ocupado de ella, críticamente, sobre todo Bertrand Russell.<sup>30</sup> Russell señala que, en caso de tomar como base la teoría pragmática de la verdad, para revisar cualquier afirmación tenemos que conocer primero todas las consecuencias de esa afirmación. Esto se muestra imposible ya por consideraciones básicas.<sup>31</sup> A ello se le agrega otro problema: para determinar si es entonces verdadero que una declaración tenga determinadas consecuencias útiles, hay que basarse, según la teoría pragmática de la verdad, nuevamente, en las consecuencias de esta declaración. Por tanto, uno debe preguntarse si es útil creer en que la primera declaración tiene consecuencias útiles y así sucesivamente, *ad infinitum*. Evidentemente, por este camino no habrá ningún avance. Además, la teoría pragmática de la verdad conduce a consecuencias singulares. Así escribe Russell: “Siempre he hallado satisfactoria la hipótesis de Papá Noel en el ‘más amplio sentido de la palabra’. Por tanto, la afirmación de que ‘hay un Papá Noel’ es verdadera, aunque no haya un Papá Noel”.<sup>32</sup> Es manifiesto que una teoría de la verdad que permita conclusiones de esa índole no es utilizable en la ciencia jurídica.

4. No puede sorprender que, en vista de los problemas descriptos, se haya intentado ir por caminos totalmente nuevos. Un intento especialmente radical lo constituye la llamada teoría de la *redundancia de la verdad*, tal como fue defendida sobre todo por Philipp Ramsey.<sup>33</sup> La teoría de la redundancia afirma que los conceptos “verdadero” y “falso” no tienen un contenido de información, y, por ello, son superfluos. Según esto, una declaración como “es verdad que Gustav Radbruch nació en el año 1878” no afirma más que la frase “Gustav Radbruch nació en el año 1878”. Pero a este criterio, a primera vista muy plausible, se le contrapone que la teoría de la redundancia fracasa en

---

<sup>29</sup> W. James, *Pragmatism*, New York, 1907, p. 299: “On pragmatic principles, if the hypothesis of God works satisfactorily in the widest sense of the word, it is ‘true’”.

<sup>30</sup> *A History of Western Philosophy*, London, 1946, Capítulo 29. Los pasajes más importantes están reproducidos en Skirbekk (como en nota 3), pp. 59-62.

<sup>31</sup> Cf. la discusión sobre las consecuencias en la interpretación de la ley, tal como está referida, p. ej., en H. J. Koch / H. Rübmann, *Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, pp. 227-236.

<sup>32</sup> Citado según Skirbekk (nota 3), p. 61.

<sup>33</sup> Un panorama de fácil lectura sobre la teoría de la verdad de la redundancia lo da Franzen (como en nota 3), pp. 84-171.

determinadas frases, así, p. ej., en la declaración: “Todo lo que declara el Tribunal Constitucional Federal es verdadero”. Aquí, la palabra “verdadero” no se puede suprimir sin mutilar la declaración citada.<sup>34</sup> En general se puede decir que la teoría de la verdad de la redundancia deviene problemática cuando una declaración no existe directamente (“la frase ‘la sentencia es cosa juzgada’ es verdadera”), sino que solamente es descripta (“la manifestación del abogado *X* sobre la sentencia es verdadera”). Aun cuando en la bibliografía actual son encarados muchos intentos prometedores para hacer más precisa a la teoría de la redundancia,<sup>35</sup> no se divisa cómo podría ser aplicada la tesis de la redundancia alguna vez en la *praxis*.

5. Una teoría de la verdad de fuerte énfasis en el tiempo reciente es la *teoría del consenso*. La idea básica de la teoría de la verdad del consenso es la de hacer depender la verdad de una declaración del hecho de que la aprueben algunos o todos los integrantes de un grupo determinado o incluso todos los hombres. Con frecuencia no se hace claramente la distinción entre si el consenso define la verdad o si debe valer como criterio de verdad.<sup>36</sup> No es infrecuente que a la verdad de una declaración se la haga depender de un consenso calificado de cierta manera, así, p. ej., en algunos autores de la “Escuela de Erlangen”.<sup>37</sup> También Jürgen Habermas cree poder determinar la verdad por medio del sostén de un “discurso ideal”. Siguiendo a Habermas, “yo puedo [...] adjudicarle un predicado a un objeto, si también cualquier otra persona que pudiera entrar en un diálogo conmigo le atribuiría igual predicado al mismo objeto. Hago referencia —para distinguir declaraciones verdaderas de falsas— a la apreciación de otros —y, por cierto, al juicio de todos los demás con cada uno de los cuales yo pudiera entablar un diálogo (con lo cual, contrafácticamente, incluiría todos los partícipes del diálogo que yo pudiera encontrar, si mi historia de vida fuera coextensiva a la

---

<sup>34</sup> Sin embargo, son posibles reformulaciones gramaticales que hacen efectivamente redundante la palabra “verdadera”; cf. Franzen (como en nota 3), pp. 91 s.

<sup>35</sup> Cf. las referencias en Franzen (como en nota 3), pp. 137-171, así como la propia propuesta de Franzen, *ibidem*, Capítulo 5.

<sup>36</sup> Esto es especialmente claro en la teoría del consenso de la verdad y corrección de Jürgen Habermas; al respecto, cf. E. Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz, Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Berlín, 1991, Capítulo K.

<sup>37</sup> Cf., p. ej., Kamlah / P. Lorenzen: *Logische Propädeutik*, Mannheim (entre otras), 1967, 2.<sup>a</sup> ed., 1973, Capítulo IV; resumidamente, Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz* (como en nota 36), pp. 119-130.

historia de la Humanidad)—. La condición para la verdad de declaraciones es la potencial aprobación de todos los demás”.<sup>38</sup>

La versión de Habermas de la teoría del consenso es predominantemente rechazada en la Filosofía.<sup>39</sup> A los fines jurídicos, es inutilizable ya en razón de que la fórmula anterior no es en absoluto practicable. En toda audiencia judicial el diálogo tiene que ser interrumpido alguna vez y el caso, conducir a una sentencia. Además, la teoría del consenso contradice de modo flagrante nuestras intuiciones básicas sobre verdad y corrección: la afirmación de que Gustav Radbruch nació en el año 1750 es falsa, por más que incluso muchos de los partícipes de la discusión puedan coincidir en que eso sea correcto. Por ello, el intento de los teóricos del consenso de definir la verdad sin recurrir a la realidad, no es convincente.<sup>40</sup>

6. Si uno resume lo elaborado hasta aquí, se deriva la siguiente imagen: según la idea que subyace en general al entendimiento cotidiano y también a la ciencia del Derecho, una declaración es verdadera si se corresponde con la realidad. Pero este pensamiento de una correspondencia entre lenguaje y realidad está expuesto a graves objeciones, si uno entra en detalles. Como respuesta a los problemas de la teoría de la correspondencia fue elaborada una gran cantidad de teorías de la verdad que compiten con aquella, pero que, sin embargo, no están en condiciones de convencer. Verdad es que ellas eluden algunos problemas de la teoría de la correspondencia, pero generan otras dificultades y, por ello, no pueden sustituir a la teoría de la correspondencia. Además, chocan contra la intuición que subyace en general, según la cual la verdad de las proposiciones tiene algo que ver con su relación con la realidad. La única teoría de la verdad que se ajusta a este enfoque es la teoría de la correspondencia de la verdad. Por ello, hay que aferrarse a ella, aun cuando una formulación más precisa de la teoría se tope, hoy como ayer, con dificultades aparentemente insuperables.

### III. Aplicaciones a la Dogmática del Derecho

1. Arthur Kaufmann es de la opinión de que la teoría de la correspondencia de la verdad se

---

<sup>38</sup> J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, en H. Fahrenbach (comp.), *Wirklichkeit und Reflexion, Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfullingen, 1973, pp. 211-265; reimpression en J. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. M., 1984, pp. 127-183 (136 s.).

<sup>39</sup> Resumiendo, Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz* (como en nota 36), pp. 158-185. Críticamente también Arthur Kaufmann, *FS Baumann*, p. 124, 126 y *pásim*.

<sup>40</sup> Cf. también Weinberger, *Rechtslogik* (como en nota 13), pp. 84 ss.

ajusta a la teoría objetiva de la declaración, mientras que la teoría del consenso de la verdad habría hallado su reflejo dogmático-penal en la teoría subjetiva de la declaración.<sup>41</sup> Pero esta clasificación es muy dudosa. Si bien la teoría objetiva de la declaración se basa decisivamente en la coincidencia entre declaración y realidad, y, entonces, es una expresión inconfundible de la teoría de la correspondencia de la verdad, para la teoría subjetiva de la declaración no rige nada diferente: según esta, una declaración es verdadera si reproduce acertadamente el saber del declarante. De ese modo, también la teoría subjetiva de la declaración pone en el punto central la idea de una coincidencia entre declaración y realidad<sup>42</sup> externa al lenguaje, o sea: al saber del que habla.<sup>43</sup> Por ello, la teoría subjetiva de la declaración se basa también en la teoría de la correspondencia de la verdad. En cambio, la teoría del consenso, es decir, la idea de que la “verdad” pueda ser definida por la coincidencia de algunos o de todos los hombres sobre determinada afirmación no ha hallado ningún reflejo en la teoría subjetiva de la declaración. Por ello, debe ser rechazada la clasificación de Kaufmann de la teoría subjetiva de la declaración como forma de la teoría del consenso de la verdad.

2. Sin embargo, Kaufmann también se decide por la teoría objetiva de la declaración y, por ello, aboga por “tomar, básicamente, a la teoría objetiva de la declaración como fundamento y punto de partida, si es que queremos revisar si una declaración ante el tribunal es verdadera o no verdadera”.<sup>44</sup> Pero, siguiendo a Kaufmann, esto no debería regir sin excepciones. Así, por un lado, uno tiene que pensar “que la teoría de la correspondencia (la teoría objetiva de la declaración) como tal no es verdadera en el sentido de un dogma del cual uno no pueda apartarse”.<sup>45</sup> Eso debe ser aprobado: la teoría de la correspondencia es una definición, pero, entonces, es una determinación lingüística<sup>46</sup> acerca de cómo queremos entender la expresión “verdadero”. Las definiciones no son verdaderas o falsas, sino meramente más o menos convenientes. Por ello, también la decisión en favor de la teoría de la correspondencia es una cuestión de la conveniencia, no de la verdad. Si hubiera de lograrse

---

<sup>41</sup> *FS Baumann*, p. 127.

<sup>42</sup> Ciertamente, somos conscientes de nuestro saber solo en formulaciones lingüísticas. Pero eso no es lo que interesa aquí. Respecto del problema de los “hechos internos”, cf. Arzt / Weber, *LH 5* (como en nota 2), n.º m. 268. Si una declaración se refiere a un “hecho interno”, p. ej., a la convicción de algo, entonces la discusión entre teoría objetiva y subjetiva es irrelevante.

<sup>43</sup> Cf. también Sch-Sch-Lenckner, previo al § 153, n.º m. 4.

<sup>44</sup> *FS Baumann*, p. 128.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> A ello no se le contraponen el hecho de que la teoría de la correspondencia esté profundamente arraigada en el “sentido común del hombre sano”; esto, en todo caso, es un indicio en favor de que la definición escogida ha sido acreditada. Cf. también I. Puppe, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, comp. por G. Dornseifer et al., Köln (entre otras), 1989, pp. 15-34.

alguna vez desarrollar una teoría de la verdad de mayor capacidad de rendimiento que la teoría de la correspondencia o que pueda hacer más precisa a la teoría de la correspondencia habida hasta hoy, entonces nada hablaría en contra, en principio, de aplicar la nueva doctrina también en el contexto jurídico. Sin embargo, una innovación de esta índole no se divisa al día de hoy.

3. Más problemática es la propuesta de Kaufmann de no proceder, “en algunos ámbitos”, según la teoría objetiva, sino que habría que seguir otras teorías sobre la verdad. Quien le dé valor a la aplicación consecuente del Derecho, estará inclinado a tomar como fundamento determinadas teorías y definiciones conceptuales escogidas para el trabajo práctico, de la forma menos proclive posible a reconocer excepciones. Si hubieran de ser ineludibles excepciones, entonces uno buscará restringirlas a algunos pocos casos, claramente definidos. Por ello, es de lamentar que Kaufmann no deje suficientemente claro en qué casos excepcionales piensa él exactamente. Así y todo, explica que, en aquel ámbito para el cual él quiere admitir excepciones a la teoría objetiva de la declaración, “los términos ‘objetiva’ y ‘subjetiva’ son fuente de malentendidos”, tal como sería “desajustado, en el ámbito hermenéutico, el esquema sujeto-objeto en el conocimiento en general”.<sup>47</sup> Aquí no hace falta resolver la cuestión de si es correcta esta tesis de teoría del conocimiento.<sup>48</sup> En el presente contexto solamente importa la cuestión de si Kaufmann puede mencionar ejemplos concretos de aquellos casos en los cuales él quiere apartarse de la teoría objetiva de la verdad y de la teoría de la correspondencia y sustituirlas por una teoría diferente sobre la verdad.

Kaufmann no responde esta pregunta en forma directa, sino que la integra en la propuesta de una nueva teoría de la verdad. Partiendo de la posición de teoría del conocimiento arriba esbozada se podría —así, Kaufmann— “hablar sin problemas de una teoría pragmática de la verdad<sup>49</sup> y, por tanto, de una teoría pragmática de la declaración, planteando la pregunta: ¿Qué quiere saber el tribunal?”<sup>50</sup> Del testigo —así, Kaufmann— el juez querrá oír la “realidad”. Aquí, evidentemente, Kaufmann quiere poder aplicar aún la teoría de la correspondencia de la verdad. Pero regiría algo diferente para el perito. Éste tendría que “transmitir conocimiento técnico y extraer conclusiones”. Por cierto, el juez también del perito querrá “enterarse de la sustancia objetiva, pero sobre todo

---

<sup>47</sup> *FS Baumann*, p. 129.

<sup>48</sup> Acerca de la teoría de la aplicación del Derecho de la hermenéutica jurídica, cf., críticamente, Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz* (como en nota 36), pp. 54 s. Detalladamente, H. Rottleuthner, *Hermeneutik und Jurisprudenz*, en H.-J. Koch (comp.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg im Taunus, 1976, pp. 7-30.

<sup>49</sup> En vista de lo explicado *supra*, bajo punto II.3, esta denominación puede ser una fuente extraordinaria de malentendidos.

<sup>50</sup> *FS Baumann*, p. 129.

estará en juego para él la cuestión de con qué grado de conciencia y competencia en la materia habrá hecho el perito sus investigaciones y extraído sus conclusiones".<sup>51</sup> Al acusado, finalmente, el juez ni siquiera podrá exigirle que diga la verdad sobre determinados hechos: "En tanto el acusado, en suma, declare, el juez se ocupará, en lo que se refiere a la cuestión principal, de averiguar si el acusado es veraz".<sup>52</sup> Al respecto, de lo que se trata es, nuevamente, de un factor subjetivo.<sup>53</sup>

Las explicaciones de Kaufmann podrían ser entendidas de tal modo que, para las declaraciones de peritos y acusados, él quiera hacer excepciones a la teoría objetiva y a la teoría de la correspondencia de la verdad y seguir la teoría subjetiva, que él equipara con la teoría del consenso de la verdad.<sup>54</sup> Hay que analizar si esta propuesta es sustentable.

4. Kaufmann tiene razón cuando escribe que del perito se esperará, además de declaraciones de hecho verdaderas, también un obrar a conciencia y tener competencia en la materia.<sup>55</sup> Pero no se comprende por qué esto debería obligar, para el perito y sus declaraciones sobre los hechos, a apartarse de la teoría de la correspondencia de la verdad. El obrar a conciencia y la competencia se refieren únicamente a la *manera y forma* en que el perito llegará a su declaración sobre los hechos. Si un perito trabaja a desgano y de modo incompetente, entonces sus dictámenes, con alto grado de probabilidad, serán falsos, en el sentido de que contendrá afirmaciones incorrectas sobre la realidad u omitirá hacer declaraciones relevantes verdaderas. En ese sentido, para el perito no rige nada diferente que para el investigador de las ciencias naturales. "Verdadero" y "falso" pueden ser entendidos a ese respecto, sin más, en el sentido de la teoría de la correspondencia.<sup>56</sup> Tampoco las exigencias procesales existentes para el acusado obligan a hacer una excepción a la teoría de la correspondencia de la verdad. Si el acusado dice algo que coincide con la realidad, él dice la verdad; si dice algo que no coincide con la realidad, eso que él dice es falso. La cuestión de si el acusado, según el Ordenamiento Procesal Penal, está obligado a decir la verdad es un problema totalmente

---

<sup>51</sup> *Ibidem.*

<sup>52</sup> *Ibidem.*

<sup>53</sup> *Ibidem.*

<sup>54</sup> Al respecto, cf. *supra*, punto III.1.

<sup>55</sup> Cf. § 79, II, StPO, y, de la bibliografía, Arzt / Weber, *LH 5* (como en nota 2), n.º m. 276.

<sup>56</sup> Con toda razón observan Arzt / Weber, *LH 5* (como en nota 2), n.º m. 276, que la apreciación de declaraciones de peritos conduce, como regla general, a las mismas consecuencias, según la teoría objetiva y según la teoría subjetiva. A mí me parece incomprensible que debiera modificarse algo solo en razón de que, "en la declaración de peritos, domine el factor subjetivo sobre el objetivo" (así, Arth. Kaufmann, *FS Baumann*, pp. 129, nota 32).

diferente. Por buenas razones,<sup>57</sup> el legislador alemán no establece un deber de esa índole, de decir la verdad, para el acusado, o bien no penaliza el mentir en el proceso como tal.<sup>58</sup> Naturalmente, el juez está interesado en saber si el acusado es “veraz”, es decir, si él se inclina a mentir (= conciencia de declaraciones falsas sobre la realidad) o no. Pero en razón de ello no es que aparezca una razón para hacer una excepción a la teoría de la correspondencia de la verdad.

5. Como cierre de su tratamiento, Kaufmann plantea la cuestión de en “qué sentido uno puede hablar de la verdad (corrección, justicia) no solo de declaraciones individuales, sino del proceso en conjunto, sobre todo de la condena penal (sic)”.<sup>59</sup> Aquí, evidentemente, se trata también de un interrogante moral. Él intenta resolver el problema con otra teoría de la verdad, la teoría de la “convergencia de la verdad”, desarrollada por él. Si uno mantiene “separadas las diversas declaraciones sobre un mismo tema respecto de un objeto procesal idéntico, entonces se debilitan los factores subjetivos, porque provienen de personas diferentes, mientras que los elementos objetivos están resguardados, porque provienen del mismo objeto”.<sup>60</sup> Pero el procedimiento aquí descrito se refiere, evidentemente, solo a la cuestión de cómo podemos lograr declaraciones verdaderas, por tanto, al *criterio* de verdad, y no a la teoría de la verdad que sea tomada por fundamento. Ciertamente es que manifestaciones coincidentes, p. ej., de testigos, pueden representar un fuerte indicio de que determinada declaración es verdadera. Pero tampoco a este respecto hay ningún motivo para apartarse de la teoría de la correspondencia de la verdad. Antes bien, la declaración que esté en cuestión será verdadera solo si coincide con la realidad. Para la correspondencia con la realidad las declaraciones coincidentes de testigos son un importante indicio, pero nada más. En los resultados queda firme el hecho de que los grupos de casos mencionados por Arthur Kaufmann no obligan a hacer excepciones a la teoría de la correspondencia de la verdad.

---

<sup>57</sup> Eb. Schmidt, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung*, Parte II (1957), § 136, n.º 10-15; de nuestro tiempo, Roxin, *Strafverfahrensrecht* (nota 10), § 25, II, 3, ambos con otras referencias.

<sup>58</sup> Sin embargo, las cosas ocurren de otro modo cuando están satisfechos los presupuestos de una estafa procesal. Pero tampoco en la estafa procesal se pena el mentir ante el tribunal como tal, sino la estafa cometida ante el tribunal; cf. con mayor detalle Sch-Sch-Cramer, § 263, n.º m. 69 ss.

<sup>59</sup> *FS Baumann*, p. 129.

<sup>60</sup> *FS Baumann*, p. 130. Bajo el título: *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit* [Sobre la científicidad de la ciencia del Derecho, Principios de una teoría de la convergencia de la verdad], en: ARSP 1986, pp. 425-442 (esp. pp. 441 s.), Arthur Kaufmann ha expuesto detalladamente su “teoría de la convergencia de la verdad”.

6. Concluyendo, se plantea aún la cuestión de cómo se relaciona la “teoría del deber” de Schmidhäuser y Otto<sup>61</sup> con las teorías de la verdad esbozadas *supra*. En la versión más precisa que Otto ha dado, la teoría del deber dice que una declaración es falsa cuando el declarante lesiona con esta su deber jurídico-procesal de decir la verdad: “El declarante declara falsamente, si y solo si su declaración no reproduce su saber, el cual el declarante podría reproducir si tuviera una conducta adecuada al ordenamiento procesal, es decir, en caso de una revisión crítica de su capacidad de percepción y de evocación”.<sup>62</sup> En esa definición están vinculados dos puntos de vista: el informe sobre una circunstancia no lingüística, o sea: el saber del declarante, y la lesión al deber de cuidado que debe ser observado, lesión que reside en que el declarante no revise suficientemente de modo crítico, en contra de sus deberes jurídico-procesales, su capacidad de percepción y de evocación. Lo último es irrelevante en vistas al concepto filosófico de verdad.<sup>63</sup> En cambio, sí es importante la idea de que el declarante reproduzca su saber de manera desacertada, una idea que, inequívocamente, puede ser clasificada como teoría de la correspondencia de la verdad. De este modo, en las consecuencias queda firme el hecho de que también la teoría del deber se basa en la teoría de la correspondencia de la verdad.

#### IV. Resumen

A partir de la disputa filosófica básica en torno al concepto de verdad no se puede derivar ninguna solución para la confrontación entre teoría objetiva y teoría subjetiva de la verdad. Más bien a la inversa, aún podría derivarse —a partir del hecho de que todas las teorías de la declaración jurídico-penales se basan en la teoría de la correspondencia de la verdad— la suposición de que la teoría de la correspondencia de la verdad se corresponde del mejor modo a nuestras necesidades. Sin embargo, la discusión sobre la verdad merece interés también desde el lado de la Dogmática del Derecho Penal, pues en el debate llevado a cabo por filósofos desde miles de años se han configurado algunas diferenciaciones terminológicas que también en el Derecho Penal pueden ser aplicadas de modo fructífero. Con ello me refiero, sobre todo, a las distinciones entre teoría de la verdad y criterio de la verdad, entre declaraciones posibles de ser verdaderas y las normas que no son posibles de ser verdaderas, así como diversos intentos por precisar los pensamientos de una “coincidencia” entre declaración y realidad. También la Dogmática del Derecho Penal debería tomar en cuenta

---

<sup>61</sup> Cf. las referencias dadas *supra*, nota 5.

<sup>62</sup> *Grundkurs*, p. 444.

<sup>63</sup> Con ello, naturalmente, nada se dice aún sobre la utilidad dogmático-jurídica de la teoría del deber. Para una crítica convincente, cf. Sch-Sch-Lenckner, previo al § 153, n.º m. 6, con otras referencias.

estas diferenciaciones, si es que quiere evitar discusiones terminológicas innecesarias y confusiones puramente lingüísticas.

**Reseñas bibliográficas**

**“EL PODER DE NO PUNIR. UN ESTUDIO SOBRE LA AMNISTÍA TOGLIATTI”  
DE PAOLO CAROLI**

Dr. Pablo EIROA\*

---

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 20 de junio de 2020

**CAROLI, E. Paolo, *Il potere di non punire. Uno studio sull’ammnistia Togliatti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 382 pp.**

I. El libro de Paolo Caroli se ocupa del arduo tema de la amnistía como instrumento de la justicia transicional, a partir de la experiencia italiana de mediados del siglo pasado. En efecto, su análisis se refiere, principalmente, a la amnistía que impidió la persecución penal de los crímenes del fascismo tras la segunda guerra mundial, pero luego extiende la mirada temporal y geográficamente. Por un lado, el autor evalúa las implicancias de aquella decisión en la realidad política, social y jurídica de Italia a lo largo de los años, y la evolución del uso y el significado de la renuncia estatal a ejercer el poder punitivo hasta la actualidad. Por otro lado, estudia críticamente la función constituyente de los procesos de transición en perspectiva comparada.

En síntesis, Caroli realiza un minucioso ensayo sobre la legitimidad, la titularidad, las modalidades y los límites de la facultad de no punir, en el marco de una reflexión sobre las dinámicas que él advierte entre el poder político, el poder judicial y la sociedad civil cuando se trata de interpretar y definir hechos del pasado que se consideran cruciales para fundar y defender intereses del presente.

II. La obra se compone de cinco capítulos. El primero describe la legislación italiana y su aplicación jurisprudencial relacionada con los crímenes cometidos por el fascismo, los partisanos de la resistencia civil, los militares italianos en el exterior y los soldados alemanes en Italia, desde la

---

\* Doctor en Teoría del Derecho (Universidad de Florencia). Profesor adjunto interino de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA).

destitución de Mussolini hasta la amnistía de 1946, sin perder de vista el contexto político y social de ese momento.

El autor señala que, tras la capitulación del rey Vittorio Emanuele III ante los aliados en septiembre de 1943, comienza un período que apunta a la erradicación del fascismo, mediante disposiciones administrativas y penales exigidas por aquellos países. Entre 1945 y 1947 se realizan miles de procesos contra italianos acusados de haber sostenido el régimen fascista y colaborado con el ejército alemán luego de la ocupación del territorio de Italia. Finalizada la guerra, según Caroli, en ningún otro país de Europa, con la excepción de Francia, se juzgó y condenó en pocos meses a tantos exponentes del régimen derrocado como en Italia, aunque las rigurosas condenas impuestas, muchas de ellas a la pena de muerte, fueron luego mitigadas o revocadas por los órganos superiores de impugnación, en particular por la cámara de casación, cuyos jueces estaban mucho más comprometidos con la pasada dictadura que sus colegas de las instancias inferiores.

Un cambio radical del curso de la transición, en la dirección que ya venía sugiriendo la jurisprudencia de casación, se habría producido en 1946 con la aprobación del decreto de amnistía firmado por Palmiro Togliatti, ministro de justicia de ese entonces y miembro del partido comunista italiano, que integraba el gobierno de unidad nacional junto a representantes de todos los partidos de oposición al fascismo. Caroli sugiere que la medida es el resultado de presiones del Vaticano y la monarquía, que permitían vislumbrar la posibilidad concreta de un golpe en clave anticomunista, pero también de los aliados occidentales, en un contexto interno en el que se registraban actos de violencia política frecuentes, amenazas neofascistas y el regreso de los partisanos a la clandestinidad, mientras que en el marco internacional se insinuaba el comienzo de la guerra fría y la voluntad de las potencias occidentales, lideradas por Estados Unidos, de conformar un bloque antisoviético.

Según el autor, con tal amnistía Togliatti garantizaría la paz interna, adquiriría un mayor poder de negociación dentro del gobierno y aseguraría la impunidad a los partisanos, aunque no lograría evitar que la medida obstruyera faltamente el proceso de responsabilización política y penal iniciado dos años antes. La amnistía no tenía carácter general, pero el lenguaje vago utilizado en el texto de la norma habría permitido a los jueces, sobre todo a los de casación, extender su aplicación mediante interpretaciones forzadas.

Caroli elabora a esa altura del libro una de las tesis sumamente interesantes que propone. A diferencia de lo ocurrido en países como Francia, donde la amnistía se otorga con posterioridad a la

condena de los responsables, su aprobación en Italia poco tiempo después de iniciados los procesos, y la aplicación extensiva de su contenido por parte de los jueces a aquellos casos que debían quedar fuera de su alcance, no solo impide en muchos casos el dictado de sentencias sobre los hechos y sus responsables, sino que en otros contribuye a la tergiversación de lo ocurrido, favoreciendo la rehabilitación del fascismo.

Los prófugos, condenados e inhabilitados a ejercer funciones públicas y percibir pensiones estatales que no son alcanzados por la amnistía Togliatti, serán beneficiados mediante decenas de normas aprobadas con posterioridad hasta 1966, según la precisa reconstrucción del autor. Italia buscaba de esa forma, de acuerdo con lo invocado en los fundamentos de tal legislación, eliminar los residuos de la guerra civil y garantizar la paz social, en un contexto político interno e internacional ya definido por las tensiones de la guerra fría.

Por otro lado, Caroli también analiza el tratamiento jurídico y político de los crímenes cometidos por los soldados italianos en el exterior durante el régimen. De los cientos de civiles y militares italianos acusados por crímenes de guerra, solo algunos pocos fueron juzgados y condenados en los países donde se cometieron o por las potencias aliadas en territorio italiano. Además, la acción diplomática conseguiría no solo que los condenados en el exterior fueran trasladados a Italia para el cumplimiento de sus penas, y que finalmente se los excarcelara anticipadamente, con base en normas internas de ejecución, sino también que algunos Estados, como Francia, Gran Bretaña y Grecia, renunciaran a su facultad de impulsar el juicio de otros acusados, y que la pretensión punitiva de la ex Yugoslavia resultara bloqueada.

En suma, el autor sostiene que, a diferencia de los casos de Alemania y Japón, Italia no fue sometida a un juicio de responsabilidad por su conducta bélica, lo que habría contribuido a fijar una comprensión parcial y distorsionada de su rol en la guerra.

Un efecto similar sobre la memoria del régimen, de acuerdo con Caroli, habría sido provocado por el tratamiento brindado a los crímenes partisanos. Italia no optó por la solución que el autor llama de la “revolución victoriosa”, es decir, la legitimación de todas las conductas de los partisanos durante la guerra de liberación, sino que incluyó sus delitos como objeto de amnistía en el caso de que hubieran tenido esa finalidad. Tal decisión, en definitiva, implicó el carácter criminal de aquellas conductas como regla, pero fijó excepciones al considerar las contingencias políticas y militares extraordinarias en las que se cometieron.

Hubo entonces un “proceso a la Resistencia” en Italia, impulsado sobre todo por aquella magistratura reaccionaria que, contrariamente a su interpretación amplia de la amnistía por los crímenes fascistas, aplicó el beneficio concedido a los partisanos de manera sumamente restrictiva. Los resultados, desde el punto de vista sancionatorio, fueron de todos modos irrelevantes, dadas las sucesivas normas que permitieron eximirlos de responsabilidad. Sin embargo, la consecuencia en el plano ideológico, también favorecida por los numerosos procesos civiles que se intentaron contra partisanos para obtener un resarcimiento por daños, parece ser la equiparación entre los crímenes fascistas y los cometidos por aquellos.

A ese respecto, es paradigmático que incluso el célebre atentado de via Rasella en Roma, realizado por los partisanos de uno de los Grupos de Acción Patriótica en 1944, con el resultado de la muerte de treinta y tres soldados alemanes y, accidentalmente, de dos civiles italianos, haya sido calificado por la justicia penal, en un proceso promovido por los familiares de aquellas víctimas civiles, como una masacre generadora de una permanente responsabilidad ética, política e histórica para sus autores, a pesar de haber sido beneficiados con la amnistía. Esa decisión, según informa el autor, habría sido revisada por la cámara de casación en 1999 mediante una sentencia en la que se valoraron los hechos de una manera distinta, al señalarse que en su ponderación resultaban decisivos el contexto de la guerra y la ocupación nazi del territorio italiano.

El capítulo concluye con el análisis de los juicios realizados por los tribunales militares italianos contra soldados alemanes por crímenes cometidos durante la ocupación. Se trata de juicios que se impulsan recién en 1994 y que, de acuerdo con Caroli, tienen como característica distintiva el protagonismo de las víctimas, la participación de historiadores como peritos, convocados con el fin de reconstruir los acontecimientos, y la contumacia de los acusados, cuya extradición es sistemáticamente rechazada por Alemania. El resultado son sesenta condenas a prisión perpetua que nunca se ejecutan.

El autor invita a reflexionar sobre el significado de esos procesos, realizados con la conciencia de que sus sentencias no serían cumplidas y, en consecuencia, con la única finalidad de establecer judicialmente la historia de los delitos nazifascistas en Italia, lo que recuerda a los juicios por la verdad llevados a cabo casi contemporáneamente en la Argentina.

**III.** El segundo capítulo repasa la historia de la amnistía en Italia desde el siglo XVIII hasta 1946. Desde el punto de vista del autor, la legalidad de la decisión de conceder tal beneficio durante ese

período no es discutible con base en el derecho interno ni el internacional, por lo que se concentra en el estudio de su naturaleza y su función jurídica y política.

Tras ese repaso histórico, Caroli llega a la conclusión de que en Italia era común conceder una amnistía para cerrar una etapa de violencia política o guerras civiles, y que se trataba de un acto que respondía exclusivamente a razones de oportunidad que valoraba el poder político. La amnistía no se apoyaba en ninguna razón de justicia, ni su contenido estaba limitado por el derecho, sino que se dirigía a pacificar la sociedad. Sin embargo, el autor sostiene que esa pacificación nunca implicó la reconciliación de las partes mediante la admisión de sus culpas, sino que consistió en un armisticio momentáneo con el pasado, una suspensión transitoria del enfrentamiento violento que permanecía latente bajo las cenizas de la guerra.

Otra de las tesis sostenidas en este capítulo, con base en la experiencia italiana, es que tanto el ejercicio del poder punitivo como la renuncia a ejercerlo durante períodos de transición resultan instrumentos para la implementación de decisiones políticas, con el riesgo permanente de la posible tergiversación de los mensajes en los que se pretende apoyarlas, sobre todo cuando la magistratura también tiene un interés particular en su definición. Al reconstruir la historia de las amnistías en Italia, Caroli deja al descubierto las relaciones de colaboración y, en ocasiones, también el conflicto entre el legislador que dispone una amnistía para pacificar, aunque con la intención de favorecer la adhesión a los valores del régimen gobernante, y una magistratura que debe decidir los alcances de su aplicación y que no es indiferente al proceso de fijación de las bases de la convivencia social.

Esa dinámica se advertiría también durante la transición de mediados del siglo pasado. El autor desarrolla un riguroso análisis jurídico del contenido de la legislación y la jurisprudencia referidas a los crímenes cometidos durante el fascismo y el período sucesivo a la destitución de Mussolini hasta la liberación de Italia, signado por la ocupación nazi, la guerra civil entre fascistas y partisanos, y la división del territorio del país en un sur gobernado por el rey y un norte, autoproclamado República de Salò, gobernado por Mussolini y sus leales, bajo la protección y el control de Alemania. Si bien esa normativa estuvo dirigida a enjuiciar y castigar tanto a los responsables de la instauración y el mantenimiento en el poder del fascismo durante veinte años, como a aquellos que colaboraron con los nazis durante la ocupación, su lenguaje ambiguo allanó el camino para que la magistratura la aplicara casi exclusivamente a los colaboracionistas.

Según Caroli, se puede afirmar entonces que Italia no quiso realmente juzgar al régimen fascista, sino a la República de Salò, y al calificarla jurídicamente como una mera expresión de colaboracionismo con el invasor se intentó negarle su condición de Estado, reafirmar como el único legítimo al establecido en el sur del país bajo el mando del rey, y desconocer la realidad de la fuerte división ideológica en el pueblo entre fascistas y antifascistas, y la existencia de una guerra civil entre ellos, paralela al conflicto mundial.

Liberado el territorio de Italia y disuelta la República de Salò, se establece un gobierno de unidad para todo el país, integrado por representantes de las fuerzas políticas de oposición al fascismo, incluida la principal exponente de esa oposición, el partido comunista italiano, al que pertenecía Togliatti. Como se ha dicho, este protagonista del nuevo gobierno habría buscado la pacificación mediante la amnistía, tal como ocurriera en la historia del país durante períodos de transición. Pero esa medida no habría sido una expresión de debilidad ni una contradicción de aquel gobierno, sino una afirmación de los vencedores acerca de su propia estabilidad, al tener en cuenta que solo el soberano puede ejercer el poder de la clemencia contra el enemigo derrotado.

En síntesis, del riguroso análisis desarrollado por el autor surge que la amnistía Togliatti, *in the books*, no incluía a los militares y civiles que hubieran ejercido funciones de mando en la estructura fascista, los responsables de crímenes graves y quienes hubieran sacado provecho de las injusticias del fascismo. Lo contrario, según lo expuesto en el texto de aquella norma, no habría servido para pacificar, sino para reanimar odios y rencores con consecuencias lamentables para todos.

Sin embargo, la amnistía *in action* fue muy distinta, de modo tal que —según informa Caroli— la doctrina la define como plenaria o generalizada. Su interpretación y aplicación por la magistratura habría marcado un nivel máximo de conflicto con el legislador, lo que llevaría a la renuncia de Togliatti un año después de la aprobación del decreto.

El capítulo concluye con un estudio minucioso de la jurisprudencia relacionada con cada una de las disposiciones de la amnistía. El autor distingue con rigor los casos de sentencias que exhiben una interpretación amplia del texto legal, aunque sin alterar su significado semántico, y aquellas que lo tergiversan para sostener decisiones *contra legem*.

**IV.** En el tercer capítulo se realiza una valoración crítica de la amnistía Togliatti. Según Caroli, es cierto que la impunidad generalizada de los crímenes fascistas se debió, de modo particular, al activismo de una magistratura reaccionaria y a la legislación sucesiva a la salida del gobierno del

partido comunista, pero el decreto de amnistía fue, indudablemente, la base sobre la cual se cimentó aquella impunidad.

El autor muestra los defectos jurídicos graves de la amnistía, relacionados, por un lado, con la imprecisión del lenguaje utilizado en el decreto de aprobación, y, por otro lado, con la extensión de su alcance a hechos que excedían la legítima finalidad invocada para fundamentarla. Al respecto, concluye que si bien la amnistía Togliatti es jurídicamente admisible desde un punto de vista extrínseco, al tener en cuenta aquella finalidad, el fracaso es evidente ante un análisis de índole intrínseca, debido a su escasa racionalidad para alcanzarla. Como se ha dicho, los promotores de la medida, en particular el ministro de justicia que firmó el decreto, habrían considerado irrealizable la paz social mediante una amnistía plenaria que incluyera hasta los crímenes más graves o amparara a los máximos exponentes del régimen.

¿Cómo fue posible que Togliatti, miembro de la fuerza política que había sido y era la principal opositora del fascismo, suscribiera un decreto semejante? ¿No pudo prever que la magistratura habría abusado de aquellas imperfecciones del texto para absolver al régimen?

Más allá de las diversas respuestas dadas por los historiadores, lo cierto, según Caroli, es que el resultado de la aplicación de la amnistía era previsible. A partir del estudio de ese instituto realizado al comienzo del capítulo, el autor concluye que en la historia italiana el dictado de una amnistía reflejó la necesidad de una apertura del poder político a las exigencias del pueblo, mientras que su interpretación y aplicación jurisprudencial respondió a la voluntad de las clases dominantes de restringir esa apertura lo máximo posible para tutelar el orden vigente. Esa relación no de conflicto, sino de colaboración entre el poder político y el judicial habría sido funcional al establecimiento y mantenimiento del régimen fascista en el gobierno durante veinte años, y habría condicionado fuertemente no solo al derecho liberal, sino también al ascenso en la carrera de los magistrados.

El capítulo se cierra con la evaluación del instituto de la amnistía a la luz del derecho internacional actual y de su concepción como instrumento de la justicia de transición. Aquí el autor destaca, en primer lugar, que si bien históricamente la amnistía gozó de una presunción de legitimidad tras un conflicto armado, desde la mitad de la década del noventa del siglo pasado se sostiene, mayoritariamente, una presunción contraria, a pesar de que ningún tratado la prohíbe expresamente.

Caroli reconstruye los fundamentos de la posición actual mayoritaria en relación con la amnistía, con especial referencia al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y llega a una conclusión iconoclasta para los tiempos que corren, al menos en nuestro continente: considera equivocada la deslegitimación actual de la amnistía, en la medida en que se basa en una tendencia a considerar que todos los fines de una transición puedan y deban realizarse mediante el derecho penal. En su opinión, si es cierto que esos fines no se reducen a la persecución penal y al castigo de los responsables de los crímenes cometidos durante el conflicto, sino que incluyen la realización del derecho a la verdad, el resarcimiento de las víctimas, garantías de no repetición de los crímenes, etcétera, entonces el proceso penal y la sanción no son *el* medio de la transición, sino uno de los instrumentos para llevarla a cabo. Afirmar la inobservancia de las obligaciones que implica la búsqueda diligente de esos fines con base, exclusivamente, en la aprobación de una amnistía, significaría atribuir una importancia desproporcionada al proceso y a la pena, así como disminuir la relevancia de otros instrumentos.

Desde esa perspectiva, tras realizar un repaso de las distintas modalidades de amnistías teorizadas y experimentadas con la mirada puesta en el respeto del derecho internacional actual, el autor analiza críticamente la experiencia transicional italiana. En particular, destaca que el gobierno que aprobó la amnistía Togliatti, si bien estuvo integrado por todos los partidos de oposición al fascismo, no fue elegido democráticamente; que las víctimas no tuvieron incidencia en la decisión ni fueron escuchadas (aunque cabe recordar que los comunistas podían definirse como perseguidos políticos del régimen), y que si bien no se trató de una amnistía plenaria, su aplicación jurisprudencial y las normas complementarias, aprobadas sobre todo tras la salida del partido comunista del gobierno, la convirtieron en tal. Además, al haber operado en la mayoría de los casos como amnistía propia, evitando la realización de los procesos, impidió la reconstrucción de lo ocurrido, sin que se haya elaborado ningún otro mecanismo para ello, ni que el Estado haya admitido su responsabilidad.

Por otro lado, Caroli analiza detenidamente las normas del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) que regulan su intervención subsidiaria, y llega a la conclusión de que la amnistía Togliatti es un caso de incapacidad estatal, por lo menos hasta 1946, y, a partir de 1948, también de falta de voluntad para la persecución de crímenes de competencia de esa Corte, lo que justificaría su intervención, de acuerdo con el artículo 17, ECPI, si tuviera competencia retroactiva al momento de la comisión de los crímenes.

Sin embargo, cabe aclarar que no parece que Caroli pretenda sostener que, en el contexto en el que fue dictada aquella amnistía, la Corte Penal Internacional, si hubiera estado ya en funcionamiento, debería haber intervenido en Italia, omitiendo la decisión soberana de este Estado. No se olvide que, según el autor, en ese momento histórico existía el riesgo latente de un nuevo comienzo de la violencia entre los bandos enfrentados, incluso de un golpe monárquico-fascista contra el incipiente régimen democrático, y que la amnistía fue necesaria para garantizar la paz y consolidar la democracia, por lo cual, a ese respecto, en el libro se la califica como exitosa. En resumen, Caroli sigue la línea de aquellos que sostienen que los instrumentos de la justicia de transición deben ser limitados en la medida en que no pongan en peligro el objetivo de la paz.<sup>1</sup>

V. En el cuarto capítulo se efectúa una evaluación de los resultados de la transición italiana hasta la actualidad, con especial atención en el impacto de la amnistía en la memoria de los hechos y en la función constituyente del proceso de construcción de esa memoria.

En primer lugar, se desarrolla un estudio comparativo entre la amnistía italiana y la dictada en España en relación con los crímenes de la guerra civil y el franquismo. Esta amnistía es considerada exitosa en lo que respecta a la pacificación social, a pesar de que, tal como en Italia, contribuyó al olvido de los hechos. Esa similitud no lleva al autor a subestimar las diferencias entre ambas experiencias, sino que, por el contrario, tras señalarlas y valorarlas concluye que no es posible hablar de un modelo de transición para cualquier contexto posible, sin perjuicio de que algunos instrumentos de la justicia de transición, como la amnistía, puedan aparecer en casos distintos, siempre adaptados a sus particularidades.

Un ejemplo en ese sentido es la transición sudafricana del *apartheid* a la democracia, en la que también, como aprecia el autor, se dictó una amnistía pero condicionada al reconocimiento público de los crímenes cometidos durante el régimen por cada uno de los interesados. Desde el punto de vista jurídico, entonces, no fue una amnistía, sino un beneficio *ad personam*, que requirió del destinatario su confesión pública, pues de lo contrario se lo sometía a juicio y, de ser declarado culpable, se le imponía una pena.

---

<sup>1</sup> En mi opinión, la norma del art. 53, incs. 1.c y 2.c, ECPI faculta a la CPI a eximirse de intervenir en una situación, aun cuando se sospechara la comisión de crímenes de su competencia que ningún Estado puede o quiere perseguir, si ello pusiera en peligro un proceso de pacificación en curso. En ese contexto, tal decisión de no intervenir, entonces, no solo sería necesaria desde el punto de vista político, sino que también sería legal. Cf. EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, cap. IV.

La experiencia sudafricana, según Caroli, es la única que otorgó a la amnistía una función positiva en el proceso de transición, al considerarla instrumento de promoción de la participación activa de la ciudadanía en ese proceso, del reconocimiento de las responsabilidades y de la aceptación del nuevo orden político, jurídico y social. Por el contrario, en Italia la amnistía habría tenido, únicamente, una función negativa —terminar con el enfrentamiento violento— aunque imprescindible y prioritaria respecto de los otros objetivos asociados a un proceso de transición, pues sin paz tampoco puede haber democracia, justicia penal, tutela de los derechos de las víctimas, etcétera.

A esta altura del trabajo el autor desarrolla otra de sus tesis importantes: la paz y la democracia, como resultado de un proceso de transición, requieren del mito fundante de la unidad nacional. El nuevo orden democrático establecido tras una transición no se apoya, según Caroli, en la verdad, sino en un mito constituyente que, lejos de reflejar el pasado, se dirige a garantizar el futuro de ese nuevo orden.

En Italia tal mito fue el del antifascismo, pero entendido no tanto como oposición al régimen, sino como oposición a la guerra de la que todos los italianos fueron víctimas y a la que habrían sido arrastrados por Mussolini para complacer al aliado alemán. De esa forma se habría transformado un fenómeno de pocos —el antifascismo— en otro que pudiera abrazar a toda la sociedad italiana y sirviera para sostener la nueva constitución.

En síntesis, según Caroli, la guerra es la premisa del proceso constituyente italiano, no el fascismo —que fue un régimen de dos décadas apoyado por el rey, el Vaticano, la magistratura, el empresariado y la mayoría del pueblo— ni el antifascismo representado por una minoría, como los partisanos de la Resistencia.

Desde esa perspectiva, el autor sostiene que si bien la evaluación de la transición italiana es positiva en cuanto a la pacificación y la democratización, no lo es en relación con la garantía de los derechos de las víctimas del régimen, en particular el derecho a la reconstrucción y difusión de la verdad. Como surge de lo dicho, el mito constituyente italiano distorsiona la realidad, al omitir las culpas de la sociedad por el fascismo y considerarla únicamente como mera víctima de un dictador que la obligó a intervenir en una guerra total.

A la construcción de ese mito habrían contribuido, primero, los tribunales de alzada, al dejar sin efecto casi la totalidad de las sentencias por crímenes fascistas dictadas entre 1944 y 1946; luego,

también la amnistía Togliatti, la aplicación jurisprudencial de esa amnistía y las normas complementarias que se aprobaron, en particular, tras la salida del gobierno del partido comunista.

De todas formas, en la óptica del autor, la mayor responsabilidad por el fracaso en la búsqueda de la verdad debe atribuirse a la Italia del nuevo orden democrático ya establecido y consolidado. Se han mencionado las razones históricas que permiten comprender por qué habría resultado inconveniente para la transición a la paz y la democracia un proceso de construcción de la verdad durante el período inmediato posterior a la segunda guerra mundial. Pero una vez concluida esa transición, cuando la democracia ya resulta estable y no hay un riesgo cierto de nuevos enfrentamientos, la sociedad tampoco exige que el Estado salde las cuentas con el pasado. En consecuencia, no se realizan procesos penales por crímenes fascistas, ni se promueve alguna otra instancia de reconstrucción histórica.

Caroli advierte en otros países de Europa, como Francia y Austria, un proceso similar de remoción de las propias culpas por los crímenes de la guerra y de atribución de toda la responsabilidad a Alemania, pero señala un cambio radical en esa tendencia a partir de la caída del comunismo en 1989. El movimiento político por la unidad de Europa requiere un nuevo “mito” que pueda servir a ese objetivo. Desaparecido el régimen soviético, se elige al Tercer Reich como el modelo del mal absoluto, y a la Shoah como fundamento político de la Europa (y en general del occidente) en la que todas las culturas que la integran puedan sentirse identificadas.

Desde mediados de la década del noventa del siglo pasado, se habría registrado una “explosión del tema de la memoria”, impulsada por numerosas iniciativas culturales promovidas por órganos de gobierno nacional, regional e internacional, así como por asociaciones civiles, pero también iniciativas de índole jurídica y política, como, p. ej., la aprobación de leyes que proclaman días de la memoria o tipifican el delito de negacionismo.

Además, Caroli señala una particularidad del fenómeno de referencia: la elaboración de la memoria se centraliza en el relato de las víctimas, en el recuerdo de su experiencia singular, con lo que se deja de lado el contexto en el que ocurrieron los hechos y se pierde de vista el vínculo entre sus autores, la sociedad a la que pertenecían y cualquier punto de contacto con la sociedad de hoy.

Ese cambio en el paradigma de la memoria habría provocado, en países europeos como Francia y Austria, una revisión de las propias responsabilidades por los crímenes de la guerra. Al mutar la perspectiva del recuerdo desde el plano general de la heroica resistencia contra el nazifascismo al

plano individual de la experiencia de cada una de las víctimas del Holocausto, ya no habría sido posible una auto-absolución plenaria, por lo que se iniciarían procesos penales para establecer responsabilidades.

Sin embargo, el autor sostiene que en Italia el mismo cambio de paradigma produce el resultado opuesto. No se impulsa ninguna iniciativa para saldar las cuentas con las responsabilidades del Estado italiano por los crímenes cometidos contra los judíos. Por el contrario, se lleva adelante una operación dirigida a destacar hechos singulares ocurridos durante la guerra, en particular cierta actividad *contra legem* de parte del ejército italiano en beneficio de la población yugoslava, y se la diferencia del comportamiento de los soldados nazis, dejando a la sombra del olvido el contexto jurídico, político y cultural de la Italia fascista y de la República de Salò, que tuvo como uno de sus resultados el arresto de más de siete mil judíos.

En esta parte de la obra se observa un análisis crítico de cada una de las maniobras que integraron esa operación de construcción del mito de los “italianos salvadores de judíos”, con la aclaración de que no se trata de un mito basado en una mentira, sino en aquella perspectiva particular que deja en el olvido una parte fundamental de la historia, y se concentra únicamente en hechos de enorme valor ético y moral pero claramente aislados.

En resumen, según el autor, el cambio de paradigma de la memoria fundante de Europa no habría incentivado a los italianos a asumir las culpas por los crímenes del pasado, sino que, por el contrario, les habría brindado un nuevo argumento para confirmar una visión parcial y facciosa de la historia, favorable a su absolución.

Con respecto al mismo tema del impacto en Italia de aquel cambio de paradigma, son muy interesantes las reflexiones referidas a la norma penal, aprobada en 2016, mediante la cual se tipifica el negacionismo en ese país. Caroli informa que en esta norma se incluye expresamente a la Shoah como objeto de protección, junto a los hechos que sean calificados como crímenes internacionales, es decir, aquellos previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. A partir de ello, tras recordar que la doctrina entiende que el delito de negacionismo se justifica con el propósito de la defensa de los valores fundantes de un orden jurídico desde el punto de vista histórico y constitucional, se pregunta si el pacto ético que está en la base de la sociedad democrática italiana haya surgido de las cenizas de la Shoah o bien de los crímenes del fascismo y de la sangre de los partisanos muertos por la liberación. No desconoce el autor que esa figura legal es otra de las

consecuencias de la inserción en Italia del nuevo paradigma memorial europeo, sino que pretende llamar la atención sobre sus consecuencias. A su modo de ver, la introducción en Italia de un paradigma de la memoria en cuyo centro está la Shoah, no parece haber contribuido a una profundización de la historia italiana que ponga a la luz las propias responsabilidades, sino a acentuar el olvido de los crímenes de los italianos y de su participación en los crímenes nazis, incluso en la Shoah, tras el velo de la culpa de los alemanes.

La incompletitud o inexistencia del proceso de elaboración reflexiva del pasado en Italia, en particular de los crímenes del fascismo y de las responsabilidades por esos crímenes, no es reconstruida en el libro con una pretensión meramente descriptiva, pues Caroli entiende que tiene consecuencias visibles en la actualidad y se ocupa de señalarlas.

A ese respecto, es muy estimulante su análisis comparativo de los tipos penales de apología del fascismo y manifestaciones fascistas en Italia, y de uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales en Alemania. Queda claro en el libro que, a diferencia de lo ocurrido en Italia, el autor observa en aquel país una cultura de la memoria que considera como una de sus mayores conquistas morales, éticas y sociales. De esa diferencia extrae conclusiones que permitirían comprender la interpretación y aplicación de ambos tipos penales en la jurisprudencia de cada Estado.

Por un lado, la jurisprudencia italiana consideraría que los tipos penales de referencia son de peligro concreto. La interpretación actual propugnaría que, con apoyo en el derecho a la libertad de expresión, las manifestaciones de la ideología fascista no están prohibidas en cuanto tales, sino en la medida en que pongan en riesgo el orden democrático, al promover la reconstitución de organizaciones de tal índole.

En cambio, el autor informa que la jurisprudencia alemana considera que los tipos penales aludidos son de peligro abstracto, de modo que no tendría relevancia la intención asociada al uso de los símbolos prohibidos. Es coherente con esa interpretación —como señala Caroli— la aprobación en 2018 de la ley que obliga a los administradores de las redes sociales a eliminar los contenidos con esa simbología dentro de las veinticuatro horas de efectuada una denuncia que los ponga en su conocimiento.

¿A qué se debe esa diferencia? El autor responde que se debe a que, como resultado de aquella cultura de la memoria, en la mayoría de la población alemana existe la convicción de que el saludo

a Hitler o la esvástica aluden a un régimen que cometió crímenes atroces y causó millones de muertes. Por el contrario, en Italia no existiría esa convicción respecto del fascismo. En efecto, según Caroli, en la sociedad actual de ese país la mayoría de los jóvenes, p. ej., todavía cree que las leyes raciales italianas se debieron a una exigencia de Hitler, que el fascismo también hizo cosas buenas y que, en definitiva, su única culpa derive de haberse aliado con ese dictador.

En Italia, entonces, la jurisprudencia aludida no respondería a la circunstancia de que en ese país se valore más la libertad de expresión que en Alemania. La tesis del autor es que esa jurisprudencia es adecuada a una sociedad en la que no hay un consenso amplio acerca del carácter criminal del fascismo pues, en rigor, nunca se ha cumplido un proceso oficial de reconstrucción histórica que expusiera los delitos de los que fue responsable. El problema irresuelto en Italia, en suma, sería el de la falta de definición del fascismo, o bien la falta de claridad acerca de aquello en lo que consistió ese régimen y los crímenes de los que fue responsable.

**VI.** El último capítulo del libro profundiza el análisis de los puntos de contacto que el autor advierte entre la amnistía Togliatti y la actualidad política, jurídica y social, y concluye con una serie de reflexiones muy sugestivas sobre los temas abordados, atravesadas por la pregunta acerca del rol de la amnistía en la sociedad de hoy.

Por un lado, el autor destaca la tendencia del legislador a eludir su responsabilidad de elaborar una política criminal orientada al cumplimiento de fines constitucionales, y de adoptar sus decisiones de penalizar o de no hacerlo con base en esa política, no solo en momentos de transición, sino cotidianamente. En lo que respecta a Italia, señala que desde la experiencia de *Tangentopoli* —aquel escándalo de principios de los años noventa que reveló un entramado de corrupción sistemática entre la clase política y la sociedad civil de la segunda posguerra— hasta la actualidad, el derecho penal es utilizado cada vez más para alcanzar fines electorales inmediatos. El autor lo define como el nuevo “opio del pueblo”, dirigido a enmascarar la incapacidad de los partidos para elaborar un programa político en el marco de una sociedad siempre más compleja.

La misma tendencia se observa, según Caroli, en el nivel internacional, lo que parece tener como consecuencia lógica que se desconfie del poder político y se le asigne a la justicia penal la función de reemplazarlo. A esto se vincularía la descalificación de la amnistía como instrumento admisible, pues solo cabría pensar que el poder político la utilizará de modo conveniente a sus intereses particulares.

Al respecto, se vuelve a recordar la jurisprudencia de la Corte Interamericana que, en particular, ha descalificado las amnistías que impidieron el juicio y el castigo de los crímenes de las dictaduras latinoamericanas con base en un derecho humano de las víctimas al castigo del culpable, con el riesgo —según la advertencia del autor— de que la categoría de los derechos humanos deje de ser concebida como un límite al poder punitivo, en detrimento de los derechos del imputado, y se transforme en una nueva espada de ese poder cada vez más apreciado como instrumento de solución de conflictos sociales.

En síntesis, el autor identifica en los últimos treinta años la prevalencia de expectativas “mesianicas” en torno del derecho penal, como reflejo de un progresivo desprestigio de la política como medio de transformación social, y la consiguiente consideración de la amnistía como ilegítima.

En su opinión, esa tendencia pone en crisis el principio constitucional de legalidad, según el cual es función del legislador adoptar decisiones políticas que concilien los derechos individuales con el bienestar general, y lleva incluso a una redefinición del concepto de potestad punitiva, la que ya no consistiría en una potestad estatal, sino en un derecho subjetivo ejercido a través del Estado.

Caroli sostiene que tal tendencia debe revertirse, al ponderar la decisión del legislador constitucional de atribuir al poder político la función de mantener abierta la discusión sobre la necesidad de castigar, mediante la adopción de medidas, como la amnistía, capaces de insertar el individualismo de los derechos en un horizonte social.

Por otro lado, el autor entiende que es equivocado pretender que la ética pública deba construirse, únicamente, mediante el derecho penal, pues las normas y las sentencias penales no pueden cumplir eficazmente el rol de guardianes exclusivos de la democracia. Para Caroli, ello es particularmente claro en la actualidad frente a la realidad de las redes sociales, utilizadas cada vez más como terreno de enfrentamientos ideológicos y confrontación política, cuyas armas esenciales serían la distorsión de la verdad y las agresiones descalificadoras, basadas en el racismo y el odio de clase.

La incapacidad del derecho penal para afrontar con suficiencia esa realidad, ante la inmensidad del universo de Internet, quizá sea el mejor ejemplo contemporáneo para advertir los límites de ese mismo derecho como agente de construcción de la verdad y la ética. La tesis del autor es que esa tarea debería canalizarse, antes bien, mediante agentes que no funden sus pretensiones en la autoridad, sino en el consenso que puede derivar del diálogo crítico.

**VII.** El libro de Caroli contiene un acopio de información formidable, apoyado en un aparato extraordinario de notas y citas bibliográficas de textos escritos en italiano, inglés, español y alemán, con un valor sobresaliente como guía para aquel que quiera sumergirse en el debate más actual sobre los temas que aborda.

Además, como espero haber expuesto en esta reseña, la obra también ofrece tesis sumamente interesantes, que no siempre coinciden con las posiciones mayoritarias sostenidas en la doctrina y la jurisprudencia, y que incluso contradicen intuiciones asociadas, equívocamente, a valores que forman parte del acervo común de las sociedades democráticas que surgieron de la segunda posguerra.

Creo que es un gran mérito del autor sostener esas tesis con sumo rigor y amplio apoyo documental pues, más allá de su acierto o error, muestran en su justa dimensión la complejidad de las cuestiones estudiadas, sin dejarse llevar por la tentación de simplificarlas al admitir, cómodamente, aquellas posiciones mayoritarias sin sentido crítico.

En suma, a pesar de la amplitud y la variedad de los temas abordados, el libro de Caroli es una obra que en ninguno de sus pasajes resulta superficial y que deslumbra al lector no solo por la cantidad de información que aporta, sino también por la hondura de sus reflexiones.

## “CONDENAS ERRÓNEAS EN LOS ESTADOS UNIDOS. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE EL ÁMBITO RECURSIVO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL” DE E. MATÍAS DÍAZ

Pablo ROVATTI\*

---

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 26 de junio de 2020

**DÍAZ, E. Matías, Condenas erróneas en los Estados Unidos. Análisis de la cuestión desde el ámbito recursivo del sistema de justicia penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019, 104 pp.**

### I. Introducción

Esta no es la primera vez que Matías DÍAZ se ocupa de la protección de la inocencia en el proceso penal,<sup>1</sup> ni es la primera vez que vincula esta preocupación con el estudio de la revisión en segunda instancia de las decisiones condenatorias.<sup>2</sup>

Quien haya tenido la oportunidad de consultar los trabajos previos del autor sabrá que sus análisis llaman siempre a la reflexión e invitan a repensar asuntos conocidos bajo nuevas perspectivas. Es, por ende, una muy agradable tarea la de presentar aquí una reseña de su reciente obra.

En el apartado siguiente (II) expongo sintéticamente las ideas centrales del libro, evitando interrumpirlas con comentarios u observaciones parciales, a fin de que quede en evidencia el modo

---

\* Abogado (UBA). Especialista en derecho penal (UBA). Magister en razonamiento probatorio (Universidad de Girona, España y Universidad de Génova, Italia). Profesor adjunto (int.) en la Facultad de Derecho (UBA). Agradezco las atentas lecturas de Carla SALVATORI, Alan LIMARDO, Pablo LARSEN y Rocío BUOSI a una versión preliminar de la reseña, que me ayudaron a repensar y mejorar la presentación de algunas ideas y a corregir aspectos oscuros o equivocados del texto.

<sup>1</sup> DÍAZ, *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

<sup>2</sup> DÍAZ, “¿El sistema de justicia juvenil de los Estados Unidos a la deriva? Un análisis de las condenas erróneas en el sistema de justicia juvenil estadounidense con particular hincapié en la instancia de apelación directa”, en *En Letra Derecho Penal*, n.º 4, Buenos Aires, 2017, pp. 112-160. La dedicación de sus esfuerzos al estudio de los sistemas recursivos se desprende también de que ha dirigido, junto con J. L. FINKELSTEIN NAPPI, la obra colectiva titulada *El sistema recursivo en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

en que DÍAZ va construyendo argumentalmente su principal tesis normativa. En otro acápite (III) presento mi opinión sobre la monografía y algunas críticas. Dejo para el final (IV) un breve comentario sobre la importancia del trabajo reseñado.

## II. Sinopsis de la obra

1. En su introducción el autor indica, en sustancia, que es posible trazar una vinculación entre “el fenómeno de las condenas erróneas” y un aspecto muy particular del sistema de administración de justicia estadounidense: el “funcionamiento de la instancia de apelación directa (*direct appeal*) de la declaración de culpabilidad de las personas acusadas”. Más concretamente, DÍAZ se propone “averiguar cuáles son las características estructurales de la instancia de apelación directa” que permitirían, en su mirada, “comprender las razones de su defectuosa labor como ámbito de corrección de las condenas erróneas” (pp. 11-13).

2. El segundo capítulo de la monografía se ocupa de explicar algunos aspectos del sistema. DÍAZ expone, primero, que “el acceso a la revisión en apelación de las condenas” no ha sido considerado un componente necesario del debido proceso en la jurisprudencia de la corte norteamericana (pp. 13-14). Señala, no obstante, que hay amplio reconocimiento de una instancia de apelación en el plano infra-constitucional y en algunas constituciones estatales, pero considera que “definir su estatus constitucional permitiría adecuar ciertas inconsistencias que actualmente se aprecian en el tratamiento de los asuntos propios de la instancia de apelación de cara a la necesidad de evitar y corregir condenas de personas inocentes” (p. 19).

Tras un breve repaso histórico, el autor avanza hacia el análisis de la configuración actual de la apelación directa y se interesa particularmente por los diferentes “tipos de estándares de revisión”, utilizados “según el tipo de cuestión decidida e impugnada”.<sup>3</sup> En este contexto, expone como una “idea *crystalizada* aquella que establece que los tribunales de apelación deben brindar una gran deferencia a los juzgadores de la instancia de juicio” (p. 29). En lo que concierne a los aspectos fácticos del juicio, indica que “las posturas deferenciales hacia la decisión del jurado o el juez... no

---

<sup>3</sup> Aquí DÍAZ presenta la división tripartita recogida por la corte estadounidense en *Pierce v. Underwood* —487 U.S. 552, (1988)— que ordena los *grados de deferencia* del tribunal de apelaciones al órgano apelado: cuestiones de derecho, revisables *de novo*; cuestiones fácticas, a las cuales se aplica un “estándar de claro error” y cuestiones discrecionales, “revisables a través de un estándar llamado de abuso de discreción” (p. 27).

varían” y que la idea de “suficiencia de la evidencia” acaba por confundirse con la constatación de la existencia de “alguna evidencia” (pp. 33-34).<sup>4</sup>

La última parte del capítulo se refiere a los efectos en la decisión recurrida de los errores advertidos por el tribunal de apelación. El sistema privilegia, dice DÍAZ, la discusión y examen de potenciales errores jurídicos, particularmente los procedimentales, antes que “las discusiones directas sobre la inocencia factual del recurrente” (pp. 34-35). Ahora bien, la constatación de un error de procedimiento abre el paso a una segunda pregunta, la de los efectos del error en la decisión apelada. El autor le dedica una considerable atención al estudio de la *harmless error doctrine*, repasa su evolución y, con cita y análisis de algunos precedentes importantes en materia de errores de naturaleza no constitucional<sup>5</sup> y errores de orden constitucional,<sup>6</sup> reconstruye el estado de la cuestión en la actualidad, que luego analiza críticamente.

En este sentido, señala que la corte estadounidense “para decidir sobre la nocividad del error, ha puesto énfasis tanto en la evidencia de la culpabilidad del acusado como en el efecto o

<sup>4</sup> El autor se ocupa del estándar fijado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Jackson v. Virginia* —443 U.S. 307 (1979)— que tiene incidencia en el asunto, señala, en tanto la apelación como tal no es considerada un derecho constitucional. En cambio, el estándar probatorio *más allá de toda duda razonable*, derivado de la presunción de inocencia según el criterio fijado *in re Winship* —397 U.S. 358 (1970)— sí es un instrumento de control de los procedimientos estaduales a través de la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda. Para cumplir con esta, según el criterio de *Jackson v. Virginia*, un tribunal debe preguntarse no tanto cuál es su propia evaluación de la prueba, sino “simplemente si después de analizar la prueba a la luz más favorable a la acusación, algún juzgador podría encontrar los elementos esenciales del crimen más allá de la duda razonable” (p. 31).

<sup>5</sup> Se trata, por ejemplo, de errores en materia de *discovery*, o en la evidencia presentada a los jurados, o en conductas del fiscal o del juez que pueden incidir en las funciones del jurado, como errores en la formulación de las instrucciones o en deslealtad o mal comportamiento en las audiencias o alegatos. Respecto de cuestiones de admisibilidad de pruebas, el autor menciona las complejidades que plantea la diferenciación entre errores en la aplicación de la *hearsay rule* y errores en la aplicación de la *confrontation clause* de la Sexta Enmienda, pues estos últimos serían de índole constitucional. En esta materia (errores no constitucionales), DÍAZ cita *Kotteakos v. United States* —328 U.S. 750 (1946)— donde, según explica, la corte estadounidense “aclaró que el estándar no requería al tribunal de apelación determinar la culpabilidad o la inocencia, ni preguntar si el jurado había actuado correctamente en su declaración de culpabilidad a pesar del error”, sino precisar “qué efecto tuvo o pudo haber tenido el error sobre el veredicto” (p. 40).

<sup>6</sup> DÍAZ cita primero el precedente de la corte estadounidense *Chapman v. California* —386 U.S. 18 (1967)—, que presenta como aquel caso “en el que se quebró la regla según la cual las violaciones constitucionales provocaban de manera automática la revocación del veredicto”, aunque reconoce que ese precedente “también dispone de un alto estándar para que la fiscalía demuestre que el error es inocuo” y que el test podía entenderse como una indagación acerca de si el veredicto pudo haber sido influenciado por el error (p. 41). Luego, el autor recuerda *Harrington v. California* —395 U.S. 250 (1969)— donde la corte consideró que la admisión como evidencia de cargo de la confesión de un coimputado que la defensa no había podido contra-examinar era equivocada, pero el error era (más allá de toda duda razonable) inocuo en tanto existía “más evidencia abrumadora sobre su culpabilidad”. Por último, cita el algo más reciente *Arizona v. Fulminante* —499 U.S. 279 (1991)— donde la corte incluyó entre los casos sometidos al test del error inocuo también los casos de la admisión de confesiones involuntarias y, según expresa, el examen se enfocó nuevamente en la prueba remanente contra el acusado (p. 43).

contribución del error en el resultado” (p. 44), aunque luego enfatiza que “se pasó de un análisis basado en ‘el efecto del error en el veredicto’ hacia uno basado ‘en la culpabilidad del recurrente’” (pp. 46-47).

Para DÍAZ, ese “enfoque direccionado a la prueba remanente para decidir si un error es nocivo” es “problemático tanto desde un punto de vista formal como material”, porque estando en juego una protección constitucional “la culpabilidad como interés debe ceder ante una violación procedimental del juicio justo” (p. 44). Desde la primera perspectiva —la “formal”— el autor dice que el efecto o influencia de un error en el veredicto “conceptualmente no tiene el mismo significado” que la afirmación de que, a pesar del error, hay prueba remanente suficiente para afirmar la culpabilidad. Desde el punto de vista “material”, que “atiende a la calidad de las decisiones”, a DÍAZ le preocupa que los tribunales de apelación se conviertan “de modo clandestino en juzgadores sobre los hechos y las pruebas del juicio (*trier offact*), cuestión para la que en principio, de acuerdo con aquel diseño, no se encuentran habilitados ni jurídica ni epistemológicamente” (pp. 45-46).

3. El tercer capítulo se dedica a lo que el autor identifica como las “características salientes del fenómeno de las condenas erróneas” en el sistema penal estadounidense. Se trata de un capítulo breve, donde DÍAZ recoge algunos de los preocupantes hallazgos del *Innocence Movement*. El autor señala que el estudio de los numerosos casos que resultaron en exoneraciones ha permitido reconstruir el panorama, en busca de una explicación acerca de qué es lo que ha fallado en el proceso, y, con cita de diversas fuentes, reproduce un conocido listado sobre las causas más frecuentes de condenas erróneas. Este conjunto de hallazgos y su estudio posterior conduce a la pregunta acerca de las “estrategias más efectivas para reducir los errores o anticiparse a ellos” (p. 55).

4. En el cuarto capítulo, el autor presenta su tesis de que las apelaciones podrían ser eficaces “medios de solución del problema”, lo que permite conectar los dos capítulos anteriores.

Por un lado, retoma algunas críticas a la deferencia de los tribunales de apelación a la decisión del jurado en materia de valoración de la prueba y determinaciones fácticas.<sup>7</sup> Para DÍAZ, la aplicación

---

<sup>7</sup> En este sentido, no lo convence el argumento tradicional basado en la distribución de competencias que puede derivarse de la Sexta Enmienda, argumento según el cual el rol preponderante que el sistema constitucional estadounidense le asigna al enjuiciamiento por jurados ocuparía un papel deslucido si el tribunal de apelación pudiera reemplazar la valoración de la

del estándar de *Jackson v. Virginia* se traduce en que el control en segunda instancia prácticamente no tenga incidencia en “el examen de la fiabilidad de un medio probatorio o bien en sus derivaciones inferenciales” (p. 64), algo que le parece equivocado, pues las causas más frecuentes de condenas erróneas “conforman un espacio sobre el cual un tribunal de apelación puede brindar soluciones a los problemas que ‘el sentido común’ de los jurados no ha sabido afrontar, soluciones basadas en su conocimiento y en su experiencia” (p. 70).

Por otro lado, se ocupa de “las doctrinas jurídicas que, impregnadas de un sesgo sobre la culpabilidad de recurrente, relativizan la nocividad de los errores procesales cometidos durante el juicio” (p. 81). La primera de estas cuestiones sobre la que DÍAZ vuelve es la doctrina del error inocuo. La segunda problemática que aborda es la de “los altos estándares que el apelante debe alcanzar para lograr la revocación de una decisión que admitió o se basó en una prueba inválida o cuestionable”.<sup>8</sup> En tercer y último lugar, se ocupa de comentar críticamente el modo en que los tribunales de apelación lidian con dos errores procedimentales importantes: “la violación del fiscal de su deber de revelar prueba exculpatória o que favorece al acusado” en los términos de la doctrina que emerge de *Brady v. Maryland*—373 U.S. 83 (1963)—y “la ineficaz defensa técnica del acusado durante la investigación y el juicio”, según el estándar de *Strickland v. Washington*—466 U.S. 668 (1984)—.<sup>9</sup>

---

prueba presentada ante el jurado por la suya propia a partir del análisis del registro del caso. DÍAZ contesta que “la Enmienda no representa una barrera para revisar la corrección de los veredictos de culpabilidad, pues el derecho al juicio por jurados que esta reconoce en los casos penales es un derecho del acusado únicamente” (p. 68).

<sup>8</sup> Aquí DÍAZ presenta sucintamente algunos de los errores más habituales de litigantes y jueces al atribuir confiabilidad a identificaciones oculares de personas o al asignar un valor desmedido a confesiones obtenidas de modo irregular, en particular en casos del sistema penal juvenil. Sobre lo primero, critica con buenas razones la importancia que la corte estadounidense —*Neil v. Biggers*, 409 U.S. 188 (1972) y *Manson v. Brathwaite*, 432 U.S. 98 (1977)— ha conferido al escrutinio del acto de reconocimiento practicado en el juicio y la pareja relativización de “la irregularidad cometida durante la investigación y demostrada por el apelante”, pese a que, como pone de relieve la literatura especializada sobre la base de estudios empíricos, el primer acto de reconocimiento tiene una influencia decisiva en las posteriores identificaciones. Sobre lo segundo, DÍAZ indica que, aunque la corte estadounidense ha independizado el análisis de la exclusión sobre bases constitucionales de las confesiones del examen de su confiabilidad, “en la práctica, los jueces de apelación... sí hacen foco en la aparente exactitud de las confesiones y mantienen las condenas que se basan en ellas, y a partir de esa premisa implícita las encuentran también voluntarias” (pp. 85-90).

<sup>9</sup> En cuanto a lo primero, DÍAZ considera que, al requerirse del apelante que demuestre “una razonable probabilidad de que, si hubiese sido entregada la prueba [no revelada], el resultado del proceso habría sido distinto” se habilita “un amplio examen de toda la prueba de cargo del caso del fiscal” a ese fin y, con ello, “la apelación pierde mucha de su capacidad para revocar decisiones de culpabilidad irregularmente alcanzadas”. Una crítica parecida desarrolla con respecto a lo segundo, al aseverar que no es razonable que, además de la demostración de que la defensa técnica fue deficiente, se requiera la existencia de perjuicio, i.e. “una razonable probabilidad de que, sin los errores técnicos del defensor, el resultado del procedimiento podría haber sido distinto” (pp. 96-100).

El autor lamenta este estado de cosas y, como propuesta de cambio, aboga por el “reconocimiento del derecho al recurso como vía para incorporar la carga axiológica del principio de inocencia”. Indica que actualmente “el apelante debe cargar con una presunción de culpabilidad y asumir la responsabilidad de demostrar la incorrección del veredicto de culpabilidad”, pero que con un derecho constitucional al recurso “podría lograrse la extensión de la operatividad de la carga moral del principio de inocencia que valora de distinta manera la condena que la absolución” (p. 79).

5. En el capítulo dedicado a las conclusiones, DÍAZ insiste en que hay un vínculo fuerte entre “la inexistencia de un constitucional derecho a la apelación” y una “consecuente presunción de culpabilidad que sufre el apelante, que no solo dificulta sus reclamos fácticos, sino que impregna sus efectos de manera implícita al aspecto jurídico de la revisión de su condena”. Esa “presunción de culpabilidad”, en fin, es lo que explicaría la tendencia a considerar la fortaleza del caso de la acusación, o si el recurrente es culpable o no, en el marco del examen de la nocividad de constatados errores jurídicos o procedimentales. En este proceder se encuentra presente “la idea de que el apelante que cuestiona su condena es, o debe ser, presumido culpable, punto desmentido por las evidencias del fenómeno de las condenas erróneas” (pp. 100-104).

### III. Algunos comentarios y observaciones

1. El trabajo de Matías DÍAZ es un buen material de divulgación de los estudios sobre condenas erróneas y de ciertos aspectos centrales del sistema recursivo estadounidense. El autor presenta una síntesis de las críticas que se han formulado a la forma que ha tomado la doctrina del error inocuo en ese país y a la marcada deferencia de los tribunales de apelación a las determinaciones probatorias del jurado. Su monografía constituye en este sentido un aporte para el público hispanohablante y este solo mérito justifica su lectura.

DÍAZ, sin embargo, es más que un observador desapasionado del fenómeno que da título a su investigación, y no se priva de formular una propuesta normativa. Su tesis central es que la forma que ha tomado la *harmless error doctrine* en la jurisprudencia estadounidense sería consecuencia de una “presunción de culpabilidad” en la instancia de apelación y que, a su vez, esa “presunción” derivaría de que no se ha reconocido en ese país un derecho constitucional a la revisión de la condena como parte integrante del *fair trial*.

En mi opinión, ese doble enlace que se construye es algo artificioso y no resulta el más adecuado para la difícil tarea de proponer una alternativa a la configuración actual de la doctrina del error inocuo.

En primer lugar, el argumento parece presuponer en cierta medida lo que dice demostrar, esto es, que la asignación de un cierto rango a la instancia de apelación directa significaría *eo ipso* que esta tenga tal o cual contenido o alcance o, en un plano aún más distante, que imponga tal o cual relación entre la constatación de un error de procedimiento —de la clase que fuera— y la revocación de la sentencia. En contra de esa suposición del autor, estimo que no hay nada que haga incompatible *a priori* la existencia de un derecho constitucional a la instancia de apelación directa y una doctrina judicial sobre *harmless error* orientada al resultado del juicio.<sup>10</sup> En todo caso, si se piensa lo contrario y se cree que hay alguna conexión necesaria entre el reconocimiento de un “derecho constitucional al recurso” y una concreta configuración de la doctrina del error inocuo, esa es una relación que debería ser explicada y no tan solo asumida.

El eslabón intermedio —la idea de que las cortes de apelación parten de una “presunción de culpabilidad”— no parece más prometedor. En efecto, no se ve la utilidad de esa etiqueta para discutir en profundidad cómo podría mejorarse, si es que ello puede hacerse, la doctrina sobre *harmless error* en el contexto de revisiones de sentencias condenatorias. Después de todo, ¿qué quiere decir que haya una “presunción de culpabilidad” en la instancia de apelación directa?

Si esto quiere decir que se le exige al apelante que exponga convincentemente en su recurso cuál es su agravio y explique en qué ha consistido el error procedimental o constitucional, entonces

---

<sup>10</sup> Acerca de esta “orientación al resultado” de la *harmless error doctrine*, conviene tener presente que, aunque regulan distintos universos de casos (errores constitucionales o no constitucionales, preservados mediante una objeción hecha en tiempo oportuno o no, examinados en apelación directa o en una revisión colateral), cuyo análisis de detalle aquí no interesa, el rasgo común a *Chapman* [386 U.S. 18 (1967)], *Kotteakos* [328 U.S. 750 (1946)] y *Olano* [507 U.S. 619 (1993)], entre otros muchos, es que *la revocación del fallo está justificada solo cuando el error pudo haber afectado el resultado*. Esto no implica perder de vista que en otros variados aspectos esos precedentes difieren. En este sentido, por un lado, *Chapman* y *Kotteakos* ponen en cabeza de la acusación la carga de demostrar que el error es inocuo, mientras que *Olano* asigna a la defensa la carga de demostrar el perjuicio. Por el otro, cada uno de esos precedentes exige un estándar de prueba distinto para aceptar como probado que el error incidió en el resultado. Ahora bien, más allá de que estas diferencias son obviamente importantes, se refieren exclusivamente a la carga y al estándar de prueba aplicables. Los tres criterios son, por lo demás, sustancialmente análogos, en el sentido de que definen el daño o perjuicio en términos de la probabilidad de que el error haya incidido en el resultado. En esta reflexión sigo a MURRAY, “A Contextual Approach to Harmless Error Review”, en *Harvard Law Review*, vol. 130, n.º 7, 2017, pp. 1799-1800.

todos los sistemas *recursivos* parten de una “presunción de culpabilidad”, pues lo contrario significaría instaurar una suerte de sistema de *consulta* obligatoria, en lugar de un medio de impugnación.

Creo que puede afirmarse, entonces, que el autor debió estar pensando en *otra cosa* al hablar de “presunción de culpabilidad” en la instancia revisora. Para que tenga algún sentido específico, y no se refiera de manera genérica a la constatación de que ha habido un número elevado de falsos positivos no detectados en instancias de revisión, esa *otra cosa* solo puede ser la *relación* entre la constatación de un error y la respuesta que correspondería dar al tribunal revisor; más sencillamente, la cuestión de las *consecuencias* de un error constatado. Resulta, sin embargo, que de resolver esta espinosa cuestión se ocupa justamente la doctrina del error inocuo, lo que nos devuelve al punto de partida.

2. Más allá de esa “cuestión de fe” en un derecho constitucional a la revisión de la condena como cura para todos los males,<sup>11</sup> DÍAZ se ocupa en otros pasajes de la doctrina del error inocuo y, a juzgar

---

<sup>11</sup> Se ha hecho notar, lúcidamente, que “existen buenas razones para mostrarse escéptico acerca de la utilidad que puede tener el ‘lenguaje de los derechos fundamentales’ para analizar determinados problemas del derecho probatorio para el proceso penal, que calificar como ‘antigarantistas’ a ciertas propuestas consideradas ‘polémicas’ puede ser una decisión apresurada, y que ello debería alertar sobre la necesidad de utilizar otros enfoques que permitan discutir sobre esos temas con herramientas más productivas” (LARSEN, “El uso problemático de los derechos fundamentales en algunas discusiones sobre derecho probatorio”, en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, n.º 1, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, p. 98).

A lo anterior cabe agregar que, en un sistema como el estadounidense y, en general, en sistemas de *jury trial*, sin motivación del veredicto, vale especialmente el proverbio según el cual *es mejor prevenir que curar*. En palabras de FERRER BELTRÁN (*La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 44-45): “[e]l número y alcance de las reglas jurídicas que regulan la conformación del conjunto de elementos de juicio varía en función de los distintos ordenamientos y, dentro de ellos, en función de los tipos de proceso y de jurisdicción. Quizá pueda decirse, de forma general, que son más abundantes y detalladas en los ordenamientos de *common law*, respecto de los que se ha desarrollado, además, una vasta literatura. DAMAŠKA [se cita: *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, Yale University Press, 1997, pp. 41-46] sostiene la tesis de que la falta de una exigencia jurídica de motivación del juicio sobre los hechos en los ordenamientos de *common law* explica la especial proliferación en ese ámbito de reglas jurídicas que excluyen pruebas que se considera que aportan información poco fiable para evitar que en la valoración de las mismas se les otorgue un peso excesivo. En algún sentido estas reglas pretenden garantizar *ex ante* una mayor racionalidad general de las decisiones sobre los hechos a costa de excluir elementos de juicio que, aun con un valor relativamente escaso, pudieran aportar informaciones relevantes. En los ordenamientos de *civil law*, en cambio, el control de la racionalidad de la decisión se realizaría *ex post* mediante el control de la motivación [se cita: IGARTÚA, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 135]. Así, por ejemplo, ante una prueba o un tipo de prueba de muy baja fiabilidad, el control de racionalidad podrá funcionar *a posteriori* siempre que se exija al decisor sobre los hechos probados que justifique por qué ha declarado probados esos hechos y cuál ha sido el apoyo empírico en el que ha basado su decisión. Podrá comprobarse, entonces, si el decisor ha otorgado un peso excesivo a una prueba cuya fiabilidad resulte cuestionada. En cambio, si no se exige motivación de la

por la extensión dedicada al asunto, ese pretende ser su aporte central, o al menos uno de ellos. Por ese motivo, y por tratarse del tema más polémico y menos abordado en nuestro medio, vale la pena poner el foco aquí en las páginas que siguen.

Ya vimos que la obra se hace eco de las críticas de buena parte de la doctrina estadounidense a la manera en que la corte de ese país ha ido moldeando la evaluación acerca de la nocividad o inocuidad del error. El autor se queja, en particular, de que se haya pasado de un examen de la incidencia del error en el veredicto a consideraciones sobre la fuerza "abrumadora" de la prueba de cargo remanente.

A su vez, este último enfoque es problemático por un doble orden de razones. En primer lugar, señala, cuando está en juego una protección constitucional "la culpabilidad como interés debe ceder ante una violación procedimental del juicio justo" (p. 44). Desde esta perspectiva, que llama "formal", ese criterio para determinar la inocuidad o no del error "hace perder vigor a la máxima según la cual el acusado tiene derecho a un juicio justo aun cuando él sea claramente culpable" (p. 45). En cambio, desde el punto de vista "material", resultaría preocupante que los tribunales de apelación se conviertan "de modo clandestino en juzgadores sobre los hechos y las pruebas del juicio (*trier of fact*), cuestión para la que, en principio, de acuerdo con aquel diseño, no se encuentran habilitados ni jurídica ni epistemológicamente" (pp. 45-46).

Lo primero que llama la atención en este último párrafo es cierta inconsistencia interna. Por un lado, el autor reclama de los tribunales de apelación un análisis más robusto de "las inferencias o conclusiones fácticas" del jurado;<sup>12</sup> a la vez, sin embargo, se queja de que examinen si existía prueba

---

decisión sobre los hechos, el único modo de asegurar normativamente que no se tome la decisión sobre la base de pruebas poco o nada fiables es, directamente, excluirlas del conjunto de elementos de juicio disponibles".

En este escenario, es comprensible que, frente al fenómeno de condenas erróneas, los esfuerzos no se dirijan tanto a los controles posteriores a la emisión del veredicto (*curar*), sino más bien al establecimiento de más y mejores controles previos (*prevenir*), como criterios rigurosos de admisibilidad en casos de pruebas especialmente "riesgosas", introducción de testigos expertos en psicología del testimonio para educar al jurado sobre el funcionamiento de la memoria, mejora de las instrucciones al jurado empleadas, etc. Puede consultarse a este respecto: DEANESI / VARELA, "Tres temas para pensar la prueba en el juicio por jurados: las instrucciones sobre el reconocimiento de personas, la prueba *bad character* y la condena del coimputado", en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, n.º 1, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 199-256.

<sup>12</sup> Así, ya en la introducción, DÍAZ adelanta que "las dificultades para examinar las cuestiones fácticas del juicio" en la instancia de apelación directa permiten entender "su defectuosa labor como ámbito de corrección de las condenas erróneas" (pp. 11-13). Luego desarrolla esta idea en el tercer acápite del capítulo segundo y, sobre todo, en el cuarto capítulo, en cuyos apartados segundo y tercero critica la deferencia de los tribunales de apelación a las determinaciones de hecho y prueba del jurado; en otras palabras, que estos se concentren en los errores de índole procedimental y dediquen escasa o nula atención

“abrumadora” de la culpabilidad del acusado al examinar la incidencia del error en el veredicto. Al parecer, DÍAZ promueve la clandestinidad de la que se lamenta.

Podría replicarse que el reclamo de que los tribunales de apelación controlen las determinaciones fácticas del jurado es uno que procura favorecer a las personas condenadas, mientras que sucede lo contrario cuando se atiende a la fortaleza de la evidencia remanente contra el acusado para evaluar la nocividad o inocuidad de un error. Aunque esto sea cierto, el problema subsiste, porque el punto es que DÍAZ incluye razones epistémicas entre aquellas que inhabilitarían a los tribunales de apelación a convertirse en “juzgadores sobre los hechos y las pruebas del juicio”. No se ve cómo esa clase de razones deberían impedir el tipo de examen del cual el autor se queja, pero, en cambio, no representarían un obstáculo para la revisión más robusta de “las inferencias o conclusiones fácticas” del jurado en casos de veredictos inmotivados de culpabilidad.

En segundo lugar, su argumento en el “plano formal” resulta también problemático, sobre todo porque se lo expone sin suficientes matices o precisiones. DÍAZ dice, como vimos, que “la culpabilidad como interés debe ceder ante una violación procedimental del juicio justo”. ¿Qué quiere decir con esto? ¿Sugiere, acaso, que una *revocación automática* de la decisión del jurado debería seguir a la constatación de cualquier vicio de procedimiento?

En algunos pasajes de esta monografía, pero también de trabajos previos,<sup>13</sup> el autor parece acercarse a esa posición extrema que, en mi opinión, es realmente difícil de justificar.

---

al control de la corrección de la valoración y suficiencia de la prueba, por considerar que se trata de una competencia exclusiva del jurado (v. especialmente las pp. 67 ss.).

La difícil e importante cuestión de *cómo* controlarían los tribunales de apelación las inferencias probatorias del jurado, o que se haya alcanzado el nivel de suficiencia determinado por el estándar de prueba aplicable, es una que, llamativamente, DÍAZ desatiende. Pueden consultarse a este respecto: ROBERTS, “Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, pp. 213-235; FERRER BELTRÁN, “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* de la CIDH”, en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.º 1, 2020, pp. 359-382; LIMARDO, “Una confusión conceptual y una oportunidad perdida? Comentario del caso ‘V. P. C. y otros vs. Nicaragua’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, n.º 1, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 119-143.

<sup>13</sup> Así, p. ej., en su trabajo previo *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*, pp. 97, nota 141, pp.163-164, nota 131, DÍAZ pareciera aproximarse a ese posicionamiento extremo, o al menos eso sugieren algunos pasajes muy críticos del precedente “Gallo López” (Fallos: 334: 725) de la Corte Suprema. El caso es uno suficientemente conocido, de modo que omito aquí las referencias. Es cierto que la decisión de la corte, aunque correcta, presenta algunos problemas en su fundamentación, en buena medida examinados en un trabajo de PIQUÉ (“El conflicto entre el derecho de interrogar a los

Si a alguien le quedase alguna duda a ese respecto, piense en este ejemplo hipotético. Suponga que en un juicio diez testigos, que no se conocen entre sí (no hay posibilidad de confabulación), declaran haber visto al imputado asesinar a la víctima. Hay un video en alta definición donde se observa la ejecución del homicidio. El material genético tomado de restos subungueales de la víctima arroja como resultado la existencia de una mezcla del perfil genético de la propia víctima y del acusado. En la declaración indagatoria recibida durante la instrucción el acusado confesó el crimen y el registro en audio y video de ese acto se incorporó al debate según a la regla del art. 378 del Código Procesal Penal de la Nación. Resulta, no obstante, que la fiscalía también había ofrecido como prueba la declaración de un amigo del acusado, a quien este le había confiado días antes que mataría a la (futura) víctima.

Resulta también que, llegado el momento del juicio, este amigo del acusado no puede ser ubicado en el domicilio conocido, de modo que, a pedido del fiscal y con oposición de la defensa, el tribunal decide incorporar por lectura la declaración que había sido registrada en un acta en la etapa de investigación (art. 391, inc. 3.º, CPPN). Suponga que, en su recurso de casación contra la sentencia de condena, la defensa se queja de esta incorporación por lectura, invoca su derecho constitucional a interrogar a los testigos de cargo (art. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), indica que jamás tuvo oportunidad de ejercer ese derecho y que se opuso en tiempo oportuno a la admisión. Suponga también que el tribunal de casación coincide con la defensa en que ese testimonio no debió ser introducido por lectura (no importa aquí la corrección o incorrección de un criterio tal). Se trata de un error de índole constitucional, pues el tribunal de casación entiende que, en ausencia de una oportunidad de confrontación previa, la incorporación por lectura de esa evidencia de cargo conculca el art. 8.2.f de la CADH. ¿Acaso debería el tribunal

---

testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de «Gallo López», en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n.º 16, 2014, pp. 124-157), pero lo importante aquí es señalar que, incluso ante un caso como ese, DÍAZ sostiene que la restricción de la facultad de interrogar a la testigo de cargo no disponible "bastaba, desde la idea del procedimiento como un todo en sí mismo y ámbito para la protección de la inocencia jurídica, para revocar la sentencia de condena, sin necesidad de analizar si se había alcanzado la verdad sobre la culpabilidad por otros medios distintos al de la regla quebrantada, ni de ponderar tal descubrimiento de la verdad con la violación de la garantía constitucional del acusado" (p. 97, nota 141). En el otro pasaje DÍAZ indica que le parecen "cuestionables" las decisiones que, como la de la corte en "Gallo López", consideran que la "incidencia epistemológica en el resultado" de la "vulneración del derecho de defensa" debe ser tenida en cuenta para "medir sus efectos procesales, puntualmente, la revocación de la sentencia y la reedición del juicio" (pp. 163-164, nota 131).

de casación anular el fallo del tribunal oral y ordenar la celebración de uno nuevo en función de ese error de tipo constitucional?

A mi ver, la respuesta es un no rotundo, y las razones que la sustentan son aquellas que justifican la existencia misma de cualquier doctrina del error inocuo. En un escenario tal, la pregunta del tribunal de casación a la defensa parece incluso obligada: “Muy bien, usted lleva razón en que el tribunal de juicio se equivocó al incorporar esa pieza de información. Pero, ¿qué me dice de los diez testigos, de la filmación, de la prueba de ADN y de su propia confesión?”. El abogado defensor podría insistir en que nada de eso importa, que aquí los derechos constitucionales de su asistido fueron violados y que la prueba remanente no debería ser considerada de ninguna manera. Pero creo que nadie tomaría en serio esta clase de planteos.<sup>14</sup>

En resumen, ante una propuesta como la señalada, bastaría con recordar, por un lado, que el enjuiciamiento penal moderno es de una riqueza y complejidad tal que ciertos errores procesales son prácticamente inevitables, lo que ha llevado con razón a decir, ya largas décadas atrás, que “el acusado tiene derecho a un juicio justo, pero no a uno perfecto, pues no existen los juicios perfectos”.<sup>15</sup> Por el otro lado, que cualquier doctrina razonable del error inocuo debería considerar seriamente el tiempo y los costos asociados a los juicios de reenvío, particularmente para víctimas y testigos; el efecto probable de esa doctrina en litigantes y público<sup>16</sup> y, especialmente, el modo en que la naturaleza (extrema) del remedio (revocación automática) puede incidir en la interpretación judicial de los alcances del derecho sustantivo implicado, a través de lo que se ha llamado *remedial deterrence*,<sup>17</sup> entre otras razones.

---

<sup>14</sup> En materia de *Confrontation Clause* y *harmless error* viene bien consultar el precedente *Delaware v. Van Arsdall*, 475 US 673 (1986).

<sup>15</sup> *Brown v. United States*, 411 U.S. 223, pp. 231-232 (1973), con cita de *Bruton v. United States*, 391 U.S. 123, p. 135 (1968). En este mismo sentido: MURRAY, *supra* nota 10, p. 1792.

<sup>16</sup> La corte estadounidense ha insistido en que “[l]a doctrina del error inocuo reconoce el principio de que el propósito central de un juicio penal es decidir la cuestión de hecho de la culpabilidad o inocencia del acusado [...] y promueve el respeto público por el proceso penal al centrarse en la justicia [*fairness*] subyacente del juicio, en lugar de en la presencia prácticamente inevitable de error insustancial” [*Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 673, p. 681 (1986), con cita de *United States v. Nobles*, 422 U.S. 225, p. 230 (1975) y de TRAYNOR, *The Riddle of Harmless Error*, Columbus: Ohio State University Press, 1970, p. 50: “Revocar sentencias frente a la mera constatación de un error, independientemente de su efecto en el fallo, alienta a los litigantes a abusar del proceso judicial e impele al público a que lo ridiculice”].

<sup>17</sup> Este es un punto de suma importancia, que suele ser desatendido en nuestro medio, pero que la doctrina foránea ha sabido poner de relieve. LEVINSON señala: “[e]l derecho puede ser moldeado por la naturaleza del remedio que se aplicará si se declara que ese derecho ha sido violado [...]. A esta relación directa entre derecho y remedio puede llamársela *remedial*

3. Sin perjuicio de lo dicho, no creo que pueda atribuirse al autor aquella posición tan radical. Otros pasajes indican que, más razonablemente, él sencillamente se queja, como parte de la doctrina estadounidense, de que la jurisprudencia de ese país utilice en algunas oportunidades una referencia a la existencia de “abrumadora” prueba de cargo como un factor decisivo para descartar la nocividad del error. Con otras palabras, DÍAZ señala que se habría pasado de un examen basado en “el efecto del error en el veredicto” (*effect-on-the-verdict test*) hacia otro basado “en la culpabilidad del recurrente” (*guilt-based harmless error test*), algo que le resulta preocupante. Aquí vamos ingresando en la cuestión más interesante, pero quizá menos profundizada en la obra.

En este sentido, a pesar de que las críticas sugieren que existiría una diferencia sustancial entre las consecuencias de aplicar uno u otro criterio, la obra no provee una explicación o clarificación a ese respecto. Esta omisión podría ser algo sin mayor relevancia si tal diferencia fuese evidente, pero me parece que no es el caso. Por el contrario, varios interrogantes nos asaltan cuando intentamos entender qué quiere decir cada cosa:<sup>18</sup> ¿cuándo —en qué universos de casos— la aplicación de un criterio o del otro conduce a resultados distintos? ¿Hay relaciones entre tales criterios? En caso afirmativo, ¿cuáles son esas relaciones?

En la tarea de identificar las diferencias entre esos dos criterios, uno se topa pronto con muchas semejanzas, como en esos pasatiempos gráficos de búsqueda de errores o “encuentra las diferencias”. Por un lado, parece indiscutible que tanto el criterio del “efecto en el veredicto” como el —así llamado— de la “culpabilidad del recurrente” se orientan al resultado, en el sentido de que, cualquiera sea la gravedad del error constatado, la existencia de daño o perjuicio depende de la probabilidad de que el error haya incidido en la decisión.<sup>19</sup> También parece necesario conceder que entre la fortaleza del caso de la fiscalía y el “efecto del error en el veredicto” hay una relación bastante estrecha, una que podríamos decir de proporcionalidad inversa. Cuando la evidencia de cargo

---

*deterrence*. El rasgo definitorio es que la amenaza de un remedio que conduce a consecuencias indeseables lleva a los tribunales a construir el derecho de manera tal que esas consecuencias sean evitadas” (LEVINSON, “Rights Essentialism and Remedial Equilibration”, en *Columbia Law Review*, vol. 99, n.º 4, 1999, pp. 884-885). Véase también, en esa línea: FRIEDMAN, “When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies”, en *Southern California Law Review*, vol. 65, 1992, pp. 735-780; STARR, “Sentence Reduction as a Remedy for Prosecutorial Misconduct”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 97, n.º 6, 2009, pp. 1514-1516.

<sup>18</sup> A punto tal es difícil apreciar esta diferencia entre los dos criterios o exámenes que algunos de los *Justices* no considerarían a la distinta formulación del criterio algo de importancia práctica en la mayoría de los casos (cf. SOLOMON, “Causing Constitutional Harm: How Tort Law Can Help Determine Harmless Error in Criminal Trials”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 99, núm. 3, 2005, p. 1064, n. 54).

<sup>19</sup> Véase *supra*, nota 10.

remanente es verdaderamente “abrumadora”,<sup>20</sup> está justificado pensar que el error constatado no ha incidido en el veredicto, o no lo ha hecho de un modo tal que pudiera haber cambiado el sentido de la decisión.

Quizá pueda atribuirse a SOLOMON el intento más fructífero de clarificar la escurridiza distinción, al menos en el plano teórico. Según este autor, el enfoque basado en la culpabilidad (*guilt-based test*) formula un interrogante contrafáctico, que conduce a hipotetizar sobre el resultado al que se habría llegado en ausencia del error, mientras que el enfoque del efecto en el veredicto (*effect-on-the-verdict test*) no emplea una pregunta contrafáctica sino una histórica, acerca de si el error fue o no un factor sustancial en el veredicto del jurado.<sup>21</sup>

Aunque esta es una buena propuesta teórica, no puede obviarse que en la práctica los dos enfoques a menudo se confunden o desdibujan considerablemente, ya que es muy difícil determinar el efecto que tuvo un error en un jurado en particular sin sopesar independientemente la evidencia que había contra la persona acusada.<sup>22</sup> En efecto, sin negar que la distinción teórica puede ser útil en ciertos casos, es necesario admitir que, en ausencia de indicadores o pistas que permitan contestar de otro modo ese interrogante histórico,<sup>23</sup> la existencia de “abrumadora” evidencia de cargo remanente, o la consideración de la fortaleza del caso de la fiscalía con independencia del error, es

---

<sup>20</sup> Un problema distinto es que se diga que hay evidencia “abrumadora” cuando, en verdad, se trata de un caso débil. Esto es algo que DÍAZ indica a propósito del fenómeno de condenas erróneas, pero que, evidentemente, no depende de la doctrina del error inocuo sino de la razón o razones que explican que se tome por caso fuerte a uno débil. Como señala también el autor, el estudio de los casos de exoneraciones ha permitido identificar que entre las causas más frecuentes de condenas erróneas están la identificación errónea realizada por un testigo ocular, las confesiones falsas producto de contextos coercitivos, la *junk science* que se presenta ante el jurado como evidencia forense confiable, etc.

<sup>21</sup> SOLOMON, *supra* nota 18, pp. 1053-1099, esp. p. 1076.

<sup>22</sup> “The Supreme Court 2005 Term - Leading Cases”, en *Harvard Law Review*, vol. 120, 2006, p. 202.

<sup>23</sup> Aunque la ausencia de razones del veredicto impide en general conocer si el error ha tenido o no una incidencia sustancial en el resultado (véase *infra* la referencia de COOPER a la imposibilidad de “leer la mente del jurado”), en raras ocasiones tales indicadores pueden existir. Con cita de *Bollenbach v. United States* —326 U.S. 607 (1946)—, MURRAY señala que los modernos criterios de *harmless error* orientados al resultado “no permiten que los tribunales superiores confirmen la decisión recurrida sobre la base de que la prueba de cargo era abrumadora en aquellos casos en los cuales el registro contiene indicadores confiables de que el jurado no consideró que la prueba fuese de una solidez tal” (*supra* nota 10, p. 1804, nota 69; véase, asimismo, p. 1796, nota 23). En *Bollenbach* (326 U.S. 607, p. 614), en efecto, la corte rechazó el argumento de la fiscalía de que la fortaleza de su caso hacía inocuo el error de la instrucción al jurado, señalando en sentido contrario el “hecho elemental de que durante siete horas el jurado no pudo decidirse por la culpabilidad del acusado en relación con el cargo principal, pero arribó a un veredicto de culpabilidad sobre el cargo de conspiración cinco minutos después de que su consulta fuese respondida con una indicación legal insostenible”.

cuando menos un factor de peso para intentar reconstruir si el error pudo haber incidido o no en el veredicto.

No sin razón se suele subrayar, por un lado, la *imposibilidad fáctica* de leer la mente de los jurados<sup>24</sup> y, por el otro, que también las distintas formulaciones del test del “efecto del error en el veredicto” exigen del tribunal de apelación un examen de la fortaleza o debilidad del caso de la acusación, aun cuando se lo encare con el fin último de determinar si fue el error o bien una “causa inocente” —la prueba no contaminada— lo que explica el resultado. En este último sentido, no se trataría de concluir en que el acusado es, en efecto, culpable, sino de preguntarse con qué probabilidad habría alcanzado el mismo resultado un *jurado promedio* y, a partir de ello, por vía inferencial, *el concreto jurado que emitió el veredicto real*.<sup>25</sup>

Parece obligado admitir, entonces, que “[l]a pregunta planteada por el enfoque basado en la culpabilidad —si la evidencia de cargo no contaminada es tan abrumadora que cualquier jurado razonable habría llegado al mismo veredicto que el jurado real— es [...] un ingrediente indispensable del test del efecto sobre el veredicto y no algo externo o ajeno a este”.<sup>26</sup> Si esto es correcto, en suma, “[q]uienes argumentan que el análisis de error inocuo debería prestar poca o nula atención a la evidencia de cargo remanente, no contaminada, y, en cambio, debería simplemente preguntarse si el error incidió en el resultado, proponen una tarea imposible, ya que los tribunales no pueden evitar examinar el contexto en el cual tuvo lugar el error para discernir cuál pudo ser su probable efecto, y ese contexto necesariamente incluye la evidencia remanente, no alcanzada por el error”.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> En este sentido, por ej., COOPER, “Searching for Harmlessness: Method and Madness in the Supreme Court’s Harmless Constitutional Error Doctrine”, en *University of Kansas Law Review*, vol. 50, 2002, pp. 330-331: “La imposibilidad de leer la mente del jurado significa que si un tribunal está decidido a considerar el efecto del error en el veredicto, en lugar del peso de la evidencia remanente, el tribunal debe considerar no al jurado real que intervino en el caso, sino a un jurado hipotético razonable”. Cf., asimismo, “The Supreme Court 2005 Term...”, *supra* nota 22, pp. 201-202.

<sup>25</sup> Cf. MURRAY, *supra* nota 10, pp. 1802-1803. Como indica este autor, “no le llevó demasiado tiempo a la Suprema Corte [estadounidense] advertir, apenas dos años después de *Chapman*, que en algunos casos la evidencia de cargo es realmente ‘tan abrumadora’ que su ‘probable impacto’ en un jurado racional o ‘promedio’ es tan certero que un tribunal de apelación puede sostener ‘más allá de toda duda razonable’ que el veredicto fue el fruto de esa prueba, antes que del error en cuestión”. Se citan en ese sentido: *Harrington v. California*, 395 U.S. 250, 254 (1969).

<sup>26</sup> MURRAY, *supra* nota 10, pp. 1084-1085.

<sup>27</sup> MURRAY, *supra* nota 10, p. 1798.

4. Como decía, la obra desafortunadamente no dialoga con este tipo de argumentos, lo cual limita en cierta medida el análisis del asunto y debilita la crítica del autor a que los tribunales consideren la existencia de “abrumadora” evidencia de cargo remanente como un factor de peso a la hora de juzgar si un error ha sido inocuo.

A su vez, al perder de vista la señalada conexión entre los dos criterios, DÍAZ se ve impedido de proponer o tomar prestado algún otro criterio de *harmless error* que, al menos en ciertos grupos de casos, pueda funcionar de un modo que condiga mejor con sus intuiciones morales. Después de todo, merece una consideración seria la opinión de que “el uso casi ubicuo de una regla de error inocuo, centrada en el resultado del juicio [...] denigra importantes protecciones constitucionales [...] que promueven valores distintos de la rectitud de los veredictos”.<sup>28</sup>

En esta línea, si en un extremo inaceptable está la revocación automática de una sentencia ante la constatación de cualquier error o vicio de procedimiento, un examen orientado exclusivamente al resultado podría acercarse al otro extremo, en tanto parece conducir inevitablemente a que, cualquiera sea la entidad y naturaleza del error o vicio constatado en el proceso, el fallo no pueda ser anulado si el caso de la fiscalía era uno lo suficientemente fuerte y la evidencia remanente era verdaderamente “abrumadora”. Quizá esta sea una consecuencia que debemos aceptar y la creatividad deba ser puesta en el diseño de remedios menos drásticos, que escapen a la lógica *todo o nada*.<sup>29</sup> Pero si esto no nos convence, proponer mejoras o alternativas a la doctrina de *harmless error* es un camino para explorar.

Precisamente por ello, creo que habría enriquecido la obra que se considerasen y discutiesen propuestas novedosas que buscan sortear el problema de los análisis centrados únicamente en el resultado. Viene al caso, para citar un ejemplo, aunque sin entrar en detalles ni encarar un examen crítico, la propuesta de MURRAY consistente en una aproximación “contextual” a la *harmless error review*.

Este autor, como DÍAZ, parte de la base de que el proceso penal no puede ser entendido solo como un instrumento para la obtención de resultados correctos; una visión ética más amplia del enjuiciamiento criminal abarca un conjunto de intereses no directamente vinculados con la rectitud del fallo, entre los que menciona los de proporcionar a las personas acusadas un ámbito para la toma

---

<sup>28</sup> STACY / DAYTON, “Rethinking Harmless Constitutional Error”, en *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, pp. 80-81.

<sup>29</sup> STARR, *supra* nota 17, pp. 1513-1518.

de decisiones autónomas, el de evitar el empleo de criterios discriminatorios, o el de hacer transparente el funcionamiento interno de la justicia penal. Esto le permite afirmar que, al concentrarse exclusivamente en la corrección del resultado, las doctrinas del error inocuo empleadas habitualmente incurrir en un equivocado reduccionismo, uno que pierde de vista la complejidad de valores e intereses que forman parte del proceso.<sup>30</sup>

Por tal razón, la propuesta de MURRAY procura formular un enfoque alternativo que refleje mejor la gama completa de intereses considerados en las distintas normas de procedimiento penal. Ese enfoque, que llama “revisión contextual del error inocuo”, se implementa mediante un análisis de dos pasos.

En una primera etapa, el tribunal debería identificar el interés o conjunto de intereses que la norma procesal infringida está llamada a servir. Cuando la regla trasgredida tiene como objetivo único el de promover la rectitud del fallo, el análisis “contextual”, como admite MURRAY, no divergirá en sus consecuencias de las doctrinas de error inocuo orientadas al resultado. Pero el método “contextual” es analíticamente distinto y conducirá a soluciones potencialmente divergentes cuando la regla violada es una que protege o promueve intereses o valores distintos, o complementarios, del de la averiguación de la verdad.<sup>31</sup> Este es el primer sentido en el cual la

---

<sup>30</sup> MURRAY, *supra* nota 10, pp. 1794-1795.

<sup>31</sup> En el trabajo citado, MURRAY indica, correctamente, que aspectos tan importantes del proceso criminal como la regla de exclusión de la prueba ilícita o irregularmente obtenida, o el privilegio contra la autoincriminación forzada, ciertamente no promueven la averiguación de la verdad, sino que son reglas de sentido contrario a ese interés. Dentro de las reglas no orientadas (o no orientadas exclusivamente) al objetivo de rectitud del veredicto, a su vez, el autor luego distingue, como tipos ideales, dos clases de intereses que podemos encontrar detrás de aquellas. Por un lado, un “interés *correlacionado* con el resultado” es uno tal que, aunque no promueve la verdad, se vincula igualmente con el resultado, tal como sucede en el caso de exclusión de prueba ilícita (véase la utilización de este ejemplo en las pp. 1814-1816). Por el otro, un “interés *independiente* del resultado” es uno respecto del cual no hay una correlación estricta entre el grado en que el error afecta a ese interés y la probabilidad de que ese error haya incidido en el resultado. El ejemplo que MURRAY emplea —siguiendo el caso *Neill v. Gibson*, 263 F.3d 1184 (10th Cir. 2001)— es el de la infracción de reglas que prohíben la utilización de argumentos y evidencia que puedan provocar en el jurado una decisión basada en prejuicios y estereotipos discriminatorios (como, en ese caso, que se tuviera en cuenta la orientación sexual del condenado para examinar si cabía, o no, aplicarle la pena de muerte). Está claro que ese tipo de reglas antidiscriminatorias promueven la rectitud de la decisión (p. 1817), pero ese no es su único objetivo, algo que queda en evidencia cuando se aprecia que el empleo de expresiones racistas, sexistas, etc., es igualmente censurable cuando se dirige contra un acusado evidentemente culpable que cuando se dirige contra uno inocente. En ambos casos se dañan por igual valores elementales que no están correlacionados con el resultado, en el sentido de que una violación grosera de normas antidiscriminatorias puede tener, contingentemente, mayor o menor incidencia en la decisión a tomar (pp. 1817-1820).

evaluación del error inocuo presentada es “contextual”: exige una indagación de los valores o intereses que subyacen a la norma infringida.

En el segundo paso, tras haber discernido el universo pertinente de intereses protegidos, el tribunal debería examinar si ha existido una afectación sustancial de ese interés o valor y poner en relación este daño causado por el error con el costo social de la revocación del fallo, debiendo revocarlo cuando el primero supere al segundo.<sup>32</sup>

Es fácil advertir que la propuesta de MURRAY tiene potencial para conducir a resultados distintos de los alcanzados por la tradicional doctrina de *harmless error* solo cuando el interés protegido es uno diverso al de promover decisiones correctas y, a su vez, no está correlacionado con el resultado. Pero incluso en este universo más acotado de casos el examen de la fortaleza del caso de la fiscalía no es del todo superfluo. En efecto, la confiabilidad de la evidencia remanente —no “contaminada” por el error— conserva cierta relevancia para la revisión “contextual” del error porque generalmente es más costoso revocar un fallo respaldado por evidencia “abrumadora” que uno que tiene un apoyo probatorio más débil.

Sin embargo, la ventaja de la aproximación “contextual” de MURRAY estaría en que la existencia de evidencia “abrumadora” ya no podría ser tratada como un factor dirimente del juicio sobre la inocuidad del error, en tanto ese examen no se orientaría a la corrección de la cuestión decidida cuando se trata de valores distintos del de la averiguación de la verdad y, además, no correlacionados con el resultado.<sup>33</sup>

En fin, creo que tener en cuenta los aportes de posiciones teóricas como la repasada —de modo sumamente simplificado— en los párrafos anteriores habría enriquecido el análisis de un aspecto central, polémico y sumamente interesante de la obra.

#### IV. Palabras de cierre

---

<sup>32</sup> MURRAY, *supra* nota 10, pp. 1795 y 1814-1820.

<sup>33</sup> MURRAY, *supra* nota 10, pp. 1818-1820. Además, como indica el autor, pareciera que los enfoques de *harmless error* orientados exclusivamente al resultado no dan cuenta de ciertos rasgos de la práctica judicial en casos en que se revocan sentencias sobre la base de errores procedimentales. En este sentido, no es sencillo comprender por qué una doctrina del error inocuo orientada a la incidencia del error en el resultado debería considerar cuestiones tales como si el “error” ha sido intencional o imprudente; si se ha tratado de un evento aislado o, en cambio, de un patrón recurrente de inconducta, etc. El enfoque “contextual” podría explicar de mejor manera estos rasgos presentes en el modo de resolver de las cortes de justicia (pp. 1825-1826).

En síntesis, el trabajo de DÍAZ es uno que vale la pena leer. Su estudio metódico de buena parte de la jurisprudencia y doctrina estadounidense en la materia tratada contribuye al conocimiento del público hispanohablante en asuntos que, con las cautelas necesarias cuando se examina una tradición jurídica distante, pueden iluminar nuestras propias prácticas.

En efecto, no es necesaria demasiada agudeza para notar que la formulación de alguna doctrina del error inocuo es verdaderamente inevitable, que esa pregunta se plantea recurrentemente en nuestros procesos judiciales y que, sin embargo, son escasos los trabajos de habla hispana que se ocupan seriamente de la cuestión.

En este sentido, más allá de que quizá algún aspecto pudo haber sido explorado con mayor profundidad, y sin perjuicio de que se coincida o no con sus críticas y sus propuestas, el trabajo de DÍAZ tiene el mérito de abrir un espacio de discusión, de poner sobre la mesa un problema y de estimular la investigación de tópicos lamentablemente infra-teorizados en nuestro medio.

**PAUTAS DE PUBLICACIÓN**

**1. EN LETRA: DERECHO PENAL** se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

**a. Carácter inédito del texto.** No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

**b. Originalidad y relevancia.** Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

**c. Sistemática y rigurosidad académica.** Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

**2. Deben redactarse en soporte digital:** procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del

artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración 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 Juridicopenal?”, 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](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](mailto: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 10, Mayo de 2020

**Dirección:**

Leandro A. Dias (Dir.)  
José R. Béguelin (Sub.)  
Noelia T. Núñez (Sub.)  
Pablo D. Larsen (Sec. de Redacción)

**Comité Editorial:**

Antonella Donnes  
Tomás Fernández Fiks  
Ezequiel Jiménez  
Magdalena Legris  
Santiago Mollis  
Noelia T. Núñez  
María Belén Rodríguez Manceñido  
Agustina Szenkman  
Diana Veleda  
Thomas Wostry

