EN LETRA

DERECHO PENAL

Año II, N.º 4
Mayo de 2017
ISSN: 2469-0864

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

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

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

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

COMITÉ EDITORIAL

DIRECTOR

Leandro A. DIAS (UBA/UTDT)

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Carla SALVATORI (UBA/UTDT)

EDITORES

José R. BÉGUELIN (UBA)

Cindi BERTOLA (UTDT)

Antonella DONNES (UBA/UTDT)

Santiago MOLLIS (UDESA)

Juan NASCIMBENE (UBA/UTDT)

Mª. Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO (UBA)

Paula SCIANCA LUXEN (FLACSO)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

María Laura BÖHM (UBA/DAAD)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Luís GRECO (UNIVERSITÄT AUGSBURG)

Hernán GULLCO (UTDT)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Máximo LANGER (UCLA)

Marcelo D. LERMAN (UBA)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

Ezequiel MALARINO (UDESA)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Héctor OLÁSOLO ALONSO (UROSARIO)

Daniel PASTOR (UBA)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Eugenio SARRABAYROUSE (UCES)

Patricia ZIFFER (UBA)

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

***

Cuatro declaraciones y garantías:

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

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

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

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

ÍNDICE

EDITORIAL **1**

COLUMNAS DE OPINIÓN

"El caso Messi y las consecuencias de 'ignorar' la dogmática de los delitos imprudentes", *Juan Pablo MONTIEL* 3

"Hacia una tercera generación de justicia transicional. De la jurisdicción especial para la solución del conflicto armado en Colombia", *John ZULUAGA* 7

ARTÍCULOS

"La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos del derecho chileno comparado", *Jean Pierre MATUS A.* 13

"Las diversas funciones del decomiso. Entre lo civil, lo administrativo y lo penal", *Santiago ROLDÁN* 49

"¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos brindar criterios de valorización de la prueba fiables para los procesos penales locales? A la vez, advertencias sobre un posible mal uso o manipulación de la jurisprudencia internacional", *Pablo Daniel LARSEN* 84

"El delito de participación en una prueba de velocidad o destreza automovilística y su relación con otros tipos penales", *Denise STAW* 119

"Estado, castigo y muerte: algunas reflexiones generales", *Yohan MOLINA* 138

TRADUCCIONES

"Valoración de la prueba y convicción judicial", *Prof. Dr. Wolfgang FRISCH* 170

"La relevancia de la teoría del bien jurídico en el Estado Constitucional de Derecho Moderno", *Prof. Dr. Hans KUDLICH* 185

"Filosofía moral y dogmática jurídico penal", *Prof. Dr. Ulfrid NEUMANN* 205

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

"Teorías de la pena" de Tatjana HÖRNLE, *Marcelo D. LERMAN* 221

"Cosa juzgada fraudulenta – Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita" de Federico MORGENSTERN, *Diana VELEDA* 233

PAUTAS DE PUBLICACIÓN 246

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN 251

INDEX

EDITORIAL **1**

COLUMNS

'The Messi Case and the Consequences of "Ignoring" the Doctrine of Negligence', *Dr. Juan Pablo MONTIEL* 3

'Towards a Third Generation of Transitional Justice. The Special Jurisdiction for the Solution of the Armed Conflict in Colombia', *John ZULUAGA* 7

ARTICLES

'Criminal Liability for Collective Wrongdoing. Some Aspects of Chilean and Comparative Law', *Prof. Dr. Jean Pierre MATUS A.* 13

'The Different Functions of Forfeiture. Between Civil, Administrative and Criminal Law', *Santiago ROLDÁN*.....49

'Can the Inter-American Court of Human Rights Offer Reliable Guidelines on the Assessment of Evidence in Criminal Matters? Also, a Warning against a Possible Misuse or Manipulation of International Case Law', *Pablo Daniel LARSEN*.....84

'The Crime of Taking Part in a Street Race on a Public Road and its Link with Other Offenses', *Denise STAW* 119

'State, Punishment and Death: Some General Reflections', *Yohan MOLINA* 138

TRANSLATIONS

'Assessment of Evidence and Judicial Conviction', *Prof. Dr. Wolfgang FRISCH* 170

'The Significance of the *Rechtsgut* doctrine in the Modern *Rechtstaat*', *Prof. Dr. Hans KUDLICH*.... 185

'Moral Philosophy and Criminal Law Theory', *Prof. Dr. Ulfrid NEUMANN* 205

BOOK REVIEWS

'Teorías de la pena', Tatjana HÖRNLE, *Marcelo D. LERMAN* 221

'Cosa juzgada fraudulenta – Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita' Federico MORGENSTERN, *Diana VELEDA* 233

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES..... 246

EVALUATION PROCESS 251

Editorial

El lanzamiento de este tercer número de *En Letra: Derecho Penal* coincide con el primer aniversario de la revista. En estos meses hemos tenido la posibilidad de trabajar en conjunto con algunos de los académicos más destacados de habla hispana, de publicar artículos tanto de investigadores de gran trayectoria como de jóvenes penalistas, de acercar al público hispano una serie de artículos de gran trascendencia que originalmente habían sido publicados en idioma inglés o alemán y, en general, de difícil acceso, entre otras tareas. Esperamos poder continuar avanzando en este camino en los próximos años y, finalmente, cumplir con el objetivo de alcanzar la consolidación de *En Letra: Derecho Penal* como una publicación confiable y de calidad.

En lo que se refiere a este número en particular, comenzamos la sección de columnas de opinión con una provocadora reflexión del Dr. Juan Pablo MONTIEL sobre el llamado "Caso Messi" y la ignorancia deliberada, seguida por un análisis global del proceso de paz que está teniendo lugar en Colombia, a cargo de John ZULUAGA.

Con relación a los artículos recibidos por convocatoria abierta —los que pasaron el tamiz propio de un sistema de referato doble ciego a cargo de pares académicos—, tenemos la oportunidad de presentar cinco contribuciones. En primer lugar, el Prof. Dr. Jean Pierre MATUS realiza una investigación filosófica y de derecho comparado sobre los fundamentos de la responsabilidad por el hecho colectivo, en particular en los supuestos de asociación ilícita y conspiración. En segundo lugar, Santiago ROLDÁN, en su artículo, se pregunta por la naturaleza del decomiso, a los fines de evaluar la legitimidad de dicha figura jurídica, en especial en casos de "decomiso sin condena". En tercer lugar, Pablo LARSEN expone un trabajo crítico acerca de los aportes que puede hacer la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para delinear un criterio de valoración de prueba confiable y respetuoso de las garantías individuales. En cuarto lugar, Denise STAW se encarga de clarificar los alcances de un tipo penal poco explorado en la dogmática penal argentina, como es el de participación en una prueba de velocidad o destreza automovilística, y de demostrar la influencia que los conceptos de peligro concreto y peligro abstracto tienen en su interpretación. En quinto lugar, Yohan MOLINA brinda una serie de reflexiones filosóficas sobre la justificación del castigo a partir de la pena más drástica que puede imponer un Estado: la pena de muerte.

Además de los mencionados artículos, en este número tenemos el privilegio de presentar la traducción de tres trabajos publicados originalmente en idioma alemán, con la intención de enriquecer la discusión hispanohablante. Así, ofrecemos una traducción de una de las más recientes contribuciones del Prof. Dr. Wolfgang FRISCH al derecho procesal penal en general y a la teoría de la prueba judicial en particular. Luego, el Prof. Dr. Hans KUDLICH presenta una innovadora ponencia sobre la capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico. Finalmente, tenemos el privilegio de publicar una contribución de trascendental importancia, a cargo del Prof. Dr. Ulfrid NEUMANN, que se centra en la relación entre la dogmática jurídico-penal y la filosofía moral.

A modo de cierre, contamos con dos recensiones de libros editados recientemente. La primera está a cargo del Prof. Dr. Marcelo D. LERMAN, quien se encarga de evaluar críticamente la reciente contribución de Tatjana HÖRNLE sobre teorías de la pena. La segunda, realizada por Diana VELEDA, es un análisis pormenorizado del libro de Federico MORGENSTERN, "La cosa juzgada fraudulenta".

Esperamos que este tercer número de *En Letra: Derecho Penal* sea de agrado de los lectores y seguiremos trabajando para ofrecer una revista de primer nivel.

EL CASO MESSI Y LAS CONSECUENCIAS DE "IGNORAR" LA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS IMPRUDENTES

Dr. Juan Pablo MONTIEL*

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2016
Fecha de aprobación: 21 de noviembre de 2016

La sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se condena a Lionel Messi y a su padre como autores de un delito de fraude fiscal sirvió para popularizar la doctrina de la ignorancia deliberada. Pero, además, la sentencia es sintomática de las confusiones y de las malas aplicaciones de la figura que arrastra la jurisprudencia española, especialmente desde el Tribunal Supremo. En cierto modo, pareciera ser que las pasiones futbolísticas se apoderaron de los jueces a la hora de escribir sus votos, relegando la razón y los buenos argumentos a un plano secundario.

En sentido estricto, el rótulo de "ignorancia deliberada" está reservado para aquellos casos en los que el autor de una acción típica carece de dolo, pero donde esta carencia ha sido provocada previamente por el autor de manera consciente. Cabe advertir que, más allá del cambio de denominación, estamos aquí ante supuestos que estructuralmente coinciden con los casos de imprudencia: falta de conocimiento de las circunstancias típicas, provocada por una acción precedente. En este punto es importante tener presente que el hecho de que la Audiencia Provincial de Barcelona haya decidido apelar a esta figura surgió de una necesidad concreta y no fue meramente el intento de introducir una figura relativamente novedosa en un caso altamente resonante. Los jueces sabían que ni Lionel Messi ni su padre podían responder penalmente, dado que ambos carecían del dolo requerido típicamente y además el Código Penal español no conmina penalmente la modalidad imprudente del delito de fraude fiscal. Justamente, los tribunales españoles han empleado esta doctrina para romper con un sistema *numerus clausus* de la responsabilidad penal imprudente y castigar hechos no previstos legalmente. Más allá de los

* Coordinador General de CRIMINT. Contacto: jpmontiel@crimint.com.ar.

naturales reparos de legalidad que pueden oponerse a esta solución, sus problemas no son sólo de índole constitucional sino que también están ligados a temas de imputación.

Uno de los principales estudiosos del tema en España, el catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, RAGUÉS I VALLÈS, da cuenta de que una de las características de la jurisprudencia española es el haber aplicado la ignorancia deliberada a las constelaciones equivocadas. Así, el Tribunal Supremo español no sólo aplica esta doctrina a casos auténticos, en los que efectivamente el autor desconoce los elementos típicos, sino también a otros en los que se alcanzan niveles de conocimiento que permitirían validar un dolo eventual. Esta última extensión resulta claramente equivocada, dado que en sentido estricto en supuestos de dolo eventual el autor no obra bajo ninguna ignorancia. En cambio, en los auténticos casos de "ignorancia deliberada" el agente efectivamente no es pasible de imputación por sus déficits cognitivos, sin perjuicio de lo cual se la considera una motivación previa especial, consistente en "beneficiarse de su estado de ignorancia sin asumir riesgos propios y eludiendo responsabilidades".[1]

Pese a la jurisprudencia poco consistente del Tribunal Supremo español, en el caso Messi la Audiencia Provincial de Barcelona aplica correctamente la figura, dado que ninguno de los imputados detentaba los niveles de conocimientos requeridos por la figura típica del fraude fiscal. Para justificar aquí la imputación, los jueces no apelan a una motivación especial de Messi o su padre, sino más bien a la infracción de un deber (¿incumbencia?) de proveerse conocimiento. Aquí se pone aun más claramente de relieve la equiparación entre la ignorancia deliberada y los delitos imprudentes. Como el propio tribunal enfatiza, Lionel Messi no podría haberse quedado "de brazos cruzados" y confiar ciegamente en lo que sus asesores fiscales le indicaran. Tanto él como su padre debían estar al tanto de qué maniobras contables y financieras estaban dentro de los márgenes de la legalidad y conocer qué era lo que sus asesores efectivamente hacían. Como puede apreciarse, los jueces llevan los deberes de conocimientos o deberes de diligencia a unos niveles de exigencia que difícilmente serían realizables y, por ende, exigibles.

Aquí puede observarse con claridad que al olvidar los jueces la identidad estructural entre la ignorancia deliberada y la imprudencia se llega a consecuencias dogmática y político-criminalmente inconsistentes. En primer lugar, únicamente una cuestionable dogmática de la imprudencia sería capaz de extender a tales extremos los deberes de conocimiento; siendo ello así, toda persona debería conocer absolutamente todo lo que se hace, incluso con relación a

[1] RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal,* Barcelona, Atelier, 2008, p. 186.

aquellas actividades que se "tercerizan" para una gestión más eficiente. En este punto, pasa totalmente desapercibido un criterio fundamental que se emplea en la dogmática de los delitos imprudentes para fijar el alcance de los deberes de cuidado o de conocimiento: el principio de confianza. Justamente, cuando uno delega la gestión de riesgos de su propia esfera de libertad a terceros, idóneos para dicha gestión por sus capacidades técnicas y operativas, podemos confiar en que obrarán conforme a la ley. Gran parte de nosotros, cuando escogemos a un contador de buen nombre para que lleve nuestra contabilidad o bien un buen pediatra para que "gestione" la salud de nuestros hijos, contamos con la posibilidad de "descansar" en la confianza de que hará correctamente su trabajo y no será necesario que lo estemos controlando. Anular esta posibilidad de confianza nos obligaría a conocer detalladamente la legislación tributaria, el mundo de la contabilidad y los diagnósticos y tratamientos para enfermedades o problemas pediátricos. En definitiva, la vida en una sociedad compleja y fuertemente especializada sería directamente impracticable.

Con su sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona está exigiendo que Messi, como cualquier ciudadano, deba conocer cómo invertir y qué tipo de maniobras financieras o contables son legales y cuáles no. Con ello se olvida de que justamente se acude a asesores financieros y contables porque se carece de estos conocimientos y por ello se busca suplir esos déficits cognitivos con una delegación en personas competentes, por sus conocimientos técnicos. Si uno tuviera esos conocimientos no tendría la necesidad de consultar a nadie. Y justamente cuando uno concurre a un especialista debe obrar con libertad, amparado en la confianza de que los asesores hacen correctamente su trabajo. Pero, ¿será acaso que los Messi para ahorrarse unos "pesos" acudieron a asesores que ostensiblemente no tenían los conocimientos técnicos para hacer bien su trabajo? La propia Audiencia abiertamente responde negativamente la pregunta, destacando incluso que se acudió a profesionales que eran conocidos en el medio por haber estado asesorando a otros deportistas de alto rendimiento.

En este contexto, la afirmación de que Messi y su padre están obligados a informarse sobre todo lo que hacía el asesor y sobre la legalidad de sus maniobras conduce a una situación jurídica peligrosa, dado que hace invisible a la imputación a quien efectivamente realiza la maniobra fraudulenta. Resulta sorprendente —por no decir, sospechoso— que la condena no se haya hecho extensiva a los asesores, en alguna calidad de complicidad al menos. Pero, especialmente, la implantación de un "principio de desconfianza" en este ámbito rompe equivocadamente con todo lo previsible que se hizo la dogmática de la imprudencia a partir de criterios de imputación

objetiva. En el fondo, se desprotege absolutamente a quienes delegan tareas en terceros *prima facie* competentes. Desde la lógica de la Audiencia Provincial de Barcelona, incluso en el hipotético caso de que Messi y su padre hubiesen sido estafados por los asesores (por ejemplo, por asegurarles mendazmente la legalidad de las maniobras sugeridas), se mantendría su punibilidad. Ello resulta directamente insostenible dogmática y político-criminalmente.

En definitiva, entiendo que este caso tan rico en sus ribetes conceptuales habría sido mejor tratado si se hubiese acudido a las herramientas de la (vieja y buena) dogmática de la imprudencia. El caso sirve para mostrar lo rica y polémica que resulta la figura de la ignorancia deliberada, pero a la vez para marcar la fuerte conexión que existe entre la responsabilidad en casos de eximentes provocadas y los delitos imprudentes. Aquí, la pretensión de la Audiencia Provincial de Barcelona de ser relativamente original le hizo olvidar aquellas herramientas clásicas que le hubiesen permitido salir mejor parada en el caso. En este punto, como en muchos otros ámbitos de la vida, la vanidad y las pasiones futbolísticas parecen haber sido malos compañeros de viaje.

HACIA UNA TERCERA GENERACIÓN DE JUSTICIA TRANSICIONAL
DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA

John ZULUAGA*

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2016
Fecha de aprobación: 21 de noviembre de 2016

I. Introducción

La evolución del marco normativo en el que se ha intentado respaldar la solución negociada del conflicto armado en Colombia ha alcanzado una nueva etapa de desarrollo. Como fruto del acuerdo final entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo ("FARC-EP"), se configuró un modelo de justicia que se aplicará a los delitos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano. Así, se supera el esquema normativo y procesal de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005 - "LJP") y del Marco jurídico para la Paz (art. trans. 66 y 67 de la Constitución – "MJP"), a partir de los cuales se venía orientando la reinserción de combatientes a la vida civil. El nuevo modelo, denominado "jurisdicción especial para la paz" ("JEP"), se concibe junto a otros mecanismos y medidas dirigidos a componer el llamado "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición" ("SIVJRNR"). Con la JEP se crea una estructura judicial (penal) que pretende satisfacer las expectativas ético-jurídicas vinculadas al sistema de justicia transicional mediante una especial forma de proceso penal. Para ello, el acuerdo sobre la JEP desarrolla en detalle tanto los parámetros procedimentales y las competencias de dicha jurisdicción, como las reglas y principios que orientan su funcionamiento. Para una mejor comprensión de este nuevo entramado burocrático-judicial, primero, se describirán los rasgos distintivos de dicha jurisdicción. Segundo, se delimitarán las competencias de la JEP y, con base en ello, los procedimientos que se llevarán a cabo en esta jurisdicción. Tercero, se hará una panorámica presentación de las últimas reformas que ha tenido el acuerdo,

* Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (GAU, Alemania); Becario del DAAD e investigador adscripto al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la GAU. Contacto: zulutabjoe@hotmail.com.

debido fundamentalmente a la renegociación a la que fue sometido éste después de que los resultados de la refrendación plebiscitaria del 2 de octubre de 2016 fueran negativos.

II. La jurisdicción especial para la paz

La JEP se incorpora como un nivel adicional de investigación y juzgamiento de los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado.[1] Al instalarse junto a la jurisdicción ordinaria y a la Ley de justicia y paz ("LJP"), podría hablarse de una *tercera generación de justicia para la superación del conflicto armado en Colombia*. A dicha jurisdicción se adscriben las siguientes instancias: Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; el Tribunal para la Paz; Sala de Amnistía o indulto; Sala de definición de situaciones jurídicas; y Unidad de Investigación y Acusación.[2] En cuanto a la competencia *ratione materiae*, comprenderá los crímenes internacionales más graves (genocidio, crímenes de lesa humanidad y graves crímenes de guerra) y, además, algunos crímenes individuales.[3] En cuanto a la competencia *ratione personae*, tiene competencia para todas las personas involucradas de manera directa o indirecta en el conflicto.[4]

La composición de la JEP recrea algunas dicotomías a partir de las cuales parece que se quiere mostrar, con el juego de etiquetas asignadas a las instancias que la componen, el hallazgo de un escenario de conciliación del dilema de justicia y paz. Con la bifurcación de la jurisdicción (salas y tribunal) y la respectiva asignación de rótulos (paz y justicia), se crean formas de ver y sugieren

[1] Véase *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 24 de noviembre de 2016, p. 143 ss. Disponible en https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

[2] Véase *Acuerdo final, supra* nota 1, p. 152. Inicialmente con la JEP se intentó replicar la estructura de lo que en el derecho penal internacional se ha llamado *hybrid courts*. Sin embargo, después de los resultados del plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016, dicha opción fue finalmente negada. De esa manera, se cerró la posibilidad a la participación de extranjeros como jueces de la JEP.

[3] Véase *Acuerdo final, supra* nota 1, N.º 40, p. 151: "[n]o serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma".

[4] Véase *Acuerdo final, supra* nota 1, N.º 32, p. 148: "[e]l componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación, y No Repetición se aplicará a todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado. Se aplicará a los investigados o condenados por el delito de rebelión u otros relacionados con el conflicto, aunque no pertenezcan a las organizaciones armadas en rebelión".

modos de actuar de lo que, en esencia, debe llegar a ser una misma estructura judicial. Como si la paz fuera consecuencia de la subordinación de la reincorporación civil a ciertas claves legalistas de justicia. Como ya ha sido ampliamente discutido, desde el punto de vista del derecho internacional humanitario, un acuerdo formal de paz o dispositivos legales de justicia no pueden equipararse a terminación del conflicto y a esta última conclusión sólo puede llegarse a partir de una real disminución del umbral de violencia (criterio material y no formal).[5]

III. Procedimiento y competencias

El acuerdo para el desarrollo de una JEP prevé un trámite para quienes reconozcan verdad y responsabilidad y otro diferente para quienes no la reconozcan.[6] El *reconocimiento de verdad y responsabilidad* es el factor determinante para definir el tipo de pena a aplicar. Dicho reconocimiento puede ser pleno, tardío o nulo. En el primer caso habrá una pena de 5 a 8 años de restricción de la libertad, en el segundo caso de 5 a 8 años de cárcel y en el tercer caso hasta 20 años de cárcel.[7] En ese sentido, los trámites ante la JEP arrastran una lógica dualista: *sometimiento* o *contradicción*. Bajo estas claves de impulso procesal es fundamental tener en cuenta los antecedentes del proceso de la LJP,[8] para discutir y proyectar los rendimientos de la JEP. No se trata sólo de un modelo paralelo a la LJP, sino, además, de la concurrencia que supone en términos de infraestructura y lógicas burocrático-judiciales.[9] A la JEP parece subordinarse ahora uno de los niveles de maximalismo al que se ha llegado como resultado de la ejecución del procedimiento de la LJP. Las aspiraciones y rendimientos de esta jurisdicción, al contrario, deben ser realistas. No en vano la propia Constitución en su artículo transitorio 66 ha puesto a disposición de la JT un proyecto de *selección y priorización* procesal penal para confrontar la

[5] Véase al respecto ZULUAGA, "Alcance del Artículo 1 inciso 4 del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal", en AMBOS (coord.), *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional,* Bogotá, Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, pp. 159 ss.

[6] N.º 45, JEP.: "[e]n el componente de justicia se aplicarán dos procedimientos: 1. Procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad. 2. Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y de responsabilidad".

[7] Véase lista de sanciones aplicables en *Acuerdo final*, *supra* nota 1, p. 172 ss.

[8] Al respecto véase *in extenso* AMBOS *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010.

[9] Véase al respecto ZULUAGA, "Acerca del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de 'justicia y paz'", en MOLINA LÓPEZ (coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política criminal. Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario,* Medellín, Dike – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012, pp. 571-634.

inviabilidad del maximalismo penal.[10] En todo caso, que el modelo de selección y priorización sea un presupuesto de los rendimientos de la JEP no significa que este modelo sintetice las competencias material y subjetiva de aquella jurisdicción.[11]

IV. Los más recientes cambios

La refrendación plebiscitaria del acuerdo de paz entre gobierno y FARC-EP ha suscitado una reelaboración del acuerdo bajo las claves de algunas propuestas de los representantes del "NO", opción ganadora el pasado 2 de octubre de 2016 ("opción NO").[12] El acoplamiento de estas propuestas se ha hecho fundamentalmente en el marco de los parámetros orientadores de la JEP. No se trató del replanteamiento de todo el acuerdo final, sino básicamente de aspectos relativos a la JEP, su funcionamiento y relaciones con la justicia ordinaria. Aunque no todas las propuestas de los representantes de la "opción NO" fueron acogidas, algunas se han tenido en cuenta para profundizar algunos desarrollos y formulaciones del acuerdo inicial entre gobierno y FARC. Algunas primeras comparaciones han logrado encontrar numerosas novedades respecto de la versión anterior del acuerdo.[13] Estos hallazgos dan cuenta de desarrollos del acuerdo sobre temas como las relaciones entre la JEP y la justicia ordinaria, información sobre personas dadas por desaparecidas, justicia restaurativa, la competencia material, temporal y los principios generales de la JEP, el tratamiento de los terceros (no combatientes) y agentes del Estado en la JEP, la conformación y el funcionamiento de la JEP, el otorgamiento de amnistías y la ejecución de sanciones.[14]

---

[10] Véase ZULUAGA, *supra* nota 5, p. 168 ss.

[11] Especialmente si es que en la JEP se busca distinguir la criminalidad política frente a "otra criminalidad", debe entenderse que los ámbitos de selección y priorización, en los términos del artículo transitorio 66 de la Constitución, excluyen la criminalidad política como objeto de investigación. Véase ZULUAGA, "Justicia de Transición y Criminalidad Política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal", en AMBOS/STEINER (coords.), *Justicia de Transición y Constitución II. Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, CEDPAL-KAS-Temis, 2015, pp. 47-83.

[12] Para un mapa de las propuestas de los voceros del NO véase http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.871.pdf [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

[13] La comparación entre el "viejo" y "nuevo" acuerdo se puede lograr con la aplicación draftable.com que permite comparar los dos documentos al mismo tiempo. Véase https://draftable.com/compare/JjypTOknafBktqvc [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

[14] Al respecto véase el análisis de REYES sobre los cambios en materia de justicia: "Los 68 cambios del acuerdo en materia de justicia", en *Semana.com*, 14 de noviembre de 2016. Disponible en http://www.semana.com/nacion/articulo/acuerdo-de-paz-yesid-reyes-explica-68-cambios/505392 [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

Entre muchas de las novedades, por ejemplo, se precisa que la Jurisdicción Especial para la Paz forma parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y que por tanto no sustituye a la jurisdicción ordinaria; se indica que para decidir sobre la eventual conexidad de conductas relacionadas con cultivos de uso ilícito con el delito político, se seguirán los criterios de la jurisprudencia colombiana; los procedimiento de la JEP deben incorporar los siguientes principios: sistema adversarial, debido proceso, imparcialidad, publicidad, controversia de la prueba, defensa y doble instancia. Esas normas deberán incorporarse al ordenamiento interno colombiano.

El "nuevo" acuerdo da cuenta de un desarrollo enfático a los esquemas penales de justicia plasmados en la JEP. De esta manera, pareciera que se intenta que objetivos no originarios de la justicia penal lleguen a ser adaptados a las reglas y principios de la justicia transicional. De esta manera, se insiste en un encasillamiento del modelo de justicia transicional en meras variantes legalistas —fundamentalmente jurídico penales—, y, en esa medida, pareciera ponerse el *modelo transicional al servicio de los problemas que este mismo trata de resolver,* concretamente la superación de las dinámicas masivas de violaciones a los derechos humanos. El optimismo en el uso de la pena y del derecho penal como parámetros de transición y, en reciprocidad con ello, en la fabricación de toda una tramoya argumentativa para explicar múltiples problemáticas desde la simple disyuntiva "castigo-impunidad" o "guerra-paz", descuida que la transición a una situación pacífica no puede inducirse exclusivamente a partir de variantes legalistas de justicia. Se trataría de una aspiración con rendimientos simbólicos y de la concesión de una patente de corso a favor de las partes negociadoras y de su mejor posición en el escenario de las investigaciones y judicializaciones en el marco de la JEP.

V. Bibliografía

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, p. 143 ss. Disponible en https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

AMBOS, Kai *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la*

luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010.

REYES, Yesid, "Los 68 cambios del acuerdo en materia de justicia", en *Semana.com*, 14.11.2016. Disponible en http://www.semana.com/nacion/articulo/acuerdo-de-paz-yesid-reyes-explica-68-cambios/505392 [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

ZULUAGA, John, "Acerca del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de 'justicia y paz'", en MOLINA LÓPEZ, Ricardo (coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política criminal. Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario,* Medellín, Dike – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012, pp. 571-634.

— "Alcance del Artículo 1 inciso 4 del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal", en AMBOS, Kai (coord.), *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional,* Bogotá, Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, pp. 159 ss.

— "Justicia de Transición y Criminalidad Política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal", en AMBOS, Kai/STEINER, Christian (coords.), *Justicia de Transición y Constitución II. Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, CEDPAL-KAS-Temis, 2015, pp. 47-83.

LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL HECHO COLECTIVO

ASPECTOS DE DERECHO CHILENO Y COMPARADO

Jean Pierre MATUS A.*

Fecha de recepción: 1º de abril de 2016
Fecha de aprobación: 4 de julio de 2016

Resumen

El artículo pretende ofrecer una respuesta al problema del fundamento de la responsabilidad penal individual por el hecho colectivo en los casos de conspiración y asociación ilícita. Según el autor, la respuesta a dicho problema se puede encontrar en el peligro creado por el acuerdo de actuación conjunta de dos o más personas, como se anunciaba ya en ARISTÓTELES. Para justificar lo anterior, se hace un análisis de derecho comparado e internacional y de algunas de las principales propuestas elaboradas por la doctrina nacional y extranjera en la materia.

Palabras clave: Conspiración — Asociación ilícita — Hechos colectivos — Responsabilidad individual

Title: Criminal Liability for Collective Wrongdoing. Some Aspects of Chilean and Comparative Law

Abstract

This article aims to provide an answer to the problem of the justification of individual criminal responsibility for collective wrongdoing in cases of conspiracy and joint criminal enterprise. The author maintains that two or more persons, as already established by ARISTOTLE, can find the answer in the risk created by the agreement of joint action. In order to justify this answer, this article offers an analysis of Comparative and International Law and some of the main doctrines in the field of Criminal Law.

* Profesor titular de Derecho Penal (Universidad de Chile). Contacto: jpmatus@derecho.uchile.cl.

Keywords: Conspiracy — Joint criminal enterprise — Individual liability

Sumario

I. Introducción; II. Los otros casos de responsabilidad individual por el hecho colectivo en el derecho chileno: conspiración y asociación ilícita; III. Responsabilidad individual por el hecho colectivo en el derecho español: conspiración, asociación ilícita, organizaciones y grupos criminales; IV. Responsabilidad individual por el hecho colectivo en el derecho alemán: complot, conspiración y asociaciones criminales; V. Responsabilidad individual por el hecho colectivo en el derecho Italiano: impunidad general de la conspiración, asociaciones para delinquir y asociaciones mafiosas; VI. Responsabilidad individual por el hecho colectivo en el *common law* y el derecho norteamericanos: *conspiracy* y *criminal enterprise* (RICO); VII. Crítica, justificación y límites de la responsabilidad individual por el hecho colectivo en la doctrina comparada y chilena; VIII. Conclusión. La existencia del hecho colectivo (peligroso) como explicación a la porfía legislativa (y jurisprudencial) para sancionar los delitos de organización frente a las críticas y límites doctrinales; IX. Bibliografía.

I. Introducción

En un pasaje de la *Ilíada,* en el contexto de un llamado a contar con voluntarios para una incursión nocturna de espionaje en el campamento de los troyanos se lee:

> "Luego tomó la palabra Diomedes, valeroso en el grito de la guerra:
> «¡Néstor! Mi corazón y mi arrogante ánimo me invitan
> a penetrar en el campamento de los cercanos enemigos,
> los troyanos. Mas si además me acompañara otro hombre,
> mayor será el consuelo y mayor será la audacia.
> Siendo dos los que van, si no es uno es otro quien ve antes
> cómo sacar ganancia; pero uno solo, aunque acabe viéndolo,
> es más romo para notarlo y tiene menos sutil el ingenio»".[1]

Este pasaje es citado por ARISTÓTELES para demostrar el valor de la amistad en el incremento de las potencialidades humanas: "con amigos, los hombres están más capacitados para pensar y actuar", dice el Estagirita.[2]

[1] HOMERO, *Ilíada* (trad. Emilio CRESPO GÜEMES), Madrid, Gredos, 2000, p. 193.

Y la simple observación de la realidad así lo demuestra: sólo actuando en conjunto el hombre es capaz de ser y hacer muchas cosas, para bien o para mal.

Luego, para efectos de esta exposición diremos que un hecho colectivo es el producto de la asociación de los seres humanos que se diferencia por ello, de manera cualitativa (y muchas veces, también, cuantitativamente), de la simple actuación individual. Para que así sea, no basta la simple actuación conjunta casual, la cooperación al hecho por actuaciones sucesivas o simultáneas de varios conectadas entre sí únicamente por el suceder causal. Se requiere la existencia de un vínculo. Ese vínculo, la amistad aristotélica, es uno que supone la subjetividad de los intervinientes, ese mínimo de aceptación mutua de que lo que se hace en conjunto se entiende también como propio de cada uno. La responsabilidad individual por ese hecho colectivo significa, por tanto, que en virtud de ese vínculo cada uno de los intervinientes se pueda considerar objetiva y subjetivamente responsable individualmente del hecho colectivo como un todo, sin atención a la medida de su aportación e, incluso, como hacen algunas leyes, aunque tal contribución se refiera únicamente a sostener la existencia del colectivo cuyos fines, no siempre determinados de antemano, se comparten.

Es ese vínculo subjetivo lo que distingue la responsabilidad por el hecho colectivo de la antigua idea de la mera responsabilidad colectiva, por la pertenencia o la atribución de pertenencia no voluntaria a una tribu o familia, condiciones de origen que no suponen una adhesión voluntaria a la existencia, finalidades y hechos que puedan atribuirse a tales entidades, sino una mera adscripción a un grupo determinado por una externalidad no controlada por el adscrito (su origen familiar), rechazada por las ideas liberales del siglo XVIII.[3]

En cambio, BECCARIA no rechazaba el castigo de la participación conjunta en un hecho colectivo (aún tentado), afirmando que ello se debía hacer imponiendo una pena menor para el atentado que para la consumación y también una menor para el cómplice que no sea un "ejecutor inmediato" (pero la misma para todos "cuando muchos hombres se unen para una acción arriesgada", y "a proporción de su tamaño, procuran que sea igual para todos"). Tratándose de

[2] ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea,* Libro VIII, 16-17 (trad. Julio PALLÍ BONET), Madrid, Gredos, 2000, p. 216.
[3] ROBESPIERRE, *Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas* (trad. Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA), Valparaíso, Edeval, 2009.

conspiraciones y asociaciones, incluso llega a proponer una ley general en vez del arbitrio judicial para determinar los efectos de la delación.[4]

Es esta asociación voluntaria con riesgos compartidos y no la pertenencia no voluntaria a una familia o tribu lo que hace responsables por igual a los conjurados por la muerte de César y, por eso, según la versión de PLUTARCO, todos y cada uno de ellos fueron perseguidos y muertos como culpables del magnicidio, a pesar de que no todos le apuñalaron ni todas las puñaladas de los que sí lo hirieron eran mortales de necesidad.[5]

Esto es lo que describe gráficamente Shakespeare en la Escena I del Acto Tercero de su Julio César:

> "–Casca: ¡Que mis manos hablen por mí!
> (Apuñalan a César, primero Casca, Bruto el último)
> –César: *¿et tu Brute?* ¡Entonces cae César!
> (Muere)".

Si no se contase con el recurso a la responsabilidad individual por el hecho colectivo, debería castigarse a cada conjurado exclusivamente por su contribución individual, y así habríamos de considerar cada apuñalamiento sucesivo como un hecho independiente de cada uno de los intervinientes y plantearnos la posibilidad de que cada uno respondiese por la clase de herida que causa, sin consideración de la existencia de la conjura ni de la muerte misma de César. Sin embargo, como aquí el apuñalamiento sucesivo es una forma de actuación vinculada por la conjura previa, esa vinculación permite imputar a todos recíprocamente los hechos de los otros, incluyendo la imputación de la muerte de César a quien, como Trebonio, se encarga de distraer y retirar de la curia a Marco Antonio sin propinarle al dictador estocada alguna.

Legalmente, en Chile, las reglas de imputación que permiten esa atribución de responsabilidad penal individual por el hecho colectivo en casos como el del magnicidio de César se encuentran en los números 1 y 3 del art. 15 Código Penal chileno (CPCh), que sancionan "como autores", a los que "toman parte en la ejecución del hecho, sea de manera inmediata y

[4] BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (trad. Juan Antonio DE LAS CASAS), Madrid, J. Ibarra, 1774, pp. 213 ss.
[5] PLUTARCO, *Vidas Paralelas. Vida de César,* LXV-LXIX (trad. Antonio RANZ ROMANILLOS), Madrid, Iberia, 1959, pp. 400-403.

directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite", y a los que, "concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él". Aquí, el concierto para la distribución de las funciones en la ejecución parece ser el vínculo subjetivo exigido para, junto con la constatación del actuar conjunto, imputar recíprocamente a todos el hecho de los otros coautores y así transformar en un solo hecho conjunto o colectivo la multiplicidad de sus aportaciones.

Según CANCIO MELIÁ, en estos casos de coautoría "no hay" "una trasferencia injustificada de responsabilidad", pues a través de esta vinculación en el actuar "se accede" a "un plano superior, precisamente, al plano de la actuación colectiva". Desde su punto de vista funcionalista, en tales casos "la aportación personal del autor individual puede ser aprehendida jurídico-penalmente (de modo indirecto y estandarizado) a través de la prestación de organización hecha a título de miembro del colectivo".[6]

En cambio, para quienes afirman, como SILVA SÁNCHEZ, que "la organización" "no puede, por sí misma, infringir directiva de conducta alguna" ni "tampoco puede lesionar bienes jurídicos", los problemas de "justificación" de la "transferencia de responsabilidad" de la intervención penal surgirían, primero, cuando el hecho colectivo se encuentra en etapas preparatorias (meramente organizativas y sin que se haya cometido alguno de los delitos para el cual se constituye esa organización) y, en segundo lugar, y sobre todo, cuando el único modo reconocible ("estandarizado") de participación de un individuo no tiene que ver con la realización de hechos concretos que son en sí mismos delitos, sino únicamente con su pertenencia o "adhesión" al colectivo.[7]

El propósito de este trabajo es constatar la existencia de esos casos de "transferencia de responsabilidad" cuya "justificación" se entiende "problemática", tanto en Chile como en el derecho comparado, sus diferentes ámbitos de aplicación y, finalmente, cuáles serían los criterios de legitimación y limitación de esta forma de responsabilidad individual por el hecho colectivo que la harían compatible con los Estados Constitucionales de nuestro ámbito cultural.[8]

[6] CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto,* Madrid, Reus, 2010, p. 124.
[7] CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, Montevideo, B de F, 2008, p. 5.
[8] No se considera aquí el reconocimiento de *otras formas de responsabilidad por el hecho ajeno,* como la *responsabilidad por el mando* que establece el art. 35 de la ley N.º20.357, que no implica necesariamente ni un acuerdo previo ni la intervención del superior en el hecho que se le atribuye. Véase al respecto WINTER E., *La responsabilidad por el mando en el Derecho penal*

II. Los otros casos de responsabilidad individual por el hecho colectivo en el derecho chileno: conspiración y asociación ilícita

La legislación chilena contempla dos formas o modos de responsabilidad individual por el hecho colectivo distinguibles de la conjura o coautoría en general por el hecho de que no se exija la realización del delito o delitos acordados para su sanción: la conspiración (art. 8 CPCh: "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito"), que se castiga sólo de manera excepcional, cuando la ley expresamente lo dispone para ciertos casos particulares (ciertos delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, tráfico de drogas, lavado de dinero, terrorismo, genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra); y la asociación ilícita (art. 292 CPCh: "toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades", que "importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse"), y que se castiga especialmente también tratándose de tráfico de drogas, lavado de dinero, terrorismo, genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.[9]

Respecto del nexo o vínculo entre los intervinientes en el hecho colectivo, tratándose de los casos de conspiración y asociación ilícita, éste lo constituye la existencia de un acuerdo de voluntades o concierto para la ejecución de un delito determinado (conspiración),[10] o para organizar una asociación con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades (asociación ilícita).[11]

Además, como las reglas generales de determinación de penas de los arts. 50 y siguientes del Código penal no distinguen entre quienes son autores de un hecho colectivo y quienes lo son de

internacional, Santiago, Tesis Uch, 2009, especialmente las pp. 137-152; y METTRAUX, *The Law of Command Responsability,* Oxford/New York, Oxford University Press, 2009.

[9] POLITOFF LIFCHITZ/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general,* 2.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 2004, pp. 395-444, especialmente, pp. 391-393 (*conspiración y asociación ilícita*), pp. 415-419 (*coautoría*).

[10] MERA, "La conspiración", en COUSO/HERNÁNDEZ, *Código penal comentado,* Santiago, Thomsom Reuters, 2011, pp. 173-176.

[11] Según GRISOLÍA, "El delito de asociación ilícita", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 31, n.º 1, 2004, p. 76, organizarse "en torno de un objetivo común que comprende la finalidad de cometer delitos". El hecho de que el vínculo u organización que presupone una *asociación ilícita* resulta exclusivamente o en primer lugar del acuerdo de voluntades de sus miembros es precisado por GUZMÁN al sostener que se trata de un *delito de expresión,* en el sentido propuesto por Kern, el cual se comete "*mediante una declaración provista de contenido*": "el acuerdo de asociarse", cuyo resultado no es otro que el "quedar asociados" (GUZMÁN, *Estudios y Defensas Penales,* Santiago, Legal Publishing, 2005, pp. 43 ss). Dada esta característica, lleva razón ETCHEBERRY cuando sostiene que "a veces es difícil distinguir lo que es una asociación ilícita de un simple concierto o conspiración para delinquir" (ETCHEBERRY, *Derecho penal,* t. IV, 3.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1998, p. 317).

un hecho individual —al imponerles a todos por igual la pena asignada por la ley para el delito consumado y las rebajas que allí se establecen para los casos de tentativa y frustración—, habrá que concluir que, general y normativamente, la ley chilena no distingue a efectos de estimar la gravedad de un hecho entre uno de carácter individual y otro de carácter colectivo, salvo excepcionalmente, cuando se permite el castigo de la asociación ilícita con independencia de los delitos que se cometen con motivo u ocasión de su organización (art. 294 bis CPCh), y en ciertos casos en que la actuación grupal se pueda estimar como una agravante, sea la genérica del art. 12 N° 11 (ejecutar el delito "con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad") o una especial, p. ej., la del N° 3 del art. 456 bis, cuando se agravan las penas de los delitos de hurto y robo si son "dos o más los malhechores", la del N.° 2 del art. 368 bis ("ser dos o más los autores del delito"), y la de la letra a) del art. 19 de la Ley N° 20.000, que agrava las penas en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes "si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes".

III. Responsabilidad individual por el hecho colectivo en el derecho español: conspiración, asociación ilícita, organizaciones y grupos criminales

En España, la primera codificación de 1822 definía en su art. 4º la conjuración "para cometer un delito", como "la resolución tomada entre dos o más personas para cometerlo", imponiendo su castigo sólo en casos determinados excepcionalmente. Y tras los sucesivos vaivenes legislativos (que incluyeron, en el siglo XX, varias etapas de castigo general de toda conspiración) hoy se sanciona en el texto del art. 17.1 Código Penal Español (CPE), que la define como el hecho que "existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo", y se la sanciona excepcionalmente —al igual que en Chile— cuando recae en el concierto para cometer ciertos delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, terrorismo, tráfico de drogas y el lavado de dinero. No obstante, incluye también la ejecución de ciertos delitos comunes, tales como el homicidio y el asesinato, las lesiones, las detenciones ilegales y secuestros, la trata de personas, el robo, la extorsión, la estafa y la apropiación indebida.

Según la doctrina y jurisprudencia española, la conspiración puede verse también como una forma de coautoría anticipada de un delito concreto. Ésta se castiga, según el texto del art. 28.1 CPE, declarando autores de un delito determinado a "quienes realizan el hecho conjuntamente". La ley española no ofrece criterios normativos para determinar cuándo un hecho "se realiza

conjuntamente" y con ello resolver el problema de la imputación del hecho conjunto a quien ha realizado sólo una parte de éste. La doctrina y jurisprudencia suplen esta falta con la adopción mayoritaria, al igual que en Chile, del principio de la imputación recíproca fundado en el acuerdo previo o decisión conjunta. Además, se han adoptado otros criterios "extralegislativos" para afirmar la distinción entre la colaboración en un hecho conjunto de la mera participación en uno ajeno, tales como la exigencia de que los coautores realicen una parte relevante del hecho y tengan sobre éste un dominio funcional, en el sentido de que exista una división de funciones con señorío sobre la realización o no del hecho.[12]

La legislación española —como la chilena— también castiga de antiguo las asociaciones ilícitas, pero aunque ahora la descripción del art. 515 N.º 1 CPE hace referencia como la chilena a la comisión de delitos como objeto ilícito de la asociación ("las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada"), los primeros textos dieciochescos castigaban más bien las sociedades secretas y las que se formaban sin permiso de la autoridad.[13] Asimismo, el CPE actual establece agravaciones para la realización en grupo o de manera organizada de ciertos delitos particulares en casos similares a la legislación chilena (la corrupción y prostitución de menores, el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales), pero además, en los delitos de terrorismo, trata de personas, descubrimiento y revelación de secretos, alteración del precio en las subastas, contra la propiedad intelectual e industrial y falsificación de moneda.

Sin embargo, la mayor diferencia de la regulación española con la chilena en el tratamiento de la responsabilidad individual por el hecho colectivo es la reciente introducción por la Ley Orgánica N.º 5/2010 de los delitos de promoción, constitución, coordinación o dirección de una organización criminal común o terrorista, la participación activa en éstas y la cooperación económica o de cualquier otra clase con ellas y del delito de constitución, financiamiento e

[12] MOLINA FERNÁNDEZ, *Memento Penal,* Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 275 y 300 ss.

[13] PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado,* t. II, Madrid, Saunaque, 1848, p. 254 ss. Con la reforma de 1870 recién apareció con claridad en el entonces art. 198 el concepto de asociación ilícita como aquella que tiene por objeto la comisión de delitos, pero se mantuvieron también como tales las "contrarias a la moral", concepto que sirvió para una extensiva aplicación de penas en razón de considerarse tales las asociaciones de obreros de carácter anarquista y socialista, como puede verse en las *cuestiones* que se plantean por VIADA, *Código Penal Reforma de 1870,* t. II, 4.ª ed., Madrid, Fe, 1890, pp. 82 ss.

integración de un grupo criminal, hechos contemplados en los nuevos arts. 570 bis y ter y 571 CPE.

La incorporación de estas nuevas figuras se ha justificado en parte por la necesidad de adecuar la legislación española a las exigencias de la Decisión Marco del Consejo de Europa del 24 de octubre de 2008 (2008/841/JAI), relativa a la lucha contra la delincuencia organizada,[14] y en parte por la insatisfacción del legislador español por el escaso empleo de los delitos de asociación ilícita para el castigo de aquellas agrupaciones formadas para delinquir. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica N.º 5/2010 señala en su acápite XXVIII que "el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales", amén de "la escasa aplicación del vigente artículo 515 del Código Penal, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas".

Así las cosas, el Código español define ahora la organización criminal como "la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas". En tanto, un grupo criminal sería "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas". Consciente de la posibilidad de que estas definiciones se superpongan a los supuestos de conspiración y asociación ilícita, se agrega una cláusula de alternatividad expresa en el art. 570 *quater,* según la cual se aplicará la pena más grave en el caso concreto "cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código", según dispone el N.º 4 del art. 8º CPE. [15]

[14] Justificación que rechaza GARCÍA DEL BLANCO, diciendo que se trata más bien de una excusa y que lo que dicho acuerdo marco impone bien podría haberse logrado con modificaciones menores a la legislación antes existente (GARCÍA DEL BLANCO, "Comentario", en MOLINA FERNÁNDEZ, *supra* nota 12, p. 1646).

[15] Para un análisis doctrinal, véase LUZÓN CÁNOVAS, "La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales", en *Revista El Derecho,* Lefebvre, 2011. Disponible en: http://www.elderecho.com/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

De lo dicho hasta ahora, la primera diferencia objetiva entre el delito de asociación ilícita y los de organizaciones y grupos criminales radicaría en que éstos no requerirían la adopción de ninguna forma jurídica ni material semejante a la de una asociación lícita. Bastaría la simple agrupación o unión de dos o más personas, diferenciándose la criminalidad organizada del grupo criminal, según el texto legal, tanto por su permanencia y estabilidad en el tiempo, como por la división de tareas que acarrea. Ambas compartirían, eso sí, el vínculo subjetivo o elemento tendencial que distingue una agrupación o unión de la simple reunión física o casual de dos o más personas: el acuerdo para la comisión de delitos o reiteración de faltas.

Y respecto de la conspiración, objetivamente, la diferenciación estaría dada por el número de intervinientes: los nuevos delitos requieren un número de tres o más personas, mientras para la conspiración basta con dos; y subjetivamente, mientras la conspiración se refiere a la comisión de un delito determinado, la organización y el grupo criminal se extienden, según la definición legal, a la comisión de una pluralidad de delitos o faltas cuya determinación al momento de conformarse la organización o grupo no parece ser una exigencia legal.

IV. Responsabilidad individual por el hecho colectivo en el derecho alemán: complot, conspiración y asociaciones criminales

En Alemania se produjo una evolución similar a la española, aunque sin llegar a incorporar nuevas figuras, sino que fueron ampliados y modificados los delitos de *conspiración* (el antiguo *Komplott*) y asociación criminal.

Así, el *Komplott* era concebido en el siglo XIX como "el concierto de varias personas para la comisión de uno o varios delitos determinados". Fue sancionado primitivamente en el § 83 del *RStGB* de 1871 sólo respecto de los delitos de alta traición y de otras figuras especiales relativas principalmente al orden y a la seguridad pública, incluía los delitos aduanerosy también era considerado en algunas leyes especiales como circunstancia agravante.[16] Quizás por ello los textos de la época no hiciesen otra mención a su respecto que su definición y explicación de los escasos casos aplicables sin mayor desarrollo de sus particularidades.[17] Se llegó a afirmar a principios del

[16] VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal,* t. III (trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA), Madrid, Reus, [1929] (atribución de fecha de la Biblioteca Nacional de España; el texto impreso no tiene la fecha en su pie de imprenta)

[17] Así, por ejemplo, MERKEL, *Derecho penal, Parte general* (trad. Pedro DORADO MONTERO), Montevideo, B de F, 2004, p. 141.

siglo XX que, salvo esas escasas excepciones, el "complot y la banda son formas de autoría plural que no tienen espacio en el derecho vigente".[18]

Sin embargo, el *Komplott* o concierto para cometer un crimen *(Verabredung zu einem Verbrechen)* empezó prontamente a ser considerado en diferentes proyectos de reforma como una forma de anticipación del castigo de la coautoría equivalente a la *instigación fracasada* para cometer un delito, comprendida en el famoso Parágrafo Duchense, § 49 a RStGB, incorporado al Código imperial tras la declarada pero tanto fracasada como impune instigación de matar al káiser hecha al Obispo de París por el ciudadano belga Duchesne-Poncelet en 1873.

El primero de dichos proyectos fue el de la Sociedad de Estudios Jurídicos de Múnich, del año 1922. Y ya en ese mismo año se aprobó la incorporación de un nuevo § 49 b para sancionar la conspiración para cometer asesinato, introducido por el § 25 de La Ley de Protección de la República del 21 de julio de 1922. Dicha disposición fue luego modificada por el Decreto del Presidente del Reich para la Conservación de la Paz Interior del 19 de diciembre de 1932, cuyo § 9.1 extendió la penalidad de la conspiración a todo delito contra la vida y a todo delito que supusiera un atentado contra la vida y también la asociación y el apoyo a la asociación con tales fines.

Durante el nacionalsocialismo, esta disposición fue derogada para incorporar una norma general de castigo a toda conspiración para cometer crímenes en el § 49 a, por el art. 1º del Decreto de Actualización del Derecho Penal de 29 de mayo de 1943, que extendía la penalidad (idéntica a la del instigador y con una atenuación facultativa) a las "tratativas serias" que no llegasen a ser propiamente conspiración (*ernsthafte Verhandlungen*).[19]

Al término de la dictadura nazi, sin haber sido modificada esta disposición por el Consejo de Control, la judicatura entendió que no era resultado exclusivo del pensamiento nacionalsocialista y la dio por válida hasta que el art. 2.8 de la 3ª Ley de Modificación del Derecho Penal, del 4 de agosto de 1953 suprimió la penalidad de las "tratativas serias", y mantuvo el carácter general del castigo de la conspiración para cometer crímenes, aunque con penas sensiblemente inferiores a las

[18] MAYER, *Derecho penal. Parte general* (trad. Sergio POLITOFF LIFCHITZ), Montevideo, B de F, 2007, p. 478.
[19] Sobre el resto de las *actualizaciones* que supuso esta ley para unificar el derecho penal del antiguo y el nuevo Reich en el marco de la ideología nacionalsocialista, entre ellas, la igualación del castigo de la tentativa al de la consumación, véase VORMBAUM, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung von 29. Mai 1943, Materialen,* Berlín, LIT, 2011.

previstas por la reforma nazi. Luego, el art. 1º de la 2ª Ley de Reforma del Derecho Penal, del 4 de julio de 1969, en vigor desde el año 1975, le dio a la figura su ubicación definitiva en el actual § 30.II, aumentó la posibilidad de reducir la pena del hecho y le dio su actual configuración, donde se incrimina al que "se pone de acuerdo con otro para cometer un crimen (*Verbrechen*) o para inducir a su perpetración".[20]

La configuración básica de la conspiración quedaría así ya fijada en 1953 y por eso es válida aun a su respecto la escueta definición de MAURACH, según la cual el "concierto criminal presupone el acuerdo volitivo, de al menos dos personas, para la comisión de un crimen determinado en sus líneas básicas",[21] aunque no en la precisión de los detalles, acuerdo que según la doctrina dominante representaría una etapa preparatoria de la coautoría y requeriría, para ser punible, ser serio e incondicional aunque sea posible objetivamente su realización.[22]

En cuanto a las asociaciones criminales, en un principio los §§ 128 y 129 RStGB 1871 se limitaban a castigar la participación en las llamadas sociedades secretas, [23] cuya persecución tenía un marcado tinte político, hasta que la (primera) Ley de Modificación del Derecho Penal del 30 de agosto de 1951 fijó los pilares de la legislación que hasta ahora rigen en la materia e hizo punible el fundar, pertenecer, apoyar o fomentar el establecimiento de asociaciones que tengan por finalidad la comisión de delitos. Se introdujo explícitamente la distinción entre los simples miembros y los "dirigentes" y "hombres de atrás", lo que permitió en el primer caso no imponerles penas si su participación era limitada o subordinada y aumentó las penas para los segundos. También se incorporó una regla expresa de desistimiento que podría llevar a abstenerse de la pena o a imponer una más reducida.

Posteriormente, la 8ª Ley de Modificación del Derecho Penal, del 25 de junio de 1968, derogó el § 128 y suprimió así todo vestigio del antiguo delito de formación de sociedades secretas. Tras sucesivas reformas, el actual § 129 extiende también el castigo a quien, sin ser miembro de la asociación criminal, promueva la incorporación de otros miembros o el apoyo o directamente contribuya a su mantenimiento, según la reforma introducida por el § 22.3 de la Ley

[20] Sobre la evolución histórica de este precepto, véase sobre todo BECKER, *Der Strafgrund der Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2, Alt. 3 StGB,* Berlín, De Gruyter, 2012, pp. 29-36.

[21] MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (trad. José CÓRDOBA RODA) Barcelona, Ariel, 1962, p. 393.

[22] WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 43.ª ed., Múnich, Müller, 2013, p. 223.

[23] MEZGER, *Derecho penal, Libro de Estudio* (trad. Conrado FINZI), 4.ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959 [1954], p. 384.

para Regular el Ejercicio del Derecho de Asociación, del 5 de agosto de 1964. Es de notar que, a pesar de la relativa permanencia en el tiempo del núcleo central de estas figuras conforme a la redacción dada en 1951, la doctrina alemana entiende que es compatible con las directivas de la Unión Europea y especialmente con la Decisión Marco de la Unión Europea de 2008. Se han practicado sólo modificaciones marginales para su aplicación respecto de los delitos que allí se mencionan (incluyendo la creación de la figura de la organización criminal terrorista, §129a StGB y de hechos realizados por organizaciones con sede en el extranjero, §129b StGB).[24]

Es por ello que la interpretación dominante de estas figuras no parece distanciarse de la que se ofrece en España para las organizaciones criminales, a pesar de que el BGH ha rechazado explícitamente interpretar las disposiciones locales de manera favorable al derecho europeo.[25] Así, se exige que la organización tenga una cierta duración en el tiempo, que esté compuesta por tres o más personas que bajo la voluntad del colectivo o sus dirigentes persigan los fines que comparten y sientan que son parte de éste.[26] De este modo, se pretende distinguir una organización de una mera banda criminal o la reunión de personas para cometer delitos. El carácter plural e indeterminado de los delitos que se pretenden cometer distingue la organización criminal de la conspiración del § 30 StGB.[27] Y la organización se distingue de los delitos que se cometen, los cuales se castigan de manera independiente de la organización criminal, y se discuten únicamente las reglas concursales que deben aplicarse, según las formas de aparición de los hechos.[28]

V. Responsabilidad individual por el hecho colectivo en el derecho italiano: impunidad general de la conspiración, asociaciones para delinquir y asociaciones mafiosas

En el derecho italiano, donde el fenómeno de la criminalidad organizada y las asociaciones paraestatales tiene larga data y es reconocido mundialmente bajo la etiqueta de "mafia", la regulación presenta ciertas variantes interesantes que apuntar.

[24] Ver, por todos, STENBERG-LIEBEN, "Comentario al §129 StGB", en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar,* 29.ª ed., Múnich, Beck, 2014, p. 1501.
[25] Con detalle, FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 61.ª ed., Múnich, Beck, 2014, p. 960.
[26] KINDHÄUSER, *Strafrecht, Besonderer Teil I,* 6.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 273, con citas jurisprudenciales en el mismo sentido.
[27] HARTMANN, "Comentario al § 129 StGB", en DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER (eds.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar,* 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 852.
[28] STENBERG-LIEBEN, *supra* nota 24, p. 1512.

En efecto, respecto de la conspiración, aunque allí —como el derecho chileno y español— por regla general, el simple acuerdo para cometer un delito determinado no es punible, según el expreso texto del art. 115 del Codice Penale (CPI), salvo los típicos casos de excepción penados por la ley (delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado), a diferencia del régimen hispano y acercándose al régimen de penalidad general de la conspiración en Alemania, el juez italiano puede imponer la medida de seguridad de libertad vigilada por un tiempo mínimo de un año a todo imputado por conspiración.[29]

Se recoge así de manera algo oblicua la tradición que desde CARRARA afirma que el acuerdo (sociedad) para cometer un delito (así como el mandato y el consejo) "no pueden considerarse por sí como tentativas del delito pactado, aconsejado o mandado, porque con ellos no se da principio a la ejecución del delito", de donde se sigue que "si no queremos perseguirlos como delitos sui generis y autónomos, no podremos imputar complicidad al mandante, al socio y al consejero, mientras el autor físico no haya realizado de su parte al menos una tentativa del delito querido".[30]

En cuanto a las organizaciones propiamente criminales, en relación con las cuales CARNEVALI señala que "los delitos asociativos han jugado un papel preponderante [para enfrentar esta clase de criminalidad], pues considerando su función de tutela anticipada, permiten sancionar la integración en la estructura organizativa de la asociación criminal, sin tener que acreditar la comisión de aquellos delitos que forman parte del programa criminal",[31] el *Codice* contempla no sólo la tradicional figura de la *associazione per delinquere* (art. 416 CPI), sino también la especial de *associazione di tipo mafioso* (art. 416 *bis* CPI), para poder dar cuenta de la especialidad de tal fenómeno, junto con otras figuras especiales de asociaciones ilícitas para cometer el delito de tráfico ilícito de estupefacientes (art. 74 del Decreto del Presidente de la República N.° 309 del 9 de octubre de 1990) y de la llamada asociación con finalidades terroristas (art. 270 bis CPI).

En lo que se refiere a la *associazione per delinquere,* el legislador italiano ha adoptado también las directrices de la antes mencionada Decisión Marco del Consejo de Europa de 24 de octubre de

[29] Art. 15, inc. 1° CPI: "*[s]alvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo.*
Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza".

[30] CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte General* (trad. José ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO), vol. I, Bogotá, Temis, 1956, § 451.

[31] CARNEVALI, "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación", en *Revista Ius et Praxis*, año 16, n.° 2, 2010, p. 289.

2008 (2008/841/JAI), especialmente en lo que concierne a los delitos respecto de los cuales dicha directiva exige una especial sanción por su comisión mediante organizaciones criminales. Por ello la tipificación no difiere sustancialmente de las regulaciones alemanas y españolas respecto de las asociaciones u organizaciones criminales, respectivamente.

El art. 416 CPI exige la asociación de tres o más personas para la comisión de una pluralidad de delitos indeterminados y castiga tanto a sus miembros como a los que la promueven, fundan u organizan. La penalidad se diferencia según el rol que cada uno cumple, de modo que los simples miembros o partícipes son favorecidos por una rebaja, mientras que los promotores, organizadores y fundadores llevan una pena mayor, así como quien de hecho es el capo de la organización. Por otra parte, aunque el carácter organizado (la duración y estructura mínima de la asociación) no se menciona expresamente en el *Codice*, ello es requerido por la jurisprudencia y la doctrina, que exigen además la vinculación subjetiva en una planificación o preordenación criminal. Así se ha resuelto recientemente que la comisión de varios delitos por los miembros de una asociación de *tifosi* de un conocido club de fútbol italiano no puede llevar a considerar dicha agrupación como una *associazione per delinquere*, si dichos delitos se cometen de manera contingente y no previsible, por no ser reconducibles a un programa criminal común preestablecido, aunque la asociación en sí permanezca en el tiempo, cuente con una estructura articulada de tipo vertical y con recursos económicos y logísticos para el cumplimiento de sus fines.[32]

Respecto de la *associazione di tipo mafioso,* es, en cambio, donde se manifiestan las principales diferencias con las regulaciones española y alemana actuales, y ello no sólo por el aumento de la penalidad prevista. En efecto, el art. 416 *bis* CPI, introducido en el año 1982 y con sucesivas reformas para adaptarlo a las exigencias de la práctica, describe las características especiales de esta clase de organización criminal y la identifica como aquella en la que sus miembros hacen uso de la fuerza de la intimidación para sostener el vínculo asociativo y de la condición de sometimiento y conspiración de silencio (*omertà*) para cometer delitos, para adquirir directa o indirectamente la dirección o el control de las actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos y servicios públicos o para obtener ganancias injustas o ventajas para sí o para otros, o con el propósito de prevenir o impedir el libre ejercicio del voto o conseguir votos para sí o para otros, con motivo de las elecciones.

[32] TRIBUNALE DI BERGAMO, 28 de febrero de 2014 (dep. 14.3.2014), G.i.p. Ingrascì, en *Diritto Penale Contemporaneo,* 15 de abril de 2014, con nota de Gian Luigi GATTA.

Por decirlo en breve, no se trata de una asociación formada para cometer delitos ni para subvertir el orden político, sino para obtener fines lícitos (incorporarse funcionalmente a la vida social) por medios ilícitos (generalmente delictivos), esto es, la fuerza, la intimidación, el sometimiento y la *omertá* o conspiración del silencio, asociaciones que por ello guardan más un parecido de familia con las antiguamente sancionadas *sociedades secretas* de los §§ 128 y 129 RStGB de 1871 que con la actual idea de *asociación* u *organización criminal*.[33] Además, el texto legal italiano reconoce expresamente el carácter mafioso de dos organizaciones muy conocidas en Italia, la *Camorra* y la *'Ndrangheta,* pero que, permaneciendo en el tiempo, no tienen sin embargo una estructura jerárquica o familiar como la *Cosa Nostra,* pero sí se valen del carácter intimidatorio del vínculo social para cumplir los fines señalados.[34]

VI. Responsabilidad individual por el hecho colectivo en el *common law* y el derecho norteamericano: *conspiracy* y *criminal enterprise* (RICO)

Según el *Black's Law Dictionary, conspiracy* es un delito independiente del que se pretende cometer, cuya definición objetiva es difícil debido a su dependencia respecto del delito al que se dirige y que básicamente tiene una "configuración mental", consistente en "*an agreement by two or more persons to commit an unlawful act, coupled with an intent to achieve the agreement's, and (in most states) action or conduct that furthers the agreement; a combination for unlawful purpose*".[35]

SAMAHA indica que dicho acuerdo (*agreement*) no tiene por qué ser escrito, en muchas jurisdicciones se acepta que sea sólo para "ayudar" en la perpetración y no necesariamente para perpetrar, e incluso que es posible una conspiración *sin consentimiento,* cuando se actúa colaborando en un designio común ya decido por otros. Además, la *conspiración* no se refiere exclusivamente a cometer *un delito determinado*, sino que puede abarcar cualquier actividad delictiva, como sucede típicamente en los casos en que la conspiración supone participar en *empresas criminales,* sancionadas en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO).[36]

[33] Discrepamos, por tanto, de la observación de CARNEVALI, *supra* nota 31, p. 285, acerca de la posibilidad de que la *omertá* pudiese entenderse como una característica de *toda* organización criminal. Ello no viene exigido en las disposiciones del derecho comparado citado y tiene en el art. 416 *bis* CPI la especial función de permitir distinguir las asocaciones mafiosas del resto de las asociaciones cirminales.

[34] DE FAZIO, "L'associazione a delinquere di tipo mafioso, ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 416 bis", en *Altalex,* 2005. Disponible en: http://www.altalex.com/documents/altalex/news/2005/04/28/l-associazione-a-delinquere-di-tipo-mafioso-la-fattispecie-di-cui-all-art-416bis-c-p [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

[35] GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary,* 8.ª ed., Minnesota, West, 2004, p. 329.

[36] SAMAHA, *Criminal Law*, 4.ª ed., Minesotta, West, 1993, p. 207.

Dos son las principales diferencias de la *conspiracy* anglosajona con la continental: primero, su carácter de aplicación general para cualquier delito en prácticamente todas las jurisdicciones.[37] Y segundo, que a diferencia del sistema continental, la *conspiracy* no es considerada un hecho de carácter preparatorio o de *anticipación de la coautoría,* sino un delito *sui generis,* que se puede castigar de manera independiente del delito acordado (se impide así la defensa de *merger,* permitida en caso de que la tentativa pase a la consumación), lo que conduce a que pueda ser aplicada tanto si el delito acordado se comete (lo que supone prácticamente duplicar la pena) como si no llega a cometerse (como *inchoate liability*), aun cuando su comisión sea *imposible.*[38] Además, se atribuye a cada conspirador *todos los hechos realizados por los concertados,* aun aquellos que exceden el concierto siempre que su comisión sea razonablemente previsible en el contexto del delito para el que se conspira (la doctrina *Pinkerton*).[39] Quizás lo único que resta parecido al sistema continental, aparte de la definición, es el hecho de permitir el desistimiento, siempre que sea activo y evite la comisión del hecho concertado.[40]

En cuanto a las empresas criminales, ya hemos señalado que la existencia de la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), incorporada en 1970 al Cap. 18 del US *Code,* § 1961, amplió el campo de aplicación de las conspiraciones y, básicamente, permite además el castigo de toda persona que se involucra en una *empresa criminal,* sea aprovechándose de los bienes obtenidos por o a través de una empresa criminal, sea adquiriendo o manteniendo, directa o indirectamente, interés o control de cualquier empresa criminal, sea empleándose en ella o asociándose con ella para cualquier actividad, sea conspirando para realizar cualquiera de los hechos anteriores. Para los efectos de esta ley, una empresa criminal es cualquier entidad legal, sea individual o colectiva, corporación o asociación, y cualquier unión o grupo de individuos asociados de facto, cuyas actividades consistan en cometer o amenazar con cometer delitos ciertos

[37] En los Estados Unidos, según LAFAVE, al año 2000 sólo en Alaska la recodificación no había incorporado el crimen independiente de conspiración (LAFAVE, *Criminal Law,* Minesotta, West, 2010, p. 573).
[38] KATYAL, "Conspiracy Theory", en *Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, pp. 1370 ss.
[39] CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, "Pinkerton v. United States", 10 de junio de 1946, 328 U.S. 640 (1946): "a conspirator is liable for any crimes committed by his coconspirators that were both reasonably foreseeable and in furtherance of the conspiracy". Detalladamente sobre los límites de esta doctrina, véase, KREIT, "Vicarious Criminal Liability and the Constitucional Dimensions of Pinkerton", en *American University Law Review*, vol. 57, 2008, p. 585-639.
[40] CORTE DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS, 11º circuito, "United States v. Dabbs", 134 F. 3d 1071, 1083 (11th. Cir. 1998).

graves, tales como el asesinato, secuestros, lesiones, incendios, apuestas, robos, extorsión, tráfico de drogas o explotación sexual.[41]

VII. Crítica, justificación y límites de la responsabilidad individual por el hecho colectivo en la doctrina comparada y chilena

PACHECO afirmaba al comentar en 1848 el texto del CPE de ese año que la conspiración es una palabra de la que "se ha abusado horriblemente; si no en los delitos privados y comunes, á los cuales en el idioma vulgar jamás se aplica, sí en los delitos políticos, de los cuales es la rama más fructuosa".[42] Más de un siglo después, sostenía JIMÉNEZ DE ASÚA que "la penalización de la proposición y la conspiración es el barómetro que indica el grado de liberalismo o reacción que goza o sufre el país en que se contienen esas disposiciones".[43] La historia de la expansión del castigo de la conspiración en el derecho penal alemán, justamente durante el período más álgido de la dictadura nacionalsocialista pareciera dar la razón a estas prevenciones. En los Estados Unidos de América, una de las críticas frecuentes a la *conspiracy* es, en este mismo sentido, el abuso que de ella pueden hacer los fiscales y el peligro que supondría para los derechos consagrados en la primera enmienda, particularmente la libertad de asociación política y sindical.[44]

Sin embargo, contra ello hay que decir que el castigo amplio de la conspiración para cometer delitos graves no parece constituir *per se* un barómetro del carácter más o menos democrático y liberal de una sociedad, como lo demuestra el simple hecho de su larga tradición en el *common law* de Inglaterra y los Estados Unidos de América, sociedades que tendrán defectos pero que difícilmente pueden caracterizarse como poco democráticas y faltas de garantías procesales y penales, a pesar de los eventuales abusos que algunos funcionarios realicen (los cuales, de existir, serían un problema contingente y no del sistema, que tiene en el proceso acusatorio y sus garantías un límite bien fuerte para tales eventuales abusos, aunque a veces desde dentro no pueda apreciarse porque faltan los puntos de comparación que tenemos los de fuera).

[41] Sobre el origen y aplicación de esta ley especialmente a los casos de las *Mafias, Terrorismo* y *Delitos de Cuello Blanco,* véase BLAKEY, "RICO: The Genesis of an Idea", en *Trends in Organized Crime*, vol. 9, 2006, pp. 8-34.
[42] PACHECO, *supra* nota 13, p. 112.
[43] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal,* t. VII, Buenos Aires, Losada, 1970, p. 268.
[44] JOHNSON, "The Unnecessary Crime of Conspiracy", en *California Law Review,* vol. 61, 1973, p. 1139. Para la situación actual, tras los atentados a las Torres Gemelas, véase también SIESSEGER, "Conspiracy Theory: The Use of the Conspiracy Doctrine in Times of National Crisis", en *William & Mary Law Review*, vol. 46, Issue 3, 2004, pp. 1177-1218.

En Alemania misma, como ya se dijo, la reforma de 1943 venía precedida de proyectos y reformas de la época de la República de Weimar en similar sentido y hay que tener bien en cuenta que tanto el Consejo de Control como los tribunales y la doctrina no consideraron al término de la guerra que el castigo de la conspiración para cometer delitos graves fuese una representación del pensamiento propiamente nacionalsocialista. Al respecto, POLITOFF LIFCHITZ cita a VON HIPPEL, un personaje anterior y ajeno al embrujo nacionalsocialista, para quien los casos "especialmente graves de actos preparatorios" justificarían que "el *complot* y la banda de malhechores" fuesen incriminados, especialmente frente a la "criminalidad habitual y profesional" y "como tutela contra los delitos políticos".[45]

Normativamente, además, existen Convenciones Internacionales y Decisiones Marco de la Unión Europea que establecen la obligación de sancionar la *criminalidad organizada,* y cuya legitimidad, frente a los sistemas jurídicos locales, no parece estar en discusión.

Así, por ejemplo, la citada Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada y planteada conscientemente dentro del marco del respeto a los principios de proporcionalidad y respeto de los derechos reconocidos por la Unión, señala que "la peligrosidad y la proliferación de las organizaciones delictivas requieren una respuesta eficaz a las expectativas de los ciudadanos y a las necesidades de los Estados miembros" y decide que "todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito a uno o ambos de los siguientes tipos de conducta relacionados con una organización delictiva:[46]

> a) la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de

[45] POLITOFF LIFCHITZ, "La conspiración para cometer delitos previstos en la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes", en POLITOFF LIFCHITZ/MATUS A. (coords.), *El tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia,* Santiago, Conosur, 1999, p. 98.

[46] Por organización delictiva se entiende, según el art. 1 de la Decisión Marco, "una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aun más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material". Y se agrega que una *asociación estructurada* es "una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada".

> la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización;
>
> b) la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aun cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad".

De alcance más global, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (la "Convención de Palermo"), promulgada en Chile por Decreto Supremo N.º 342 de 16 de febrero de 2005, obliga a sus suscriptores, en el art. 5.1, a adoptar "las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

> a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:
>
> i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;
>
> ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado[47] o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

[47] Por grupo delictivo organizado entiende el art. 2 a) de la Convención "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material"; y su letra c) define *grupo estructurado* como "un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada".

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado".

Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria de los países de nuestra órbita cultural tienden a aceptar la existencia de las figuras de conspiración, asociación ilícita u organización criminal, ofreciendo justificaciones y límites de acuerdo a sus concretas configuraciones legales.

Así, por ejemplo, en Alemania, la doctrina actualmente dominante prefiere adoptar una perspectiva basada en la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, y ofrece una propuesta diferenciadora que al mismo tiempo justificaría la existencia de ambas figuras por separado y permitiría explicar las diferencias existentes entre ambas, extrayendo de allí distintas consecuencias para el tratamiento penal de uno y otro caso.

En efecto, allí la doctrina dominante afirma que el delito de conspiración del §30.II StGB sería una anticipación de la coautoría de un delito determinado, que por tanto sólo afectaría el mismo bien jurídico que el delito que se acuerda. De lo anterior se deduciría que el concierto de voluntades, aunque no sea del todo preciso ni explícito, debe referirse precisamente a tomar parte como coautor de un delito determinado en sus elementos esenciales, ser serio y no condicional. Por tanto, el acuerdo para participar como cómplice en el delito de otro no sería punible. Tampoco lo sería el que se obtiene mediante coacción. Un acuerdo para realizar un hecho mediante supercherías (como llamar a los muertos, por ejemplo), tampoco sería punible. Además, la punición de la conspiración sería siempre subsidiaria de la de los hechos que se acuerda cometer, por lo que no se aplicaría esta disposición desde el momento en que los hechos puedan ser castigados como tentativa de cometer el delito que se acuerda y, por cierto, tampoco si tal delito efectivamente se comete.[48] También por el hecho de considerar la conspiración una forma de anticipación o tentativa de coautoría, tratándose de una conspiración inidónea para pasar a la

[48] Cf., por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* t. II, Múnich, Beck, 2003, pp. 303-310.

etapa de ejecución, la doctrina mayoritaria entiende que, por expreso mandato legal, puede castigarse de todos modos, de la misma forma que la tentativa inidónea puede castigarse según el §23 III, StGB.[49]

En cambio, la asociación criminal sería, según la doctrina mayoritaria, un delito autónomo que protegería bienes jurídicos diferentes a los de los delitos particulares que se pretende cometer, a saber, el orden, la seguridad y la paz pública, entendida objetivamente como un estado donde existe seguridad jurídica y la garantía de la pacífica vida en común entre los ciudadanos, acompañados de la confianza subjetiva en el mantenimiento de esas condiciones. De allí que la sola existencia de una asociación criminal, tanto local como extranjera, por su propia dinámica y estructura interna, representaría un peligro potencial (abstracto) para esos bienes jurídicos que por ello se sancionaría de manera autónoma. Pero para que tal peligro sea punible según este punto de vista, la *existencia de la asociación criminal* debe ir más allá de un simple acuerdo de voluntades y de allí sus exigencias: su estructura, (voluntad de) permanencia en el tiempo y que a ella pertenezcan más de tres miembros, para cuyo castigo se requiere que hayan realizado alguna actividad de apoyo a la organización bajo el designio criminal común. Por lo mismo, la ley permite imponer penas más graves a quienes juegan un rol de dirección en su estructura, de manera abierta (*Rädelsführer*) o encubierta (*Hintermänner*), al mismo tiempo que permite abstenerse de castigar a los miembros que no participan activamente o cuya contribución a la estructura y actividades de la organización es insignificante.

De otro lado, como delito autónomo, la consumación del delito de asociación criminal no requeriría la realización de ningún acto ejecutivo en relación con los delitos propuestos (cuya determinación tampoco es exigida) y, por lo tanto, se entiende que no es una figura subsidiaria como la del § 30.II y su concurrencia con los delitos propuestos se debiera castigar según las reglas concursales aplicables en cada caso (por regla general, concurso real).[50] Con todo, se reconoce la existencia de algún vínculo entre la conspiración de ese §30.II y la asociación criminal cuando se estima que ésta representa una peligrosidad aumentada frente a aquélla, pues su estructura permitiría reducir el sentimiento de responsabilidad individual de cada uno de sus miembros y al mismo tiempo estimularía la desinhibición para cometer delitos, por lo que esa específica

[49] WESSELS/BEULKE/SATZGER, *supra* nota 22, p. 223.
[50] STENBERG-LIEBEN, *supra* nota 24, pp. 1500-1512.

dinámica interna desplazaría la conspiración a un estadio preparatorio de la asociación criminal, no punible de manera independiente.[51]

En Chile, POLITOFF LIFCHITZ sostiene esta misma interpretación diferenciada entre los presupuestos de la conspiración en el CPCh y los de la *conspiracy* anglosajona (diferenciación que puede aplicarse, *mutatis mutandi,* a las relaciones entre conspiración y asociación ilícita, suponiendo en ésta un equivalente funcional —aunque con muchas mayores exigencias— de la *conspiracy*): la conspiración "pertenece a los actos preparatorios", y "no se trata de un tipo delictivo autónomo" como la *conspiracy* anglosajona, sino de un convenio para "coejecutar el crimen o simple delito". En consecuencia, agrega, no cabe la punibilidad de la tentativa, inducción, complicidad o encubrimiento de la conspiración, "la pena de la conspiración es subsidiaria de la que corresponda al hecho principal desde que haya principio de ejecución", es necesario el acuerdo de voluntades, y no es punible la incriminación de "una conspiración en rueda o en cadena".[52]

Pero también hay posturas unitarias para entender y explicar la penalización de estas figuras. En Chile, por ejemplo, Gonzalo MEDINA ha propuesto adoptar al efecto la idea de comprender todos los delitos de organización dentro de una categoría superior: los *delitos de preparación.* En consecuencia, según MEDINA, el "carácter autónomo del injusto" en los delitos de asociación ilícita consistiría en la "creación de un estado de organización criminal que puede ser aprovechado por sus miembros o por terceros, para facilitar, posibilitar o asegurar la comisión de los hechos punibles futuros de la asociación".[53]

No obstante lo anterior, todavía es posible encontrar posturas minoritarias que ofrecen varios grupos de razones ajenas a la normatividad positiva local e internacional y que se alegan no para "legitimar" sino más bien para "deslegitimar" completa o parcialmente las formas concretas que debieran adquirir las disposiciones que castigan los hechos colectivos o delitos de organización.

[51] KINDHÄUSER, *supra* nota 26, p. 273.
[52] POLITOFF LIFCHITZ, *supra* nota 45, pp. 102-104.
[53] MEDINA S., "El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico", en MAÑALICH (coord.), *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro Homenaje a los Profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile,* Santiago, 2013, pp. 499-503. La categoría de los *delitos de preparación* no es original del autor y tiene antecedentes y defensores en la doctrina alemana, particularmente en WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte,* Berlín, Duncker & Humblot, 2000.

Una crítica absoluta de carácter unitaria a estas configuraciones legales que parte de la propia idea del respeto a las garantías constitucionales, especialmente de la propia concepción del debido proceso, es la de FERRAJOLI, quien propone abiertamente la derogación de todos los delitos de conspiración y asociación ilícita. Según FERRAJOLI, la existencia de estos delitos implicaría "duplicar la responsabilidad por los delitos comunes de los que son solo un medio, o bien operan, de hecho, como delitos de 'sospecha' que ocupan el lugar de otros más concretos no sometidos a juicio por falta de pruebas, con la consiguiente violación de todas las garantías procesales".[54]

Por su parte, la crítica "filosófica" y también unitaria al castigo de la conspiración y asociación desde el punto de vista de quienes afirman el retribucionismo como única "justificación" del castigo penal apunta en la misma dirección de considerarlo absolutamente "ilegítimo": "la conducta criminal debe ser medida por su naturaleza y efectos, no por el carácter o número de aquellos cuyos actos producen el efecto".[55]

A su vez, desde el punto de vista de la teoría de los bienes jurídicos, y adoptando una teoría diferenciadora, BECKER pretende distinguir la conspiración de la asociación criminal y estima que mientras la última protege un bien jurídico diferente (la "paz pública") la conspiración sólo protegería el mismo bien jurídico del delito que se concierta, pero representaría un punto tan alejado de su lesión o puesta en peligro, que no sólo debe tener efectos diferenciados de la asociación criminal, sino que su castigo sería del todo ilegítimo y el § 30 StGB completo debiera ser derogado. Según BECKER, no se puede encontrar en la conspiración un hecho que cree por sí mismo un estado o fuente de peligro generalmente reconocido para dicho bien jurídico (de manera que no puede considerarse un delito de peligro abstracto); tampoco un supuesto que pueda servir de manera independiente de la conducta posterior de los conspiradores o terceros como delitos de peligro de preparación de la comisión de otros delitos por parte de terceros, pues la ley consideraría la conspiración acertadamente un acto preparatorio de otro delito, no un delito

[54] FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ *et al.*), Madrid, Trotta, 1995, p. 479.

[55] SAYRE, "Criminal Conspiracy", en *Harvard Law Review, v*ol. 35, 1922. El *argumento del número* es también usado en Chile para restringir el ámbito de aplicación de la agravante del art. 456 bis N° 3 CP ("ser dos o más los malhechores") como puede leerse, por todos, en CARNEVALI/KÄLLMAN, "La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del art. 456 bis N° 3 del Código Penal chileno", en SCHWEITZER W. (ed.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos,* Santiago, Finis Terrae, 2010, pp. 47-77. Allí se lee que el "mayor peligro para la víctima" "no se explica por una cuestión de orden numérico, esto es, que sólo se considere el número de los que concurren en la comisión del hecho punible" (p. 65).

de preparación independiente, como sí lo haría con las asociaciones ilícitas; y mucho menos un hecho que en sí mismo signifique un aumento del peligro de realización del delito acordado.[56]

Todos estos puntos de vista chocan, sin embargo, con la necesidad de aceptar los dos presupuestos básicos de la argumentación crítica: primero, que la conspiración y la asociación criminal (o sólo la primera, en el caso de BECKER) son sólo un medio o anticipación de un delito común principal, que es el único objeto "legítimo" de la persecución criminal. Pero, con independencia de si tal desiderátum nos parece aceptable o no de *lege ferenda*, lo cierto es que las constituciones modernas no establecen la limitación propuesta. Es más, en estricto rigor, es difícil considerar contrario a los sistemas de garantías realmente existentes el castigo penal por las diferentes formas de conspiración o asociación ilícitas, dado que cuando algunas constituciones incluyen como un derecho fundamental el de asociarse sin permiso previo, como hacen el N.º 15 del art. 19 de la CPR de Chile y el art. 9 de la Ley Fundamental de Alemania, allí mismo se prohíben las asociaciones "cuyos fines o cuyas actividades sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos", como hizo el constituyente alemán,[57] o más ampliamente, las "contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado", como hizo el chileno.

Por su parte, el art. 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también aceptan restricciones legales al ejercicio del derecho de asociación, siempre "que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás", amplísima numeración que sin duda contempla la posibilidad de castigar las asociaciones (incluyendo las conspiraciones) contrarias al orden público, donde se ubica el derecho penal, que tiene también por función "proteger" los "derechos y libertades de los demás". Tampoco en el sistema norteamericano su Corte Suprema ha estimado que la *conspiracy* y sus particularidades puedan ser consideradas inconstitucionales.[58]

[56] BECKER, *supra* nota 20, pp. 167-171 y 216-217.
[57] Y por lo mismo el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró en su sentencia del 7 de septiembre de 1977 que es compatible con la Constitución el § 129, StGB y, además, su castigo como un delito autónomo en concurso con los delitos particulares que se cometiesen (*BVerfG*, t. 45, p. 434).
[58] Véase, por todas, CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, "United States v. Recio", 21 de enero de 2003, 537 U. S. 270 (2003), donde incluso se afirma que la conspiración imposible por haber sido descubierta es punible.

El segundo presupuesto de estas teorías críticas es que al probarse el hecho de la conspiración y organización criminal se estarían violando garantías procesales, el debido proceso, al anticiparse por esa vía el castigo de un hecho que no se ha probado (el delito que se proponían cometer los concertados u organizados). Sin embargo, esta crítica sería válida sólo si se acepta que no puede amenazarse con pena la conspiración y la proposición de manera autónoma, lo cual como vimos no está prohibido constitucionalmente. Si la sanción de dichas figuras es autónoma, su enjuiciamiento y prueba no depende de que se pruebe o no otro hecho diferente (el delito concertado o aquel para el cual se organizan los inculpados), sino de que en el proceso concreto se rindan las pruebas lícitas correspondientes con posibilidad de contradicción, lo cual es contingente a cada caso y no una característica esencial de la prueba de la conspiración y la participación en organizaciones criminales.

Lo que aquí se quiere discutir es la validez de la introducción de ciertas técnicas de investigación que se pueden estimar como útiles para investigar esta clase de delitos, como los agentes encubiertos y las escuchas y vigilancia electrónicas. Pero la legitimidad de estas medidas de investigación está dada por su configuración legal, esto es, por la existencia o no de controles judiciales efectivos y tal discusión es independiente del establecimiento de las figuras penales en cuestión. Es más, si dichas medidas de investigación son de discutible aplicación en estos casos, también lo serían respecto de los otros casos en que se utilizan (drogas, pornografía infantil, trata de personas, etc.), lo que demuestra lo dicho: su legitimidad es un asunto diferente al del castigo como delito de la conspiración y la organización u asociación criminal.

Desde otra perspectiva, JAKOBS considera que el mero acuerdo a través de una comunicación privada es insuficiente para fundamentar la sanción de la conspiración y de la asociación criminal, pues aceptar tal planteamiento supondría limitar de tal manera la esfera privada del ciudadano en pos de la protección de bienes jurídicos, que ello conduciría a tratarlo como enemigo. En consecuencia, por regla general, las anticipaciones de punibilidad previstas en los §§ 30.II y 129 serían simples manifestaciones de un derecho penal de enemigos, si el castigo por la conspiración o la asociación criminal no se fundamenta en primer lugar en la existencia de una conducta que pueda interpretarse *ex re* como perturbadora, esto es, al menos como un anuncio (público) de la intención de la banda de arrogarse en el futuro ámbitos de organización ajenos mediante una comunicación por medio de amenazas o de la ejecución de sus propósitos criminales, "de tal modo" "que pueden ser percibidos sin intromisión alguna en su vida privada". Según JAKOBS, dicho anuncio infringiría objetivamente (*ex re*) las "normas de flanqueo cuya misión es garantizar

las condiciones de vigencia de las normas principales", en este caso concreto, la que protege la confianza de los otros en la vigencia de las normas principales, infracción que identifica con la idea de paz pública.[59]

Por su parte, CANCIO MELIÁ considera que es posible una "normativización" también funcional del injusto específico de la participación en una asociación criminal sin recurrir a la idea de las "normas de flanqueo", pero siempre que se utilice "una noción lo suficientemente coherente de organización y de la conducta de integración en ella" que permita determinar *ex re* su carácter perturbador, no ya de una idea general y normativizada de paz pública, sino específicamente con relación a la prohibición que existiría de que los particulares se arrogasen para sí "el ejercicio de los derechos pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado", poniendo "en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado" mediante "el ejercicio de una disciplina que incluya la actuación delictiva violenta (hacia dentro y hacia fuera de la organización)". En consecuencia, toda conspiración y asociación para delinquir donde no exista una mínima estructura que permita la arrogación de las funciones estatales o cuyas actividades no consistan en el ejercicio constatable objetivamente de la violencia no sería (o no debería ser) punible, por no infringir la norma que lo prohibiría, y toda participación "pasiva" en aquella que, por ejemplo, no suponga el ejercicio de esa violencia, no debiera castigarse como tal.[60]

Ambas tesis deben rechazarse principalmente porque ellas parten de un supuesto equivocado: que el derecho vigente no fija el contenido de las normas cuyo cumplimiento se hace efectivo a través de la acción del Estado y que sería posible determinar el contenido de las verdaderas normas penales fuera del derecho, distinguir entre ellas las principales y las de flanqueo o los verdaderos injustos de los aparentes, e incluso, sobre la base de esas normas no positivas imponer requisitos y exigencias adicionales supuestamente "normativas" allí donde las propias normas del derecho positivo no lo exigen. Debido a ese supuesto equivocado, ambas tesis terminan por no tener correspondencia con la estructura normativa objetiva de las sociedades española y alemana.

Para empezar, ya hemos señalado que no existe en Alemania el derecho fundamental de asociarse para cometer delitos y por eso el propio Tribunal Constitucional Alemán ha declarado el

[59] JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en ÍDEM, *Estudios de Derecho Penal* (trad. Enrique PEÑARANDA *et al*.), Madrid, Civitas, 1997 (1985), especialmente pp. 298, 306, 314 s, de donde se extraen las citas literales.
[60] CANCIO MELIÁ, *supra* nota 6, pp. 127 s y 133 s.

delito del § 129 compatible con su texto. La Constitución Española también así lo da a entender cuando declara en su art. 22. 2 que "[l]as asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales". Ya hemos expuesto, además, que el ordenamiento europeo e internacional impone a los Estados español y alemán ciertas obligaciones de tipificar los hechos colectivos o delitos de organización que no se encuentran limitadas por las disquisiciones dogmáticas expuestas, aunque parcialmente existan coincidencias (la necesidad de que las organizaciones criminales tengan una cierta estructura, por ejemplo). Pero es claro que ellas no exigen el anuncio de las actividades de la organización para su castigo ni que éstas se realicen necesariamente por medio de la violencia, exigencias que de *lege ferenda* pueden ser razonables y deseables, pero que no se corresponden con la realidad normativa de los sistemas jurídicos en cuestión.

A resultados similares de los recién criticados, pero con fundamentos diferentes, llega la crítica desarrollada por SILVA SÁNCHEZ quien, sin embargo, admite el castigo de la conspiración y la asociación ilícita en ciertas condiciones. Según este autor, quien también comparte un punto de vista unitario, tanto en la conspiración como en la asociación ilícita y en la pertenencia a bandas o grupos criminales no habría un injusto específico punible por ese solo hecho, sino una "intervención a través de organización" reconducible, lo que admite algunas variaciones, a las formas tradicionales de participación, coautoría o autoría mediata de comisión de los delitos-fines de la organización, o a formas de coautoría o participación intentada, cuando tales hechos no se han llevado a efecto. En consecuencia, el grado concreto de responsabilidad de los miembros de la organización estaría dado, en el primer caso, por la forma particular de intervención activa en el delito-fin (se excluye la sanción cuando tal intervención no hubiese tenido lugar de modo generalmente punible, aunque se sea miembro pasivo de la organización). En el segundo, habría que distinguir si se trata de un caso de comienzo de ejecución de la coautoría intentada, donde se aplicarían las reglas generales, o de uno en que no se ha dado tal comienzo de ejecución. Señala SILVA SÁNCHEZ que en este último caso sólo estaría "legitimada" la sanción penal cuando el hecho pudiese revestir los caracteres de una tentativa de participación (activa) a través de organización en un delito-fin de gravedad suficiente.[61]

Esta tesis puede ser criticada también por su consciente desapego del derecho positivo vigente (al menos en España), lo que no le permite percibir ni hacerse cargo de las diferencias sutiles entre el hecho individual y el colectivo al disolver estos últimos en las formas tradicionales de

[61] SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 7, pp. 115 ss.

participación criminal "a través de organización", ni tampoco, más allá de su reconocimiento expreso, de las dificultades de aplicación y nueva "normativización" de las categorías clásicas de tentativa, autoría, coautoría y participación (que también entiende de un modo no determinado por la concreta configuración del derecho positivo) a las organizaciones criminales. Sin embargo, si se mira únicamente como una propuesta de *lege ferenda,* también ofrece criterios que bien pueden tomarse en cuenta para diferenciar el castigo de la pertenencia a las organizaciones criminales según su finalidad y de la participación en éstas, según el grado de importancia que ella revista.

VIII. Conclusión. La existencia del hecho colectivo (peligroso) como explicación de la porfía legislativa (y jurisprudencial) para sancionar los delitos de organización frente a las críticas y límites doctrinales

Más allá de la potencialidad del abuso político de las figuras de conspiración y asociación para delinquir —una cuestión contingente para la cual es la fortaleza de cada democracia el mejor remedio—, el conjunto de las críticas y las propuestas de limitación de las figuras legales que imponen responsabilidad individual por esos hechos colectivos podría resumirse en la esperanza que depositan los penalistas en la aplicación de las reglas generales de concursos, tentativa, autoría y participación para sancionar los hechos que se cometen por varias personas. Desde esta perspectiva, la conspiración y la asociación para delinquir son consideradas cuerpos extraños a una teoría de la imputación basada en la comisión de hechos individuales en los que eventualmente podrían participar terceros, quienes deberían ser juzgados por su propia contribución al hecho y no por el hecho en su conjunto.

En el caso extremo de JAKOBS, quien niega toda posibilidad de castigar "legítimamente" la conspiración del § 30 II, StGB, el fundamento fáctico de tal negativa es que no existiría una diferencia real entre la "perturbación" que produce en la vida social el enterarse del acuerdo de dos personas para cometer un delito y la que se deriva del conocimiento de un plan individual para su perpetración. Y agrega que la supuesta necesidad de castigar tales "actos preparatorios" fundada en los vínculos peligrosos que podrían generarse con el acuerdo y en la eventualidad de que éste pudiese "írsele de las manos" a los partícipes, se basaría en argumentos "muy pobres". Según este autor, "sólo es peligrosa la promesa cimentada en relaciones de dependencia; la existencia de vínculos es síntoma de estas relaciones de dependencia, no de la promesa [de actuar en conjunto]"; y "no se advierte por qué debe gravarle el carácter más bien pasajero de su cooperación" al que

simplemente acuerda voluntariamente ello con otro, si la existencia de tal acuerdo supone la falta del vínculo de dependencia que haría posible considerar efectivamente peligroso el concierto.[62]

Sin embargo, dejando de lado el hecho de que existe una impropiedad técnica al considerar las *asociaciones criminales* como supuestos de "actos preparatorios" de otros delitos (como el propio CARRARA había notado ya en siglo XIX), pues se trataría de *delicta sui generis* cuyo castigo no dependería de la ejecución del hecho concertado, la falla de fondo de la crítica radical de JAKOBS (y, por extensión, de las también radicales de FERRAJOLI y BECKER) es que, con independencia de que exista o no un "vínculo de dependencia" adicional, tampoco es cierto que estemos aquí ante una mera resolución manifestada en el ámbito de la privacidad, una simple "sospecha" infundada de la existencia de un peligro de realización de un delito, o un simple acto preparatorio de otro delito cuya lejanía de la afectación del bien jurídico no justificaría sancionarlo. De adverso, el concierto para delinquir, sea en la forma de conspiración, sea en la forma de asociación criminal, crea una realidad objetiva y subjetiva claramente diferenciada de la mera verbalización de un deseo de actuación en solitario, como ya habían aclarado HOMERO y ARISTÓTELES, y la psicología y la economía moderna ratifican.

En efecto, dentro del amplio cuerpo de estudios psicológicos y económicos de que da cuenta KATYAL,[63] y que, en general, muestran que el individuo actuando en grupo tiene menor aversión al riesgo y está más dispuesto a comprometerse en actividades extremas, destaca la constatación objetiva de que la idea de que el acuerdo de actuación conjunta aumenta las probabilidades de que dicha actuación se lleve a efecto no es sólo una declamación retórica (como aparece en el § 5.03 del *Model Penal Code*), sino que tiene sólidas bases en la psicología del comportamiento humano. En este sentido, el señalado acuerdo lleva a las personas a creer que los miembros del grupo tienen más probabilidades de estar en lo correcto y ser justos que los extraños, de modo que la decisión grupal tiene más probabilidades de realizarse y profundizarse que la individual, expuesta a más dudas y decepciones sin el reforzamiento grupal.[64]

[62] JAKOBS, *supra* nota 59, p. 306, nota 19.
[63] KATYAL, *supra* nota 38, pp. 1316-1323.
[64] Ver, por todos, además de las referencias en KATYAL, *supra* nota 38, el texto de BREWER, *The Social Psychology on intergroup Relations: Social Categorization, Intergroup Bias, and Outgroup Prejudice,* en KRUGLANSKY/HIGGINS (eds.), *Social Psychology: Handbook of Basic Principles,* 2.ª ed., New York/London, Guilford, 2007, pp. 695-715. Sobre la influencia del comportamiento grupal en adolescentes, entendido como una suerte de atenuación de la responsabilidad individual, dado el escaso desarrollo de éstos, véase CARNEVALI/KÄLLMAN, *supra* nota 55, pp. 47-77, con referencias a la literatura específica del comportamiento juvenil.

Por otra parte, la multiplicidad de formas asociativas del ser humano demuestra que la fijación de parámetros tales como la existencia previa de un "vínculo de dependencia" para castigar la asociación criminal no permite dar cuenta cabal de fenómenos bien conocidos como la *Camorra* y la *'Ndrangheta* italiana, que obligaron al legislador de dicho país a mencionarlas expresamente como *asossiazioni* de tipo mafioso, a pesar de no poder establecerse la estructura familiar y de subordinación que se aprecia en otras entidades como la *Cosa Nostra*.

Es por ello que las Convenciones y Tratados Internacionales, así como las legislaciones locales y buena parte de la jurisprudencia que se puede observar en el derecho comparado, dan por buena la existencia de los delitos de conspiración y asociación ilícita, tendiendo no a su eliminación sino a establecer regímenes armónicos con requisitos y tipificaciones comunes en áreas territoriales más o menos delimitadas (la Unión Europea, por ejemplo) o extendidas (como en el caso de la Convención de Palermo). Por lo mismo, no parece que en el futuro las teorías de negación radical de esta clase de fenómenos vayan a perdurar, y ni siquiera que las teorías diferenciadoras, como las actualmente dominantes en Chile y Alemania, permanezcan inmunes a los cambios legislativos que se anuncian. Por el contrario, parece más probable una expansión global de la *conspiracy* como se entiende ampliamente en el derecho anglosajón antes que una supervivencia de la idea de que, al menos la conspiración, es sólo una tentativa de coautoría.

Para ello debe tenerse en cuenta no sólo la "lucha contra la criminalidad organizada" cristalizada en la Convención de Palermo de 2000, sino también la emergencia de las diferentes teorías *unitarias* de crítica y justificación del castigo por esta clase de hechos. Si bien éstas pretenden criticar y limitar los alcances de los delitos de conspiración y asociación ilícita, al establecer bases comunes para ello terminan por reconocer su también común naturaleza, paso previo para su —por esa razón— igualmente común tratamiento penal.

IX. Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea* (trad. Julio PALLÍ BONET), Madrid, Gredos, 2000.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (trad. Juan Antonio DE LAS CASAS), Madrid, J. Ibarra, 1774.

BECKER, Karina, *Der Strafgrund der Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2, Alt. 3 StGB,* Berlín, De Gruyter, 2012.

BLAKEY, G. Robert, "RICO: The Genesis of an Idea", en *Trends in Organized Crime*, vol. 9, 2006, pp. 8-34.

BREWER, Marilynn B., *The Social Psychology on intergroup Relations: Social Categorization, Intergroup Bias, and Outgroup Prejudice,* en KRUGLANSKY, Arie W./HIGGINS, E. Tory (eds.), *Social Psychology: Handbook of Basic Principles,* 2.ª ed., New York/London, Guilford, 2007, pp. 695-715.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto,* Madrid, Reus, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel/SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Delitos de organización,* Montevideo, B de F, 2008.

CARNEVALI, Raúl, "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación", en *Revista Ius et Praxis*, año 16, n.º 2, 2010, pp. 273-330.

CARNEVALI, Raúl/KÄLLMAN, Eva, "La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N.º 3 del Código Penal chileno", en SCHWEITZER W., Miguel (ed.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos,* Santiago, U. Finis Terrae, 2010, pp. 47-77.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, t. I. (trad. José ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO), Bogotá, Temis, 1956.

DE FAZIO, Domenico, "L'associazione a delinquere di tipo mafioso, ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 416bis", en *Altalex,* 2005. Disponible en: http://www.altalex.com/documents/altalex/news/2005/04/28/l-associazione-a-delinquere-di-tipo-mafioso-la-fattispecie-di-cui-all-art-416bis-c-p [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal,* t. IV, 3.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ *et al.*), Madrid, Trotta, 1995.

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

GARNER, Bryan A. (ed.), *Black's Law Dictionary,* 8.ª ed., Minnesota, West, 2004.

GILLIES, Peter, *The Law of Criminal Conspiracy,* 2.ª ed., Sydney, Federation Press, 1990.

GRISOLÍA C., Francisco, "El delito de asociación ilícita", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 31, n°1, 2004, pp. 75-88.

GUZMÁN D., José Luis, *Estudios y Defensas Penales,* Santiago, Legal Publishing, 2005.

HARTMANN, Arthur, "Comentario al § 129 StGB", en DÖLLING, Dieter/DUTTGE, Gunnar/RÖSSNER, Dieter (eds.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar,* 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

HOMERO, *Ilíada* (trad. Emilio CRESPO GÜEMES), Madrid, Gredos, 2000.

JAKOBS, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en ÍDEM, *Estudios de Derecho Penal* (trad. Enrique PEÑARANDA *et al.*), Madrid, Civitas, 1997 (1985), pp. 293-324

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal,* t. VII, Buenos Aires, Losada, 1970.

JOHNSON, Phillip E., "The Unnecessary Crime of Conspiracy", en *California Law Review,* vol. 61, 1973, pp. 1137-1188.

KATYAL, Neal K., "Conspiracy Theory", en *Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, pp. 1370-1379.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht, Besonderer Teil I,* 6.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2014.

KREIT, Alex, "Vicarious Criminal Liability and the Constitucional Dimensions of Pinkerton", en *American University Law Review*, vol. 57, 2008, p. 585-639.

LAFAVE, Wayne, *Criminal Law,* Minesotta, West, 2010.

LUZÓN CÁNOVAS, María, "La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales", en *Revista El Derecho,* Lefebvre, 2011. Disponible en: http://www.elderecho.com/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal* (trad. José CÓRDOBA RODA), Barcelona, Ariel, 1962.

MAYER, Max Ernst, *Derecho penal. Parte general* (trad. Sergio POLITOFF LIFCHITZ), Montevideo, B de F, 2007.

MEDINA S., Gonzalo, "El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico", en MAÑALICH, Juan Pablo (coord.), *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro Homenaje a los Profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile,* Santiago, 2013, pp. 481-504.

MERA F., Jorge, "La conspiración", en COUSO S., Jaime/HERNÁNDEZ B., Héctor, *Código penal comentado,* Santiago, Thomsom Reuters, 2011.

MERKEL, Adolf, *Derecho penal, Parte general* (trad. Pedro DORADO MONTERO), Montevideo, B de F, 2004.

METTRAUX, Guénaël, *The Law of Command Responsability,* Oxford/New York, Oxford University Press, 2009.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal, Libro de Estudio* (trad. Conrado FINZI), 4.ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959 [1954].

MOLINA FERNÀNDEZ, Fernando (coord.), *Memento Penal,* Madrid, Francis Lefebvre, 2011.

PACHECO, Joaquín F., *El Código Penal Concordado y Comentado,* t. II, Madrid, Saunaque, 1848.

PLUTARCO, *Vidas Paralelas. Vida de César* (trad. Antonio RANZ ROMANILLOS), Madrid, Iberia, 1959.

POLITOFF LIFCHITZ, Sergio, "La conspiración para cometer delitos previstos en la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes", en POLITOFF LIFCHITZ, Sergio/MATUS A., Jean Pierre (coords.), *El tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia,* Santiago, Conosur, 1999, pp. 89-109.

POLITOFF LIFCHITZ, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general,* 2.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 2004.

ROBESPIERRE, Maximilien, *Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas* (trad. Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA), Valparaíso, Edeval, 2009.

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

SAMAHA, Joel, *Criminal Law*, 4.ª ed., Minesotta, West, 1993.

SAYRE, Francis B., "Criminal Conspiracy", en *Harvard Law Review, v*ol. 35 (1922), pp. 393-427.

SIESSEGER, Marie E., "Conspiracy Theory: The Use of the Conspiracy Doctrine in Times of National Crisis", en *William & Mary Law Review*, vol. 46, Issue 3, 2004, pp. 1177-1218.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "La 'intervención a través de organización', ¿Una forma moderna de participación en el delito?", en CANCIO MELIÁ, Manuel/SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos de organización*, Montevideo, B de F, 2008, pp. 87-134.

STENBERG-LIEBEN, Detlev, "Comentario al §129 StGB", en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar,* 29.ª ed., Múnich, Beck, 2014.

VIADA, Salvador, *Código Penal Reforma de 1870,* t. II, 4.ª ed., Madrid, Fe, 1890.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal,* t. III (trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA), Madrid, Reus, [1929] (atribución de fecha de la Biblioteca Nacional de España; el texto impreso no tiene la fecha en su pie de imprenta).

VORMBAUM, Thomas, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung von 29. Mai 1943, Materialen,* Berlin, LIT, 2011.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 43.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2013.

WINTER E., Jaime, *La responsabilidad por el mando en el Derecho penal internacional,* Santiago, Tesis Uch, 2009.

WOHLERS, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte,* Berlín, Duncker & Humblot, 2000.

LAS DIVERSAS FUNCIONES DEL DECOMISO

ENTRE LO CIVIL, LO ADMINISTRATIVO Y LO PENAL

Santiago ROLDÁN*

Fecha de recepción: 27 de abril de 2016
Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2016

Resumen

Siempre se ha discutido acerca del decomiso y lo que los juristas suelen llamar su "naturaleza jurídica", sin embargo, la revalorización de esta herramienta y en particular la figura del "decomiso sin condena" han reanimado el debate. En el texto se tiene por equivocada la asunción de que el "decomiso" de cosas o bienes vinculados al delito responden a un único fin o función. Por el contrario una discusión fructífera en este campo requiere de distinguir cuando el decomiso se impone con fines civiles, administrativos o penales.

Palabras clave: Decomiso de bienes — Teorías de la pena — Sanciones penales

Title: The Different Functions of Forfeiture. Between Civil, Administrative and Criminal Law

Abstract

Jurists have analyzed the nature and justification of the forfeiture of assets. However, the reappraisal of this legal tool and specifically the creation of the so-called "forfeiture without conviction" has led to a new debate. In this paper, the author assumes that the forfeiture of assets does not have just one aim or function. On the contrary, it is necessary to distinguish the legal nature of the forfeiture in order to achieve a rational debate on this matter.

Keywords: Forfeiture of Assets — Theories of Punishment — Criminal Sanctions

* Abogado (UBA). Quiero agradecerle a Mateo Bermejo los comentarios que hizo a una versión previa de este texto, como así también a los árbitros anónimos de la revista por sus observaciones. Contacto: santirolo@hotmail.com.

Sumario

I. Introducción; II. Fundamentos o finalidades del recupero de activos; III. Objeto del decomiso; IV. Un concepto neutro de decomiso; V. Opciones; VI. Distinciones; a) El decomiso como medida materialmente civil; b) El decomiso como medida administrativa; c) Decomiso como pena; d) Adenda: dos observaciones sobre el concepto negativo de pena de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR; VII. Consecuencias; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En los últimos años hemos asistido a una revalorización de la figura del decomiso. Se trata de un instrumento legal de vieja tradición. Tan sólo por hablar de nuestra historia legislativa, se puede decir que fue incluido en todos los proyectos de código penal desde el de Tejedor (1864) en adelante. Claro que con distintas características en cuanto a sujetos, objetos alcanzados, condiciones de imposición y destino de lo decomisado, pero de un modo u otro nuestro derecho siempre echó mano de esta herramienta. Sin embargo, fue a raíz de la ratificación de diversos tratados internaciones, enfocados principalmente en fenómenos delictivos de características transnacionales, que hoy día volvemos a prestar atención a la figura del decomiso y reparamos especialmente en ella como instrumento de política criminal.

Argentina se ha comprometido internacionalmente a llevar a cabo medidas tendientes a lograr la identificación de bienes y el recupero de activos de origen ilícito al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988, ley 24.072, B.O. 14/4/1992), la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios (Palermo, 2000, ley 25.632, B.O. 29/8/2002), la Convención Interamericana contra el Terrorismo (Bridgetown, 2002, ley 26.023, B.O. 18/4/2005) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 2003, ley 26.097, B.O. 09/6/2006). En esos tratados ha quedado clara la intención de utilizar el decomiso o recupero de activos como herramienta contra el crimen organizado, la corrupción, la trata de personas. Y como derivación de tales compromisos internacionales, se han introducido en la legislación interna ciertas modificaciones respecto de la figura del decomiso. Entre ellas, la más novedosa, sin dudas, fue la prevista en el artículo 305 del Código Penal, incorporado mediante la ley 26.683 (BO 21/6/2011). Allí se establece:

> "[e]n operaciones de lavado de activos, [el o los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados] serán decomisados de modo definitivo,

> **sin necesidad de condena penal**, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes".[1]

Resulta claro que tal regulación es una plasmación del llamado "decomiso sin condena", como el sugerido por el artículo 54 (1) (c) de la Convención de de las Naciones Unidas contra la Corrupción.[2] Una versión más terminante de esta herramienta es el instituto conocido como "extinción de dominio", medida destinada a que el Estado pueda disponer de cosas o bienes provenientes o destinados a un delito pero a través de un procedimiento independiente al enjuiciamiento penal.[3] Nuestra regulación, hoy día, se encuentra acotada a operaciones de lavado de activos, pero tal dispositivo podría legislarse con un alcance más general; por lo demás, existen varios proyectos de ley sobre "extinción de dominio".[4]

[1] En paralelo se había incorporado al art. 23, CP, el siguiente párrafo: "[e]n caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes" (párrafo incorporado por art. 6º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011). Sin embargo, el 213 ter y quáter fueron derogados poco tiempo después (conf. arts. 1.º y 2.º de la Ley N.º26.734 B.O. 28/12/2011).

[2] Según esa disposición cada Estado parte "Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados". Un antecedente, en nuestra legislación, podría verse en la ley 23.737 en función de cómo se interpreten sus artículos 25, 30 y 39.

[3] Según el Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), en cuyo marco un grupo de expertos elaboró la "Ley Modelo sobre extinción de Dominio", el concepto de "extinción de dominio 'como una consecuencia patrimonial' es *sui generis* y (…) el procedimiento es 'autónomo' e 'independiente' de cualquier otro juicio o proceso". De acuerdo con el art. 2° de la ley modelo: "la extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna. La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso". Varios países de la región cuentan con leyes de extinción de dominio (Colombia, Guatemala, Honduras, México y Perú).

[4] Proyectos S-198/14 (DAE 10/14), S-1171/14 (DAE 56/14), 7478-D-2013 (TP 67 del 10/06/13), 7478-D-2013(TP 175 del 18/11/2013). Incluso el proyecto 1406-D-2016 (DAE 118) fue aprobado en junio de 2016 por la cámara de Diputados y pasó a revisión del Senado.

Esta tendencia político criminal nos obliga a preguntarnos sobre su viabilidad constitucional, en particular, sobre la compatibilidad del "decomiso sin condena" con el art. 18, CN en cuanto dispone que "[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo". La llave con la que se suele intentar resolver el dilema es la "búsqueda" de lo que los juristas llaman la "naturaleza jurídica" del decomiso. En lo que sigue intentaré demostrar que ese modo de encarar la cuestión está desenfocado. Preguntas tales como ¿es el decomiso una pena?, ¿se trata de una medida de seguridad?, ¿una acción civil o administrativa acaso?, parten de la idea, no discutida, de que siempre que se aplique un "decomiso" se estará utilizando una sola e única institución: *o* una pena, *o* una medida de seguridad, *o* una acción de tipo civil *o* administrativo. Se debate acerca de cuál de aquellas opciones "es" la correcta, pero no se pone en duda que debe ser una y sólo una de esas herramientas. Este trabajo pretende cuestionar esa premisa. Ello requiere aclarar de qué se está hablando cuando se habla de "decomiso". Tal tarea será presentada recién a partir del punto IV del texto; antes expondré brevemente los fundamentos que se suele dar a favor de la utilización del decomiso (punto II) y aclararé sobre qué cosas y bienes puede recaer (punto III). Esto permitirá mostrar que, antes que intentar encontrar lo que el decomiso "es", lo más conveniente es preguntarse por distintas funciones y condiciones de aplicación de un "decomiso"[5] y los fundamentos que puede recibir en cada caso (puntos V y VI). Eso dejará el camino libre para encarar el análisis constitucional que el instituto de "decomiso sin condena" requiere (punto VII).

II. Fundamentos o finalidades del recupero de activos

Cualquiera que sea la función que se le atribuya al decomiso, suele afirmarse que la medida tiene un doble fundamento (al menos en tanto se refiere al decomiso de activos producto o generados a raíz de un delito).

El primero responde a la idea de que el delito comprobado no debe rendir beneficios, principio que nuestra Corte Suprema de Justicia ha invocado más de una vez a la hora de resolver sobre distintas cuestiones.[6] El segundo atiende al efecto disuasivo que genera la recuperación de activos. Muchos de los delitos, y en especial la criminalidad económica, tienen por motivación el

[5] Véase, HART, "Definición y Teoría en la ciencia jurídica", en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (trad. Genaro R. CARRIÓ), Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 93-138. También, BIX, "Interrogantes en la interpretación jurídica" (trad. Hernán BOUVIER), en *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 45-66.

[6] FERNÁNDEZ, "Confiscación sobre producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos", en *Revista Pensar en Derecho*, n.º 1, 2012, p. 240, menciona los siguientes CSJN Fallos 254:320, 283:66, 313:1305, 320:277, 320:1038, 320:1472, 320:1717, 321:2947, 323:929, entre otros.

ánimo de lucro, el hacerse de una ganancia (corrupción/defraudaciones/tráficos/explotación). Por lo tanto, el objetivo de recuperar el producto de los delitos o sus ganancias, es decir, el beneficio económico del delito, es neutralizar el principal incentivo para cometer ese tipo de hechos.[7]

Ese efecto práctico no sería suficiente con sólo decomisar lo "ganado" con el hecho. Por el contrario, para desincentivar ese tipo de delitos hace falta más reacción que el mero "volver las cosas a su estado anterior o equivalente". Si así no fuera el autor podría pensar que vale la pena correr el riesgo porque, en definitiva, no tendría nada que perder (esto sin mencionar que existe la posibilidad de que, incluso, no fuera descubierto siquiera: en tal caso el éxito sería rotundo). Pues si las cosas no salieran como se planearon, en el peor de los casos el autor devolvería lo obtenido a través del hecho y el balance quedaría en cero: cometer el delito sería "una buena inversión por el bajo riesgo que implica".[8] Precisamente por eso, el decomiso es utilizado como medida accesoria a la pena privativa de la libertad, a la multa y a la inhabilitación.

III. Objeto del decomiso

Puede decirse que serán objeto de esta medida distinta clases de cosas o bienes. Para evitar *pseudo-discusiones* conviene hacer las siguientes estipulaciones, pero no sin antes aclarar que excede al objetivo de este trabajo determinar cuáles de las siguientes categorías se encuentran incluidas en el régimen legal del decomiso actualmente vigente en la Argentina.[9] Lo importante, a los fines de

[7] Véase VILLAR, "De por qué es inconstitucional la extinción por pago y ningún juez puede declararla", en *Revista de Derecho Penal: Derecho Penal Económico*, n.º 1, 2007, pp. 86-97. También BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015, pp. 217-220.

[8] BOWLES/FAURE/GAROUPA, "Economic analysis of the removal of illegal gains", en *International Review of Law and Economics*, vol. 20, 2000, pp. 537-549, quienes llaman a esto una "atractiva lotería" (pag. 539); ÍDEM, "Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n.º 2, 2005, p. 285.

[9] La regulación general del decomiso en nuestra legislación la encontramos en el artículo 23 del Código Penal: "en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son producto o provecho del delito" (véase también arts. 29 y 30 del CP). Por otro lado, el artículo 305 CP habla del decomiso de "los bienes que sean instrumentos, productos, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes". En leyes especiales también se prevén disposiciones de decomiso. Por ejemplo, el Código Aduanero en su art. 876 dispone que "1. En los supuestos previstos en los artículos 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicarán las siguientes sanciones: a) el comiso de las mercadería objeto del delito, cuando el titular o quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiere aprehenderse, el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza, que se impondrá en forma solidaria; b) el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito". También la ley 23.737 dispone, en el art. 30, que " [e]l juez dispondrá la destrucción, por la autoridad sanitaria nacional, de los

este texto, es que podrían estar incluidas como objeto de decomiso y de hecho lo están en legislaciones de distintos lugares del mundo.[10]

Podrían ser objeto de decomiso:

- Los *instrumentos* utilizados para cometer el delito.

- El *producto* del delito, a saber, las cosas o bienes que son *directo* resultado del hecho. Ello incluye los obtenidos a *través* de él: la cosa hurtada o el dinero que recibe el funcionario en un cohecho; los obtenidos *por* la comisión de un delito: el pago que recibe un sicario; y los *generados* por el delito: el documento falso, la sustancia estupefaciente producida.

- Las cosas o bienes *sustitutos* o *subrogantes* del producto del delito: aquellos que el sujeto empieza a tener o usufructuar en lugar del producto del delito (con el dinero producto de un robo se compra un auto o al revés, se vende el auto robado y se obtiene dinero). O dicho de manera figurada: se trata de cosas o bienes que "entran en el patrimonio" en reemplazo de los bienes originarios del delito.

estupefacientes en infracción o elementos destinados a su elaboración a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable o salvo que puedan ser aprovechados por la misma autoridad, dejando expresa constancia del uso a atribuirles… Además se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito… Igualmente se procederá a la incautación del beneficio económico obtenido por el delito". Asimismo, en el Régimen Penal Cambiario se ha reconocido aplicable el decomiso (art. 15 ley 19.359; CSJN Fallos 299:167, 301:135 y G.268.XXXII, rta. el 18/4/1997). Véase también, en el ámbito nacional, art. 34 de la Ley 22.362 (Marcas y designaciones), art. 72 bis inc. "e" de la ley 11.723 (Régimen legal de la propiedad intelectual), arts. 36, inc. 6°, y 42 de la ley 20.429 (Ley Nacional de Armas y Explosivos), art. 9 de la ley 18.284 (Código Alimentario Argentino), art. 20 de la ley 16.463 (Medicamentos), art. 26 de la ley 14.878 (Ley General de Vinos), art. 28 de la ley 22.421 (Conservación de la Fauna), art. 47 de la ley 24.240 (Defensa del Consumidor), art. 28 de la ley 22.285 (Radiodifusión), arts. 16, 39, 41, 42 y 43 de la ley 25.743 (Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico) y art. 32 de la ley 26.687 (Tabaco). También el art. 525, CPPN: "[c]uando después de un año de concluido el proceso nadie reclame o acredite tener derecho a la restitución de cosas, que no se secuestraron del poder de determinada persona, se dispondrá su decomiso".

[10] Véase el relevamiento hecho por BERMEJO/RACHID, "Informe sobre el decomiso de las ganancias derivadas del delito en la legislación argentina", en LASCANO/MONTIEL (coords.), *Informe Crimint-UNC 2012: Reforma del Código Penal Argentino*, e-book, 2012, pp. 13-18, disponible en: http://crimint.com.ar/2013/07/06/informe-crimint-unc-2012-reforma-del-codigo-penal-argentino/ [enlace verificado el día 2 de diciembre de 2016]. Véase también FREEDMAN, "Regulación del decomiso en el derecho comparado", disponible en: http://eventos.senado.gov.ar:88/18834.pdf [enlace verificado el día 2 de diciembre de 2016] y COLOMBO/STABILE, "Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos", en *La Ley,* Buenos Aires, 2005-D, pp. 1400 ss. Asimismo, la reforma introducida al artículo 127 y 374 del Código Penal Español por la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo.

- El *provecho* o *ganancia* del delito, es decir, los frutos o el incremento patrimonial logrado con la utilización del producto originario del delito (ejemplo: los dividendos obtenidos en la inversión del dinero proveniente de la comisión de un delito, o la ganancia resultante del alquiler de un automóvil conseguido mediante una estafa).[11]

- El *valor equivalente* a los *instrumentos*, al *producto* o el *provecho/ganancia* del delito: se trata de la privación de bienes que han sido legalmente obtenidos y sin conexión con el delito por el que se decomisa, equivalentes al monto en dinero correspondiente al instrumento, producto o provecho/ganancia.[12]

Nunca fue pacífica la cuestión de qué está haciendo el Estado cuando dispone el decomiso de los *instrumentos*, del *producto,* de los *sustitutos/subrogantes*, del *provecho/ganancias* de delito o *su valor equivalente*. Mientras que para algunos se trata de una pena accesoria (jurisprudencia), otros la identifican como una cuestión civil o incluso con una clase de acción de tipo administrativo-policial. Probablemente por eso la jurisprudencia, no sin un deje de resignación, se limita a identificarla como una "consecuencia accesoria de la condena".[13] En opinión de BERMEJO/RACHID:

> "es criterio mayoritario actualmente… que el decomiso, como consecuencia de una conducta delictiva estrictamente no constituye una pena (pues no se trata de una sanción personal fundada en la culpabilidad del autor), ni una medida de seguridad (pues tampoco se funda en la peligrosidad del sujeto), así como tampoco una hipótesis de responsabilidad civil derivada del delito (pues no necesariamente implica la restitución o resarcimiento de un daño concreto a persona determinada,

[11] Con todo, resta determinar si las ganancias a decomisar son todas las contraprestaciones económicas obtenidas directamente por la ejecución del hecho o sólo aquellas que constituyen el beneficio neto obtenido por el delito, luego de haberse deducido los costes generados por su comisión. Esta distinción genera dos propuestas, la basada en el "principio de beneficios brutos" y "el principio de beneficios netos", respectivamente: "[s]egún el principio de beneficios brutos se deben decomisar todas las contraprestaciones económicas, mientras que conforme el principio de beneficios netos se deben deducir los costos y sólo embargar el capital restante. El principio de beneficios brutos no refiere solamente a los gastos en sentido estricto (verbigracia, costes de viaje) sino también a todo aquello que se haya entregado para lograr el beneficio económico (por ejemplo, el precio de compra)" (BERMEJO, *supra* nota 7, pp. 225-226, quien se inclina a favor del principio de beneficios brutos).

[12] "La necesidad político-criminal de regular el decomiso de valor equivalente proviene de que el decomiso de bienes (originarios o sustitutivos) presenta dos problemas desde el punto de vista de su eficacia preventiva: por un lado, si el infractor ha gastado los bienes estos ya no pueden ser decomisados y, por otro, si los bienes han sido transferidos a terceros de buena fe, tampoco. Esto impone una limitación fáctica, por un lado, y jurídica, por el otro, a la eficacia del decomiso como instrumento de prevención" (BERMEJO, *supra* nota 7, p. 223).

[13] Véase, por todos, FERNÁNDEZ, *supra* nota 6 y sus referencias.

> sin perjuicio de que en ocasiones el decomiso pueda aparejar efectos reparadores, como en el… caso de activos públicos obtenidos con el delito; o cuando se destina el producto del decomiso a programas de asistencia material o reparación de víctimas del delito)".[14]

Por cierto que ésta no es una discusión meramente especulativa, dado que la respuesta que se dé al problema influirá en cuestiones tales como la necesidad o no de una previa condena firme para ejecutar un decomiso o la determinación de quiénes pueden sufrir sus consecuencias. Se trata de un campo, por lo tanto, donde resulta muy tentador hablar de supuestas "naturalezas jurídicas", si no fuera porque la apelación a tales entidades o "esencias" de las instituciones jurídicas, no son otra cosa más que artilugios a través de los cuales los juristas suelen atribuir al sistema jurídico soluciones que éste no contiene.[15]

Sea como fuere, si algo pone en evidencia la existencia de diferentes posturas sobre la cuestión, es precisamente que existen distintas facetas y funciones del decomiso. El conflicto se debe a que ninguna de las posiciones en pugna acepta que se impongan decomisos con distintos fines según cual sea el objeto sobre el que recaiga ¿Cómo es que se llegó a esta situación?

IV. Un concepto neutro de decomiso

La respuesta a esa pregunta y la forma de evitar caer en el mismo error, estimo, pasa por advertir que las discusiones que giran en torno de la figura del decomiso, la legitimidad de su uso y condiciones de aplicación, están contaminadas, no en poca medida, por "barreras definicionales".

[14] BERMEJO/RACHID, *supra* nota 10, pp. 11-12. Continúa la cita: "[s]e trata más bien de una tercera vía de intervención penal —de naturaleza diversa a las penas y medidas de seguridad— que se activa como consecuencia de una conducta delictiva o —procurando mayor precisión a través de categorías dogmáticas— como consecuencia de un injusto (hecho típico y antijurídico) y que no necesariamente presupone la imposición de pena a alguna persona o la efectivización de la responsabilidad penal por el hecho. Por ello, el decomiso no constituye una pena, ni siquiera adicional o accesoria, sino una consecuencia del delito que puede ir asociada o no, a la pena (nótese, en tal sentido, que el decomiso no se encuentra enumerado entre las penas previstas por el art. 5, CP argentino)".

[15] Como decía Genaro CARRIÓ: "[l]as afanosas pesquisas de los juristas por 'descubrir' la naturaleza jurídica de tal o cual o institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe" (CARRIÓ, "Lenguaje, interpretación y desacuerdos en el terreno del derecho", en *Notas sobre el derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 101; véase también pp. 119-122). Véase también BULYGIN, *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, y NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998 [1980], pp. 333 ss.

Se establece una "barrera definicional" cuando en la definición de un concepto se postulan características definitorias que presuponen o dan por saldadas cuestiones normativas que son precisamente las que deben discutirse. Por ejemplo, si se define "decomiso" como "medida dispuesta por el Estado al condenado en juicio", entonces, por definición —valga la redundancia— no podría disponerse un decomiso previo a una condena penal. Lo mismo sucede si se entiende al "decomiso" como aquella "pena impuesta por el Estado", pues si las penas sólo pueden imponerse luego de una condena, entonces un decomiso aplicado antes de ese punto no resulta válido.

Una "barrera definicional", por lo tanto, funciona como una especie de "petición de principio" pues, inadvertidamente, se estarán postulando condiciones de utilización de un término que son las que, en rigor, se encuentran en discusión. Este "truco", por lo tanto, tendría el efecto de que alguna justificación posible de "decomiso" estuviese lógicamente implicada o lógicamente excluida por la caracterización del concepto.[16]

Para evitar esa situación, cuando hablemos de "decomiso" lo más conveniente será adoptar una definición que no dé por presupuesto qué funciones tiene o qué condiciones exige la utilización de dicha medida. De no hacerlo así, estaríamos levantando, lo queramos o no, una "barrera definicional" que no nos dejaría ver que el decomiso tiene distintas funciones o fines dependiendo cual sea el objeto sobre el que recae y las circunstancias en las que se dispone.[17] Por tal motivo, la mejor opción para lograr un debate fructífero reside en estipular una definición que no prejuzgue sobre esos aspectos.

[16] Véase HART, "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press 2008, p. 5. Sobre la falacia de petición de principio y razonamientos circulares, véase COMESAÑA, *Lógica Informal. Falacias y Argumentos Filosóficos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 73-77: "el hecho de que un razonamiento sea circular no tiene nada de malo en sí mismo. Nuestra intuición de que hay algo que anda mal con algunos razonamientos circulares… puede acomodarse de otra manera. Lo que puede estar mal con algunos de esos razonamientos es que se toman como premisas afirmaciones que no aceptaría la audiencia a la que están dirigidos" (p. 75).

[17] Véase, respecto a las "barreras definicionales" y el concepto de "pena", NINO, *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito* (trad. Guillermo RAFAEL NAVARRO), Buenos Aires, Astrea 1980, pp. 198-199. También, PÉREZ BARBERÁ, "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución", en *InDret,* 4/2014, pp. 3-4: "[l]o que no se puede hacer es blindar la introducción subrepticia de una cuestión normativa relevante mediante el recurso de bloquear la discusión sobre ella a través de una definición restrictiva" (el autor define a la pena como una respuesta institucionalizada que se manifiesta desaprobatoriamente a través de la irrogación de un mal —p. 3—).

Con ese fin en miras, parece conveniente la definición contenida en algunos tratados internacionales pues, como se verá, cumplen con el requisito de no erigir "barreras definicionales" indeseadas. En ellos se define al decomiso como: *"[l]a privación con carácter definitivo de algún bien por orden de un tribunal u otra autoridad competente"* (art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, art. 1 de la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios y art. 2.g. de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción).

Lo útil de esta definición (constituirá decomiso *"la privación con carácter definitivo de algún bien por orden de un tribunal u otra autoridad competente"*) es que no prejuzga sobre en qué supuesto y con qué fines *"la privación con carácter definitivo de algún bien"* puede ser dispuesto *"por un tribunal u otra autoridad competente"*. Y lo más importante, tampoco da por hecho que estemos frente a una "pena". Nótese que si bien se trata de la privación del ejercicio de un derecho sobre un bien o incluso de la interrupción de una disposición que de hecho se tiene sobre aquél, muchas otras medidas tomadas por el Estado comparten estas características, usando medios coactivos si es necesario, y no por ello las identificamos como "penas" (no se trata, por lo tanto, de una condición suficiente del concepto pena). Como decía NINO:

> "la pena es sólo una especie de la extensa familia de medidas que implican una privación de derechos normalmente reconocidos, usando medios coactivos si es necesario, ejercida por instituciones oficiales. Esta clase genérica incluye también las cuarentenas, el confinamiento de enfermos mentales peligrosos, las requisas de bienes en tiempo de guerra, la remoción o destrucción de objetos que obstruyen el tráfico o de edificios construidos antirreglamentariamente, la deportación de extranjeros sin permiso para residir en el país, etcétera".[18]

Por otro lado, esa noción de decomiso tampoco presupone si el procedimiento tendiente a su aplicación debe estar a cargo de un juez penal, civil o administrativo, ni el régimen procesal que debe utilizarse al efecto (lo que abarca estándares probatorios y cargas de prueba). Del mismo modo, tampoco prejuzga sobre el título que tenía la persona que detentaba la cosa o el bien antes

[18] NINO, *supra* nota 17, p. 209 (en la página 202 también menciona a "la ejecución de bienes para compensar daños causados por actos ilícitos de derecho civil o incumplimientos contractuales"). Dicho ahora a través de una comparación: en tanto "privación con carácter definitivo de algún bien por orden de un tribunal u otra autoridad competente", el decomiso no se diferencia de una expropiación (obviamente, lo que diferencia la expropiación del decomiso es que para el primero está previsto una indemnización como contrapartida de la privación del bien).

de que el Estado disponga de él: se puede aplicar a objetos propiedad del condenado, como a cosas o bienes que tenía o poseía ilegítimamente. Por lo tanto, esta definición tampoco aclara si la *"privación con carácter definitivo"* de un bien implica la extinción de un derecho real, o la interrupción, en los hechos, de una posesión o una mera tenencia.[19]

Por todo esto preguntar si el decomiso es una pena, o una medida de seguridad, o una acción civil o administrativa, es poner el caballo delante del carro. Lo que se debe hacer es preguntarse en qué casos sería válida la decisión de un tribunal de privar con carácter definitivo de alguna cosa o bien vinculado con un delito (*instrumento*, *producto, sustituto/subrogante, provecho/ganancia* de aquél, o bien el *valor equivalente* de cada uno de aquellos) y eso predeterminará la respuesta de si es necesaria, p. ej., una condena penal previa firme o si la medida no debiera estar regida por algún criterio como el de proporcionalidad[20].

V. Opciones

El Estado podría disponer el decomiso de alguna cosa o bien por distintas razones. Y todo lo dicho en el punto anterior no implica descartar, por cierto, que lo haga a título de "pena". Que en algún caso lo sea a tales fines, estará por verse.

[19] Véase, del Código Civil de la República Argentina, art. 2351: "[h]abrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad", y Art. 2352: "[e]l que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa…" (véase también art. 2461). También, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1909: "[p]osesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no", y art. 1910: "[t]enencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otro, ejerce poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor".

[20] De ese modo el concepto de "decomiso" pasa a funcionar como un "término intermedio" o prescindible, en el sentido de que podría afirmarse: "si se dan las condiciones A, B y C es obligatorio decomisar. Decomisar es privar de manera definitiva un bien" o, directamente, "si se dan las condiciones A, B y C es obligatorio privar de manera definitiva", sin que las oraciones tengan un significado diferente en función de que se utilice o no la palabra "decomiso" entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas. Sobre la función de términos como estos, dice BULYGIN: "[n]os queda todavía la tarea de esclarecer el papel que desempeñan estos términos típicamente jurídicos como 'obligación', 'derecho', 'propiedad', 'mayoría de edad', 'nacionalidad', etc., en el lenguaje jurídico. La afirmación de que su empleo no es necesario, no implica que sea supérfluo o inútil. Una vez que se ha logrado esclarecer su naturaleza y eliminar las representaciones míticas que tradicionalmente acompañan estos términos, su empleo resulta de gran utilidad práctica, pues permite simplificar notablemente la formulación de las normas. La utilidad del término intermedio como instrumento técnico se hace más patente cuando hay pluralidad de hechos condicionantes o consecuencias jurídicas" (*supra* nota 15, pp. 25-26).

Un primer camino, poco prometedor, para intentar rechazar la posibilidad de que se aplique un decomiso a título de pena, consistiría en afirmar que el decomiso no se encuentra mencionado en el artículo 5 del Código Penal. Dado que allí se dice que "[l]as penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación", se concluiría —argumento a contrario mediante— que para nuestro CP el decomiso no es una pena. Sin embargo, ello no puede ser un argumento determinante. Ya incluso en el nivel legal podría señalarse que el art. 30, CP, en la versión introducida por la ley 25.188 (BO 1/11/1999), alude a la "pena de decomiso".[21] Pero dejando de lado esa cuestión, lo relevante es el contenido de lo regulado jurídicamente por quien tenga competencia legislativa más que el nombre con el que titule su obra; en otras palabras, lo importante es determinar qué se ha regulado respecto de cuestiones tales como cuándo se puede imponer un decomiso, frente a qué supuestos y quiénes pueden sufrir sus consecuencias. Como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Gramajo", carece de trascendencia el *nomen iuris* utilizado por el Poder Legislativo para disponer la limitación al ejercicio de derechos. Si así fuere le resultaría muy fácil a las autoridades burlar los límites y garantías con los que la Constitución rodea al derecho penal.[22] Por cierto, tampoco puede ser determinante el procedimiento establecido para imponer un decomiso ni cuáles son los tribunales competentes para su imposición. Dicho en una palabra: una sanción de prisión de cinco años no dejaría de ser una pena por el hecho de que la imponga un juez civil en un proceso regido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por lo tanto, para poder definir si un caso concreto un decomiso importa la imposición de una pena o no, lo que necesitamos previamente es contar con una definición de tal concepto: sólo así podremos establecer si "la privación con carácter definitivo de algún bien (*instrumento*, *producto,*

[21] Art. 30 CP: "[l]a obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de *la pena de decomiso del producto o el provecho del delito* y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente: 1. La indemnización de los daños y perjuicios.2. El resarcimiento de los gastos del juicio. 3. El decomiso del producto o el provecho del delito.4. El pago de la multa" (según art. 28 de la Ley N.°25.188, B.O. 1/11/1999 —la bastardilla es agregada—).

[22] CSJN, "Gramajo, Marcelo Eduardo s/ Robo en grado de tentativa", 5 de septiembre de 2006 (Fallos 329:3680); también, CSJN, "Losicer, Jorge Alberto y otros s/ BCRA Resol 169/05", 26 de junio de 2012 (Fallos 335:1126), con cita de CIDH "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá", 2 de febrero de 2001, párrafo 129. Asimismo, TEDH, "Engel y otros c. Países Bajos", 8 de junio de 1976, serie A, §82. Véase también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, para quienes optar por una definición formal de pena (sólo es aquello que el poder legislativo define por tal) "llevaría a una inusitada tautología del poder: pena sería lo que las agencias políticas consideran tal" (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, § 5.I.5, p. 43).

sustituto/subrogante, provecho/ganancia de un delito o su *valor equivalente*) por orden de un tribunal u otra autoridad competente", es o no es una pena.

Como es sabido, las discusiones sobre el concepto de pena abarcan muchos temas de diversida complejidad;[23] sin embargo, al menos como primera aproximación para el tema que nos ocupa, resulta útil emplear la definición de ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA (más allá de las observaciones que se le harán luego).[24] Estos autores brindan una *definición negativa* según cual será una pena el ejercicio de coerción estatal que importe la *privación de un derecho* o *la imposición de un dolor* que *a)* no repara ni restituye y *b)* no detiene lesiones en curso, ni neutraliza un peligro inminente.[25] La consideran una definición *negativa* por dos razones: (a) porque no presupone una función positiva de la pena y (b) porque se obtiene por exclusión: cuando la privación de un derecho o la imposición de un dolor repare un daño o restituya el ejercicio de un derecho, se tratará de una función del derecho civil; cuando se lo haga para detener un curso lesivo en marcha o neutralice un peligro inminente, se tratará de una coacción administrativa directa o policial.[26]

[23] Véase, por todos, BETEGON, *La Justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, capítulo III, con referencias.

[24] Otra aproximación, también guiada por la definición que dan estos autores, puede verse en FREEDMAN, *supra* nota 10, pp. 4-14.

[25] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22: "pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa" (§ 5.I.6, p. 43).

[26] Sobre la coacción administrativa directa, véase ZAFFARONI, "¿Vale la pena?", en *Nino/Zaffaroni: Un debate sobre la pena*, Buenos Aires, Fichas del INECIP, 1999 [1991], pp. 28-29. Asimismo, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22, "[t]oda administración demanda un poder coactivo que le permita ejecutar sus decisiones. Este poder se ejerce de diferentes maneras. Las más comunes son (a) la ejecución subsidiaria del acto omitido por el particular (se efectiviza sobre su patrimonio), (b) las multas coercitivas y (c) la coacción directa. Esta última es la de más compleja delimitación respecto de la pena. La coacción directa importa una intervención en la persona o sus bienes, que puede tener efectos irreversibles. Se la emplea frente a un peligro por inminencia de un daño o lesión o porque es necesario interrumpir el que se halla en curso. Poco importa que el riesgo dependa o no de una acción humana, que en caso de serlo sea también delictiva, etc., sino que su presupuesto es la mera existencia del peligro" (§ 5.II.4, p. 44). "La coacción directa, como injerencia en la persona o bienes de un habitante para neutralizar un peligro inminente o interrumpir una actividad lesiva en curso, es un ejercicio de poder que tiene una explicación racional y que, por lo tanto, está legitimado dentro de esos límites… la coacción directa puede ser instantánea o inmediata o de ejecución diferida o prolongada. La de ejecución instantánea o inmediata no es otra cosa que el estado de necesidad o la legítima defensa convertidos en deber jurídico para el funcionario público. La autoridad administrativa competente tiene el deber de intervenir y su acción está legitimada dentro de los límites señalados. Pero a partir del momento en que cesa el peligro la coacción pasa a ser punitiva, salvo que la misma deba continuar para impedir la inmediata reanudación de la situación peligrosa" (§ 5.II.6, p. 46).

Conviene dejar sentado que la pregunta por el *concepto de pena*[27] no es la misma que la referida a cuándo (si es que en algún caso puede serlo) la institución "pena" o su aplicación en concreto, es legítima o está justificada.[28] A estos últimos interrogantes se refieren las llamadas "teorías de la pena" o "justificaciones morales del castigo", y la "teorías del delito" o "teorías de la imputación penal", respectivamente. La *definición negativa* de pena no predeterminada ninguna respuesta en esos ámbitos, sino que tan sólo demarca un terreno de actuación estatal que requiere ser especialmente justificado.[29]

Por lo demás, proceder de la manera opuesta, es decir, suponer que es la teoría de justificación del castigo la que construye una definición de pena, tampoco serviría de mucho, sino más bien lo contrario. Ello supondría, dicho ahora a través de ejemplos, que si disuadir la comisión de delitos es un fin que legitima el uso de la coerción estatal (al modo, por ejemplo, de una teoría de la prevención general negativa), entonces toda aquella medida que importe la privación de un derecho que logre ese efecto será considerara una pena; o si se acepta que está justificado moralmente que el Estado retribuya la comisión de un delito, que iguale al autor con su víctima o anule la ventaja injusta que implica su comisión,[30] considerar que toda medida coercitiva, cualquiera que ella fuera, que tienda, logre o constituya tales objetivos, será una pena. Sin embargo, tal forma de razonar sería contraproducente, en primer lugar, porque una definición de pena construida de tal modo estaría plagada de "barreras definicionales", con todo lo que ello implica (punto IV). En segundo lugar, porque trasladaría la discusión sobre la justificación del castigo hasta ámbitos donde nunca se consideró que era necesario hacerlo, y sin que represente

[27] Como se habrá notado, la utilidad de esta definición de pena depende de que esos distintos fines del actuar del Estado (civil/administrativo) pueden ser, a su vez, legitimados. De ese modo, cuando en ejercicio de la coerción estatal se restrinja un derecho o se imponga dolor sin que tal proceder esté cubierto por una justificación de tipo civil o administrativa (y a la que agregaría una función tributaria —véase nota 49—), se tratará de la utilización de una pena. Los fundamentos que legitiman el ejercicio de coerción con fines civiles, administrativos y tributarios, por su parte, no serán objeto de discusión aquí y se tomarán por válidos. Ello no implica desconocer lo mucho que se puede discutir al respecto a nivel moral, de filosofía política, constitucional y legal.

[28] Véase BEDAU/KELLY, "Punishment", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. Disponible en: http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/punishment/ [enlace verificado el día 16 de octubre de 2016].

[29] En particular, la definición negativa de pena utilizada por ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR no nos obliga a adoptar su "teoría agnóstica de la pena", según la cual el poder punitivo estatal no está o no puede ser legitimado y al derecho penal (entendido como saber de los juristas) le queda tan sólo el rol de limitarlo, a modo de dique o barreda de contención. De nuevo: la definición negativa de pena nos permite delimitar la actividad coactiva del Estado que no está justificada por discursos de derecho civil, de derecho tributario o derecho administrativo, en un sentido material.

[30] Véase MALAMUD GOTI, "Emma Zunz. Sentimientos y castigo", en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2002/A, pp. 107-121, y sus referencias. También, BEADE, "La (relativa) importancia del merecimiento", en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año II, vol. 1, 2015, p. 115, nota 13.

algún beneficio para debate. Nótese que seguir ese camino generaría la paradójica consecuencia de que, por ejemplo, una condena a indemnizar un daño por responsabilidad extracontractual debería ser considerada una pena, ya sea porque en sí misma tal tipo de responsabilidad genera efectos disuasivos (y no hay duda que los genera, que sean suficientes es otro cantar), ya sea porque iguala a la víctima o deshace, de algún modo, una ventaja injusta que obtuvo el autor por el solo hecho de cometer un delito. Por supuesto que sería posible llamar a esa indemnización una "pena", pero ¿qué ventaja tendría hacerlo? Más importante que el título que se le ponga a una medida estatal son las condiciones de su utilización legítima (¿sería necesario el mismo estándar probatorio, se distribuiría del mismo modo la carga de la prueba, regirían los mismos principios de atribución de responsabilidad, etc., para aplicar la "pena" de indemnización patrimonial que para imponer una "pena" de diez años de prisión?). Precisamente, si por algo se han caracterizado las discusiones sobre la fundamentación del castigo es porque giran sobre medidas que de ningún modo serían identificadas como una indemnización patrimonial o como la anulación de los beneficios económicos obtenidos por la comisión de un delito,[31] sino, por el contario, con el mandar a alguien a la cárcel, por ejemplo.

De ese modo puede apreciarse que la ventaja de una definición negativa de pena como la analizada es que permite delimitar la gama de medidas coercitivas institucionales que merecen una justificación particular, en tanto no puede ser brindada por los argumentos que justifican las reglas

[31] Esto tampoco sería así siquiera para Michel DAVIS, que es el autor que uno de los árbitros anónimos de este artículo invocó como un ejemplo de una postura retribucionista que construiría "cierto concepto de castigo". Véase DAVIS, "Desert and Unfair Advantage: What's the Connection?", en *Law and Philosophy*, vol. 12, n.º 2, 1993, p. 150. Más referencias a obras de DAVIS en DOLINKO, "Mismeasuring 'Unfair Advantage': a Response to Michael Davis", en *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, p. 497, nota 14. En el mismo sentido, Anthony R. DUFF, cuando describe la postura de Michael DAVIS en *Harm and Retribution*: "*[t]he unfair advantage which punishment removes consists, we should note, not in any contingent benefits which the criminal might gain from her crime, but solely in the freedom from self-restraint which is intrinsic to her action as a breach of the law; and that advantage is one which she takes not primarily over the direct victim (if there is one) of her crime, but over all those who restrain themselves from breaking the law. It is from their restraint that she benefits, and to them that she owes the self-restraint which she is now refusing to exercise. We might also seek to confiscate whatever material profit she gained from her crime, and require her to compensate her victim, but such measures are distinct from punishment, which focuses solely on the unfair advantage over the law-abiding which is intrinsic to the criminal's offence*" (DUFF, "Auctions, Lotteries and the Punishment of Attempts", en *Law and Philosophy*, vol. 9, n.º 1, 1990, p. 4) [Traducción del autor: "la ventaja injusta que el castigo quita consiste, debemos notar, no en algún contingente beneficio que el criminal pueda obtener de su crimen, sino simplemente en la liberación del autocontrol que implica el quebrar la ley; y tal ventaja es una que el autor no toma preliminarmente de la víctima directa de su hecho (si es que la hay), sino sobre todos aquellos que se contienen de quebrantar la ley. Es del autocontrol del resto que el autor se beneficia, y es a ellos a quien les debe autocontrol, cosa que se niega a hacer. Podríamos también confiscar cualquier beneficio material que haya obtenido de su crimen, y requerirle que compense a su víctima, pero esas medidas son distintas a la pena, que está enfocada exclusivamente en la ventaja injusta sobre quienes respetan la ley que es intrínseca a la ofensa de quien comete un crimen"].

que generalmente llamamos de derecho civil o la actuación del Estado calificable como coacción administrativa directa.

Al margen de ello, debe remarcarse que la *definición negativa* permite delimitar lo que cae fuera de ella, pero no niega que dentro de su campo de actuación puedan hacerse otras subdivisiones que acarrearán, por su parte, diferentes consecuencias teóricas (por ejemplo, la más o menos estricta reglamentación de las garantías procesales que deben rodear la aplicación de una pena). Así, por ejemplo, entre las medidas estatales abarcadas por la *definición negativa de pena* podrían establecerse distinciones entre sanciones disciplinarias, sanciones contravencionales, sanciones administrativas y sanciones de tipo estrictamente penal. El criterio más evidente para intentar subdivisiones (problemas de penumbra al margen) quizá sea la diferente gravedad que puede adoptar cada clase de sanción: multa, inhabilitación o prisión, como así también la cantidad que se imponga (p. ej., privación de la libertad de un día hasta muchos años, multa de 10 pesos a millones, inhabilitación de una semana a perpetua). Asimismo, también podría jugar un papel importante el contenido comunicativo acoplado a la imposición de una o algunas sanciones; en otras palabras, la cuestión de si la aplicación de una sanción propiamente penal debe incluir o consiste en la expresión terminante de una censura o reproche por lo hecho.[32] Paralelamente, otro factor que acaso deba considerarse y con posible incidencia transversal en esta cuestión, es el relativo al bien jurídico protegido o el contenido de la norma cuya vigencia se pretende conservar a través de la previsión y aplicación de una sanción subsumible dentro del concepto negativo de pena. Esto nos remite, a su vez, al conocido debate sobre la diferencia entre las contravenciones y delitos (cualitativa vs. cuantitativa) y las repercusiones que tiene en el esquema federal de la República Argentina (mientras el Congreso Nacional tiene competencia para dictar normas penales —art. 75, inc. 12, CN—, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la tienen respecto de las contravenciones —arts. 75, inc. 30, y 129, CN—). Sin embargo, cualesquiera que sean las opiniones sobre esas diversas materias y, en particular, sobre si resulta viable hacer subdivisiones dentro de todo el universo de medidas estatales abarcadas bajo el concepto negativo de pena, las conclusiones del presente trabajo no se verán modificadas. De nuevo: lo provechoso de una *definición negativa del concepto de pena* es que delimita el campo en el que la actuación de la autoridad pública requiere de una justificación especial, distinta a la que fundamentaría su intervención en los otros ámbitos (reparación/restitución/fines tributarios/coacción directa).

[32] Véase, PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 17; también, BERMEJO, "Aflicción directa e indirecta en el concepto de pena", en ALEGRE/GARGARELLA/ROSENKRANTZ (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 183-199.

Volvamos ahora al tema que nos ocupa. Pertrechados de este aparato conceptual (definición estipulativa de "decomiso", "pena", "instrumento", "sustituto/subrogante", "provecho/ganancia" de un delito y "valor equivalente") estamos en condiciones de retomar el camino hacia el tema que nos interesa: con qué fines y bajo qué presupuestos puede la autoridad competente, de manera válida, privar definitivamente de un bien o, lo que es lo mismo, disponer un decomiso. Como veremos, sólo en algunos supuestos constituirá una pena; en otros se tratará de medidas de tipo civil o administrativas.

VI. Distinciones

a) El decomiso como medida materialmente civil

a.1) El decomiso (privación de un bien) constituirá *materialmente una acción civil* cuando tenga por fin restituir una cosa o bien a la víctima o un tercero, o indemnizar a la víctima por un daño sufrido (perjuicio presente o futuro/lucro cesante/pérdida de la chance). Por lo tanto, lo será cuando recaiga sobre el *producto* del delito y este producto haya constituido el objeto del daño a alguien (por ejemplo, cuando se decomisa para devolver los bienes de un robo o se restituye un inmueble usurpado). También será una acción *materialmente civil* cuando se dirija no ya contra el concreto bien que fue producto del delito y sustraído a la víctima, sino cuando tenga por objeto un bien *sustituto* o *subrogante* que será destinado a aplicárselo (directamente o previa ejecución y remate) al resarcimiento de la víctima o terceros; lo mismo sucede cuando la medida recaiga, con tal fin, sobre el *valor equivalente* de aquellos elementos (en rigor, el pago de una sentencia civil por una demanda de daños y perjuicio generados por un delito o bien los remates dispuestos para su ejecución constituyen "decomisos" en tanto se trata de la "privación de bienes con carácter definitivo por disposición de un tribunal").

a.2) Pero no todos los delitos implican una afectación al patrimonio de alguna víctima o perjudicado, ya sea una persona privada o ente público (por ejemplo, el Estado provincial o nacional). Existen otros en los que el producto del ilícito no supone a la vez el desapoderamiento o la limitación de un derecho concreto de otra persona. Por ejemplo, el precio que se paga por el tráfico de armas o la dádiva que recibe el funcionario en un cohecho, no generan que el "patrimonio de una víctima se vea disminuido" (o en otros términos: el fundamento de la prohibición y castigo de tal clase de actos no reside en ello). Sin embargo, el decomiso de tales cosas o bienes o el de *sustitutos/subrogantes* no deja de tener el carácter *materialmente civil*. Nótese

que en esos casos (como también en el de los delitos que generan una disminución patrimonial de una persona) el decomiso equivale a las acciones procesales posesorias o reales, propias de la rama del derecho conocida como "derechos reales". Se logra, de ese modo, rectificar o retrotraer la situación a un punto anterior, pues los contratos que representan esos intercambios (en los ejemplos del tráfico de armas y el cohecho, "compraventa" y "locación de servicios", respectivamente) son claramente nulos por su ilegalidad (por ejemplo, arts. 502, 944 y 1044 del Código Civil de la República Argentina y arts. 279, 281, 386, 387 y 390 del Código Civil y Comercial de la Nación). La única diferencia en esta clase de delitos (por contraposición a los delitos que generan víctimas patrimonialmente afectadas) es que el Estado aquí toma el rol que en los restantes casos *está habilitado* a adoptar la víctima o afectado, de impulsar la acción posesoria o de dominio civil. Sobre esto volveré más adelante.

b) El decomiso como medida administrativa

b.1) El decomiso, es decir, *"la privación con carácter definitivo de algún bien por orden de un tribunal u otra autoridad competente"*, será una medida de *tipo administrativo* cuando se dirija contra los *instrumentos* y *producto* del hecho que no puedan circular libremente en el mercado. Sería el caso, por ejemplo, de armas de fuego, explosivos o residuos peligrosos. El decomiso de estos bienes constituye materialmente una *coacción administrativa directa* dado que el *instrumento* utilizado para llevar a cabo el hecho o su *producto* no es un elemento que puede circular libremente en la sociedad: o bien nunca puede (mercadería ilegal en cuanto a su tenencia y transferencia), o bien sólo podrá hacerlo bajo determinadas medidas de seguridad (únicamente por parte de ciertos sujetos o instituciones, previa autorización y supervisión de su uso por parte del Estado). Acaso el ejemplo más claro sea el de los estupefacientes.[33] Está prohibida su producción y transferencia, con lo que debieran ser sacados del poder de las personas estén o no vinculados con un delito.[34] Se tratan de cosas o elementos que se encuentran fuera del comercio ya por el hecho de que la

[33] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22, (§63.III.5, p. 943): "[e]l decomiso es una pena accesoria, puesto que se distingue de ciertas medidas de coacción administrativa directa de carácter policial preventivo (secuestro de armas, explosivos, medicamentos, obras de arte, dinero, etc.) y porque tiene lugar siempre que haya condena" (véase también, en la misma obra, § 63.III.9, p. 945 y § 4.II.2, p. 36, § 5.II.9 y 12, pp. 47 y 48, y § 7.VI.4, p. 62). Nótese aquí que los autores están utilizando, implícitamente, una definición no neutra de "decomiso" pues, barrera definicional mediante, no llaman decomiso al secuestro de armas, explosivos, medicamentos adulterados, etc. Al margen de eso, y sea cual fuera la etiqueta que utilicen, en la cita queda claro que el fundamento por el cual se privan tales elementos no es el de aplicar una "pena".

[34] Dejo de lado aquí la cuestión de cómo conjugar esta afirmación con la de que el consumo personal de estupefacientes, sin trascendencia a terceros, no puede ser objeto de sanción penal (CSJN, "Arriola, Sebastían y otros s/ Causa Nº 9080", 25 de agosto de 2009, Fallos 332:1963 y sus citas).

propiedad, como todos los derechos, no es absoluta, sino sujeta a regulación por leyes que pueden imponer restricciones por fines públicos, siempre que no alteren la sustancia del derecho (CSJN Fallos: 247:121, 312:318, 314:225; 315:380; 320:196, entre muchos otros). El Estado, en tal función, está habilitado a limitar su ejercicio, por ejemplo, por fines de salubridad.[35]

Dado que no se trata de una pena (pues la medida constituye una *coacción administrativa directa*), tampoco rige el principio de personalidad de la sanción que prohíbe, dicho en una frase, que el castigo trascienda a terceros. De ahí que no pueda objetarse constitucionalmente una regulación como la contenida en el segundo párrafo del art. 23, CP (según ley 25.815): "[s]i las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados". Tampoco regirá la garantía de juicio previo (o presunción de inocencia). Dado que no se trata de una pena, el procedimiento por el cual se dispone el decomiso no necesita estar rodeado de todas las garantías que reglamentan la imposición de una sanción penal. De nuevo el caso más claro lo constituyen los estupefacientes: la ley ordena destruir la sustancia luego de realizado el peritaje y la separación de muestras (art. 30, ley 23.737), y nunca nadie (tribunal o jurista) ha objetado el procedimiento alegando que la destrucción de la sustancia es una pena impuesta sin condena.

b.2) Pero el caso de bienes o cosas de circulación prohibida o limitada no es el único en el que un decomiso se impondrá con la función de *coacción administrativa directa*. Antes, en el punto VI.a.2, se distinguió entre aquellos delitos que tienen una víctima que ve su patrimonio disminuido con motivo del hecho, de aquellos otros en los que no. En uno y en otro caso se sostuvo que el decomiso del *producto* del delito como así también los bienes *sustitutos/subrogantes* o el *valor equivalente* constituyen una *medida materialmente civil*, en tanto se busca volver las cosas a un punto anterior. Pero en el segundo, el rol de la víctima que podría ejercer la acción para lograr la recuperación del bien o una compensación que resarza la situación, era tomado por el Estado. ¿Pero qué legitimidad tendría para hacer esto? El fundamento viene dado por el hecho de que si no se procediera al decomiso de las cosas y bienes *producto* de un delito o bien de los *sustitutos/subrogantes*, se generaría una desventaja con relación al resto de los integrantes de la

[35] Aquí, como en cualquier reglamentación/restricción de derechos, rige lo que se ha dado en llamar "principio de razonabilidad o proporcionalidad" (según que el ámbito de discusión sea el anglosajón o continental). Véase CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 7 (nota 23) y pp. 31 ss. Para un exhaustivo análisis de este principio, CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional,* Buenos Aires, Eudeba, 2009.

sociedad que se sujetan a las normas para llevar adelante sus planes de vida. Neutralizar esa desventaja patrimonial es lo que hace de esta medida una *coacción administrativa directa.*[36]

Cualquier sistema normativo implica una serie de restricciones respecto de los medios que una persona puede utilizar para conseguir sus objetivos.[37] De ahí que sea posible —aunque no necesario— que nuestros *deberes* entren a contradecir las preferencias individuales (p. ej., alguien podría querer lograr ilegalmente un excelente pasar económico, pero no le está permitido hacerlo).[38] Por lo tanto, no corregir la diferencia patrimonial generada a raíz del delito importaría mantener los efectos de una violación de las reglas de juego en la vida social, una ventaja que beneficia a aquel que no respeta las reglas y goza de los beneficios de que los demás las cumplan;[39] se trata de la actitud del *free rider.*[40]

[36] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22: "[l]a incautación de los beneficios societarios ilícitos tiene una finalidad restitutiva o reparadora: el Estado asume la representación de intereses difusos o colectivos, cuando no es el propio fisco que se cobra por este medio". (§ 5.II.9, p. 47). Asimismo, BOWLES/FAURE/GAROUPA, "Economic analysis of the removal of illegal gains", *supra* nota 8, p. 543; "*Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective", supra nota 8, p. 280: "[f]or offences such as theft the offender can be required to return stolen goods or to pay compensation to the victim of the crime. But for 'victimless crimes' such as environmental pollution or drug trafficking the harm caused by crime is experienced by society at large rather than by individual victims. In that particular cases the confiscation of the illegal gain thus replaces compensation to the victims*" (traducción del autor: "para ofensas tales como el robo, se le puede exigir al autor la devolución de lo hurtado o una compensación para la víctima. Pero en los 'crímenes sin víctimas', tales como el daño ambiental o el tráfico de drogas, el daño causado por el delito es experimentado por toda la sociedad más que por una víctima particular. En esos casos la confiscación de la ganancia ilegal reemplaza por lo tanto a la compensación de las víctimas").

[37] GUIBOURG, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004, pp. 115-121.

[38] JAKOBS, "Sobre la génesis de la obligación jurídica" (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 18.

[39] Véase BLANCO CORDERO, "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)", en CAPARRÓS/ONTIVEROS ALONSO/RODRÍGUEZ GARCÍA (eds.), *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, México, Ubijus, 2012: "[e]l comiso *no tiene los mismos fines de la pena criminal*, sino que persigue remediar un estado patrimonial ilícito surgido como consecuencia de la comisión de un delito. Fin del comiso es corregir una perturbación del ordenamiento jurídico consecuencia de la situación patrimonial ilícita generada por la comisión de delitos. No pretende desaprobar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado. Para ello se asigna al Estado la propiedad de los bienes utilizados o que se pretende utilizar para la comisión de delitos" (pp. 340-341). [Dicho sea de paso: cabría preguntar a esta postura en función de qué se afirma que el decomiso "no pretende desaprobar ni castigar un comportamiento antijurídico", y la respuesta implícita debería ser "porque en estos casos respondería a fines civiles o de coacción administrativa directa".] La idea de que la pena tiene por fin o debe procurar, ya sea como institución o en su aplicación en concreto, eliminar una ventaja injusta obtenida por el autor por cometer el delito, también ha sido utilizada como argumento para fundarla moralmente. Sin embargo, esas posturas exceden a la cuestión patrimonial que involucra las distintas funciones del decomiso y merecen una discusión aparte (véase notas 30 y 31).

[40] GUIBOURG, "La norma entre el hecho y el valor", en GUIBOURG, *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 189. También, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, pp. 240-241.

En definitiva, quien resulte beneficiado por la comisión de un delito (y aquí me estoy refiriendo a quien obtenga su *producto*, *bienes subrogantes/sustitutos* y el *provecho/ganancia*) estará rompiendo las reglas del juego social vinculadas con la obtención de su posición patrimonial. Por utilizar un ejemplo conocido: el comerciante que evade sus impuestos tiene una ventaja competitiva en el mercado respecto de quien no los paga.[41] Cuando el Estado elimina esa ventaja mediante el decomiso, lo que hace es rectificar una situación que no debería haberse generado y que, una vez realizada, continúa produciendo efectos.[42]

Por tal motivo, el *producto* de un delito podrá o no importar afectación del patrimonio de alguna persona, sin embargo, su obtención siempre generará una ventaja a favor del autor (un beneficio) respecto del resto de las personas que no cometen delitos (en ese sentido, son perjudicados indirectos del hecho). De ahí que esos bienes deban ser decomisados, como así también los *sustitutos/subrogantes*, pues el beneficio generado por el delito se mantiene tanto si conserva el bien, como si lo cambia por otro. Y esa misma desventaja, por otro lado, es lo que justifica el decomiso del *provecho o ganancia* de cualquier clase de delito, como así también el decomiso de su *valor equivalente*.

[41] CSJN, "Dr. García Pinto, José p/ Mickey SA s/ Infracción art. 44 inciso 1, ley 11.683", 5 de noviembre de 1991 (Fallos 314:1376): "la sujeción de los particulares a los reglamentos fiscales constituye el núcleo sobre el que gira todo el sistema económico y de circulación de bienes. La tan mentada equidad tributaria se tornaría ilusoria de no mediar, al menos, el cumplimiento de los deberes formales establecidos en cabeza de quienes tengan responsabilidad impositiva. Precisamente resulta un hecho notorio la situación en que se encuentran aquellos que en el ejercicio de sus actividades cumplen con los recaudos que las leyes y reglamentos les imponen, frente a otros que operan en los circuitos económicos informales y de creciente marginalidad. El cumplimiento de los extremos formales constituye, en el caso, el instrumento que ha considerado el legislador para aproximarse al marco adecuado en el que deben desenvolverse las relaciones económicas y de mercado. En lo particular, las exigencias relativas a la emisión de facturas se establecen para garantizar la referida igualdad tributaria; desde que permiten determinar la capacidad tributaria del responsable y ejercer el debido control del circuito económico en que circulan los bienes" (considerando 9°). Véase también el considerando 7° del voto de los jueces Belluscio y Petracchi.

[42] Este argumento merece mucho más desarrollo, sin duda más del que estoy en condiciones de dar hoy día. Por lo pronto puedo decir que mis intuiciones son coincidentes con el principio de que el injusto no debe generar beneficios. Sobre la cuestión puede verse SALINAS, "La rectificación de la injusticia en Nozick: debates e implicaciones para los reclamos territoriales indígenas", en *Revista Co-herencia,* vol. 9, n.° 16, 2012, pp. 119-144. También GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidos, 1999, pp. 65-66. Por lo demás, no se debe perder de vista que los juicos que hagamos en este plano serán relativos al sistema normativo que tomemos de referencia. Por ejemplo, "podemos pensar que alguien está cometiendo un crimen, pero si el contexto social en el que el acto sucedió es injusto, lo que aparentaba ser un crimen pudo 'tan sólo haber ayudado a devolverle (al aparente ladrón) lo que la injusticia general de nuestro sistema le había privado'" (REIMAN, "The Moral Ambivalence of Crime in an Unjust Society", en *Criminal Justice Ethics*, vol. 26, n.° 2, 2007, p. 4, con cita de KANT, *Lectures on Ethics*, Hackett Publishing Company, 1963, p. 194, [traducción del autor]). Véase, PAPAYANNIS, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, capítulo IV ("Justicia distributiva y justicia correctiva. Dos modos de ordenar la sociedad").

Podríamos servirnos aquí de la estructura formal de un argumento de NOZICK y decir:

1) Una persona que adquiere una pertenencia conforme a las leyes tiene derecho a ese bien;

2) Una persona que adquiere una pertenencia de acuerdo con lo que estipulan las leyes de la transferencia de bienes tiene derecho a la pertenencia;

3) Nadie tiene derecho a un bien excepto por aplicaciones (repetidas) de 1 y 2.

Como sabemos, no todas las situaciones reales son generadas de conformidad con estos criterios. Algunas personas roban a otras, las defraudan o los esclavizan. Tales quebrantamientos generan la necesidad de rectificar la situación.[43]

c) Decomiso como pena

A diferencia de los casos en los que el objeto y función del decomiso determine su función *civil* o de *coacción administrativa directa*, el decomiso importará la aplicación de una pena cuando recaiga sobre los instrumentos de un delito que tengan libre circulación en el mercado. Si el delito ha sido descubierto y sancionado, el decomiso de los *instrumentos* no importa ni un resarcimiento ni una reparación, ni detendrá un curso dañoso en marcha ni un peligro inminente.[44] Del mismo modo, constituirá una pena el decomiso de *valor equivalente* del instrumento de un delito; en rigor, no se trataría más que de la aplicación de una pena de multa calculada en función del instrumento utilizado.

Suele afirmarse que la privación de los *instrumentos* del delito con carácter definitivo (su decomiso) no constituiría una pena pues el derecho de propiedad no protege el uso delictivo que se haga de los bienes y que esa concepción de la propiedad —limitada a su uso legítimo— es la

[43] El planteo de NOZICK, del cual aquí únicamente se toma su estructura formal, puede verse en su libro *Anarquía, Estado y utopía* (trad. Rolando TAMAYO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 154.

[44] Únicamente podría considerarse una coacción administrativa si se sostiene que el sujeto ya condenado por el delito que utilizó la cosa como instrumento la volverá a usar con idénticos fines, pero esta presuposición reposaría en un derecho penal de autor.

tradicionalmente sostenida.[45] Sin embargo, si ese argumento fuera suficiente para negarle el carácter de pena al decomiso de instrumentos (de circulación permitida), entonces tendría que valer lo mismo para las sanciones privativas de la libertad: la prisión impuesta por un homicidio no sería una pena pues "el derecho a la libertad personal no puede proteger su uso delictivo"; más bien, se trataría —desde esa óptica— de la reglamentación del ejercicio del derecho a la libertad física. Y, hasta donde alcanzo a ver, no encuentro defensores de esta postura. Lo que implica la afirmación de que "el derecho de propiedad no ampara su uso delictivo" es que, dicho a través de un ejemplo, cuando se prohíbe "utilizar un cuchillo para matar a alguien" ello no constituye siquiera una limitación del "derecho de propiedad de la persona sobre el [uso del] cuchillo". En rigor, lo que está en discusión allí es el propio contenido de un derecho (*vgr.* el derecho de propiedad) o, si se quiere, su delimitación frente a la interacción con otros derechos.[46] En todo caso, si se quisiera llevar el debate a ese campo y afirmar, por ejemplo, que "la sanción de prisión no es una pena, sino la reglamentación del legítimo uso del derecho de la libertad personal", no se podría evitar los espinosos temas sobre los que versan las "teorías de la pena" o la "fundamentación moral del castigo", pues pasarían a formar parte de la discusión sobre "el contenido o regulación del derecho a la libertad".

Al margen de lo anterior, el único supuesto en el que el decomiso de un instrumento podría ser considerado una *coacción administrativa directa* es el caso de una asociación ilícita en actividad. Por ejemplo, se decomisa un inmueble de una red de trata de personas en funcionamiento. Como dicen ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR:

> "mientras continúa una actividad lesiva, la coacción para detenerla no es pena sino coacción directa" (§ 5. II.7, p. 47); "[u]na empresa criminal es una actividad grupal compartida, cuya continuidad debe ser interrumpida por el Estado, de modo que mientras su poder se dirija a ese objetivo, será coacción directa y no punición. La criminalización secundaria, en esos casos, puede eventualmente tener el efecto de ser *materialmente* una forma de coacción directa, al menos hasta el momento en que con ella se interrumpa la actividad grupal. Cualquiera que sea el título o denominación que se invoque para su ejercicio, el dato de realidad determinante

[45] Conf. BERMEJO/RACHID, *supra* nota 10, p. 12; FREEDMAN, *supra* nota 10, p. 12, COLOMBO/STABILE, *supra* nota 10, pp. 1401-1405, y BLANCO CORDERO, *supra* nota 39, pp. 341-342.

[46] ROLDÁN, "¿Criminalización de la protesta social o persecución de delitos? Aclaraciones necesarias", en BEADE/VITA (coords.), *Criminalización de la protesta. La respuesta del Estado frente a los reclamos ciudadanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, capítulo II.C, con referencias.

> será que se trate de un poder conducente para la interrupción de la actividad grupal delictiva. Pero debe tenerse presente que, en cualquier caso, a partir del momento en que se desbarata la actividad grupal, en que la misma cesa espontáneamente o por cualquier razón se interrumpe sin peligro de reanudación inminente, el poder que se siga ejerciendo sobre las personas involucradas será poder punitivo". (§ 5. II.7, p. 47).

Por lo tanto, aun cuando podría decomisarse un instrumento a título de coacción directa, al momento en que cese la actividad delictiva el decomiso pasará a justificarse en tanto pena. Sea como fuera, desde que se decomisa un instrumento con dicho fin (es decir, en tanto pena), empezará a regir el principio de personalidad de la pena[47] (por lo que no podrá decomisarse un bien perteneciente a una persona ajena al hecho), como también el principio de proporcionalidad.[48]

d) Adenda: dos observaciones sobre el concepto negativo de pena de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR

Como vimos, estos autores definen la pena como el ejercicio de coerción estatal que importa la privación de un derecho o la imposición de un dolor que *a)* no repara ni restituye y *b)* no

[47] Una aplicación de ello se puede ver en el art. 876, Código Aduanero: "1. En los supuestos previstos en los artículos 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicarán las siguientes sanciones: a) el comiso de las mercadería objeto del delito. *Cuando el titular o quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción…* el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza; b) el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito, *salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía conocer tal empleo ilícito*". También en el art. 30 de la ley 23.737: "[e]l juez dispondrá la destrucción… de los estupefacientes en infracción o elementos destinados a su elaboración *a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable…* Además se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito, *salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acreditaren que no podía conocer tal empleo ilícito*".

[48] Véase, asimismo, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22, § 63.III.5, p. 943: "puede tratarse de un instrumento que se haya utilizado para cualquier acto ejecutivo punible, para un acto consumativo y aun para actos de agotamiento, de modo que el inmueble o los vehículos, las cuentas bancarias o cualquier otro valor empleado como instrumento o infraestructura para la comisión de un ilícito puede ser objeto de esta pena accesoria; sin embargo deberá atenerse a las reglas para la individualización de la pena, cuando la magnitud de los bienes afectados lesione la medida de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, lo que por otro lado evita que la pena se convierta en confiscación"; también, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. José Luis MANZANARES SAMANIEGO), 4.ª ed., Granada, Comares, 1993, § 76.II.1, p. 724: "en un pequeño delito de contrabando no se decomisa el vehículo de motor utilizado para cometerlo".

detiene lesiones en curso, ni neutraliza un peligro inminente.[49] Por lo tanto, el substrato mínimo de la definición lo constituyen la privación de un derecho o la imposición de un dolor por medio de la coerción estatal.

Si eso es así, podría sostenerse que aquél no es el caso cuando de lo que se habla es del decomiso del *producto* del delito o sus *sustitutos/subrogantes* e inclusive, del *provecho/ganancia*. Pues puede decirse que allí ni siquiera existe una limitación a un derecho cuando se priva a alguien de tales cosas o bienes. Sucede que quien obtiene algo por o a través de un ilícito no tiene en rigor un derecho de propiedad sobre el bien o la cosa, es decir, no tiene un título válido para ello.[50] Por lo tanto, si así se declara mediante un procedimiento judicial, no se estaría limitando un derecho que de otro modo se tendría, sino que se dejaría en claro, tan sólo, frente al autor y terceros, que en rigor *x* persona nunca contó con un derecho *y* sobre determinado bien o cosa. Dicho ahora de otro modo: a diferencia de la penas privativas de libertad, donde el autor tiene garantizado el ejercicio del derecho a la libertad ya antes de cometer el delito por el que será condenado, en el caso de la privación del *producto* de un delito (el cuadro robado, por ejemplo), sus *sustitutos/subrogantes* (el cuadro de distinto pintor que el autor consiguió por permuta) o el *provecho/ganancia* (lo que gana con el alquiler del cuadro para una exhibición), quien sufre el decomiso nunca tuvo un derecho de propiedad sobre esas cosas o bienes (lo que no ocurre con los *instrumentos* de circulación permitida utilizados en el hecho y el resto del patrimonio obtenido lícitamente sobre el que potencialmente podría recaer un *decomiso de valor equivalente*). Digamos que, en términos más gráficos, con el decomiso el autor no perdió nada, pues nunca lo tuvo ("no se puede perder lo que no se tiene"). Y

[49] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22, § 5.I.6, p. 43. A estas funciones (civil y administrativa) también se les podría sumar las de carácter tributario, en tanto ello involucra cargas pecuniarias de carácter coactivo (véase CSJN, "Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo", 5 de abril de 2014 (C. 486. XLIII), considerandos 6° y 7° del voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda, considerandos 6º a 8º de los jueces Petracchi y Argibay, y considerandos 11.ºa 13° y 18° del juez Zaffaroni). En efecto, sin otro factor de diferenciación, no es posible distinguir de otro modo una multa de un impuesto. Sobre los problemas en la definición de KELSEN sobre el concepto de acto ilícito y la imposibilidad de distinguir ambos tipos de medida, puede verse ROLDÁN, "El Pensamiento Penal y la Teoría General del Derecho: el olvido de Hans Kelsen", en CLÉRICO/SIECKMANN (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2011, con referencias. Sobre la definición de pena y el requisito de que se trate de una respuesta ante la "existencia previa de una ofensa", puede verse BETEGON, *supra* nota 23, pp. 156-172.

[50] BERMEJO/RACHID, *supra* nota 10, p. 12: "el fundamento del decomiso (…) reposa, en lo esencial, en que el derecho propiedad sólo existe en la medida en que la propiedad sea adquirida a través de los medios que el orden jurídico permite. La propiedad adquirida sobre la base de la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) está viciada en su origen y, por lo tanto, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta". También, FREEDMAN, *supra* nota 10, p. 12, COLOMBO/STABILE, *supra* nota 10, pp. 1401 y 1405, y BLANCO CORDERO, *supra* nota 39, pp. 341-342. En la misma línea, el preámbulo de la "Ley Modelo sobre extinción de Dominio".

tampoco podría decirse que se vieron privados de no ser turbados o privados del ejercicio de la mera tenencia o posesión (aunque más no sea ilegítima) de un bien, pues no se trata aquí de un particular que decide tomar en sus manos una disputa sobre la propiedad de un bien, sino, precisamente, de un procedimiento estatal que tiene por objeto debatir esa cuestión y a raíz del cual *"un tribunal u otra autoridad competente"* dispone *"la privación con carácter definitivo de algún bien"*.

Frente a tal argumento podría insistirse diciendo que si bien la privación de un *producto* o *sustituto/subrogante* de un delito o del *provecho/ganancia* obtenido no importa la limitación o recorte de un derecho, sí constituiría la provocación de un dolor, y con ello mercería formar parte de aquellas medidas de coerción estatales candidatas a entrar en el concepto negativo de pena (lo será en tanto no esté justificada por funciones civiles o administrativas de la coerción estatal). Sin embargo, la noción de "provocación de un dolor" podría ser superflua o prescindible del concepto negativo de pena pues no parece ser una condición necesaria ni suficiente para identificar lo que exige ser justificado allí a través de argumentos distintos a los de tipo civil o administrativo. En primer lugar, porque lo que identifiquemos como "dolor" y su grado o intensidad es algo bastante subjetivo y, como tal, contingente.[51] Pero, de la mano de ello, el único dolor o aflicción que puede ser considerado como prohibido, es el que derive o sea producto de la limitación de un derecho. En efecto, si una situación lícita genera aflicción, malestar o dolor (por ejemplo, un amor no correspondido), eso no importará la aplicación de una pena. O, ahora hablando del Estado, si una persona le genera mucho malestar o lo aflige el nombre que la legislatura local eligió para una calle, eso no lo llamaríamos una pena. Y si decimos que una persona no puede ser víctima de torturas, por ejemplo, no es porque eso le genera dolor, sino porque toda persona tiene derecho a no ser tratada de esa forma (por cierto, que se haya instituido ese derecho se debe a que no consideramos aceptable que se provoque dolor, pero eso es distinto a afirmar que "todo aquello que pueda generar dolor a un individuo" esté o deba ser prohibido por la legislación).

[51] Véase BETEGON, *supra* nota 23, pp. 146-156, y sus referencias. También, BERMEJO, *supra* nota 32, p. 189: "entender a las sanciones como privación de derechos es mucho más claro que apelar a dolores que resultan de suma vaguedad y gradación, de difícil constatación y que, además, tiene carácter contingente. En efecto, existen casos, como el del vagabundo que puede incurrir en pequeños delitos para ganarse el cobijo que encuentra en prisión, o el del fanático que comete delitos para ir a la cárcel con el fin de dar publicidad a su causa, o el caso del masoquista, en los que parece que no se inflige un sufrimiento. Es más, una parte de los delincuentes desarrolla su identidad, sus modelos de comportamiento y sus convicciones más fuertes en sintonía con las llamadas subculturas criminales, de modo que la condena en muchos casos puede tener el efecto de ensalzar la autoestima del individuo. La pregunta es si realmente en estos casos podemos seguir hablando con propiedad de acciones de castigo. Creo que la respuesta ha de ser afirmativa y que, de hecho, en el lenguaje ordinario resultaría forzada la alusión a las situaciones descritas sin el recurso a la palabra castigo o pena".

Lo anterior no debe ser visto como un intento de disfrazar la realidad.[52] En lo que sí el dolor tiene que ver con la sanción penal, no es respecto de qué se considera "pena" (aquella porción del ejercicio de la coerción estatal que no está justificada por fines civiles, tributarios o administrativos), sino de la justificación o no de su uso. Muchas teorías de la pena están comprometidas con la necesidad de que la sanción penal se traduzca con una situación que no genere placer o produzca desagrado e incluso sufrimiento, pero eso entra ya en el campo de discusión de las distintas teorías que intentan justificar la pena en tanto institución. Unido a ello, se estandariza una relación entre derechos restringidos al condenado y dolor, de modo que se parte del presupuesto de que a mayor número y extensión de derechos limitados mayor dolor producido, lo que permite hablar de penas más graves o duras que otras. En otros términos, según esas posturas se limita el ejercicio de uno o más derechos por fines no civiles/tributarios/administrativos precisamente porque de ese modo se genera mayor displacer o dolor, y la producción de esas sensaciones en determinadas cantidades es necesaria para que la generalidad de las personas se vean intimidadas, u observen que las normas siguen rigiendo, o porque es la manera de retribuir o comunicar desaprobación, etc.[53]

Volvamos ahora a la figura del decomiso. Si todo lo anterior fuera correcto, la privación con carácter definitivo del *producto* de un delito y sus posibles *sustitutos/subrogantes* o bien el de su *provecho/ganancia*, no caería siquiera en el concepto de pena; no ya porque se impondría a fines civiles o administrativos, sino debido a que desde el inicio no se trataría de la "limitación de un

[52] Véase CHRISTIE, *Los límites del dolor* (trad. Mariluz CASO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1981], capítulo II ("El escudo de las palabras").

[53] Para NINO el sufrimiento que la pena implica es un efecto intencional del acto de recurrir a ella (ya que se persigue como fin o como medio para otro fin), a la vez que admite que: "podría objetarse que la inclusión de esta propiedad distintiva en la definición de 'pena' implica erigir una 'barrera definicional' en contra de, por lo menos, dos posibles objetivos que a veces se aducen como fundamento para justificar medidas punitivas: la reforma o rehabilitación de los delincuentes y su incapacitación física para cometer otros delitos. Sin embargo, creo que en este caso es legítimo excluir por definición estos objetivos como propios de la *pena*. Me parece que difícilmente clasificaríamos como tal, en el uso común del lenguaje, una medida cuyo *único* objetivo fuera la rehabilitación o la incapacitación para reincidir del delincuente. En realidad, cuando se aducen estos propósitos como las únicas metas válidas en la lucha contra la delincuencia, los que así lo hacen suelen plantear su pretensión como un propuesta de reemplazar la pena por algo diferente (por ejemplo, medidas curativas o de seguridad)" (*supra* nota 17, pp. 203-204). Este planteo abre una discusión más profunda que no viene al caso encarar aquí aunque más no sea porque los medios con los que hoy día se cuenta para intentar rehabilitar a alguien o incapacitarlo para reincidir exigen la privación de derechos y la generación de dolor. Acaso la situación fuera distinta si algún día la neurociencia avanzara hasta tal punto que con sólo modificar algunas conexiones neuronales mediante un procedimiento inmediato que ni siquiera la persona sintiese, se garantizara que ese individuo nunca cometerá un homicidio, por ejemplo. Dejando de lado las discusiones sobre la noción de dignidad humana que tal técnica podría plantear, se trataría, en todo caso, de un procedimiento muy distinto al método Ludovico de "La naranja mecánica", por decirlo de algún modo.

derecho o imposición de un dolor": no habría aquí siquiera un derecho limitado o la producción de un eventual dolor jurídicamente relevante. Sí lo sería, en cambio, pero únicamente, el caso del decomiso de un *valor equivalente* a ellos y el de los *instrumentos* de circulación permitida en el mercado.

Por lo tanto, en la medida en que ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR pretendan seguir considerando al decomiso (distinto de las coacciones administrativas directas) como pena accesoria,[54] este argumento hablaría de la necesidad de entender en un sentido amplio o impropio al componente de la definición de pena negativa "privación de un derecho". En ese sentido, se vincularía más con la idea de "no permitir que un aparente derecho se ejerza" o bien, directamente, con el "uso de la fuerza o coerción estatal no justificada por argumentos de contenido civil, tributario o administrativo".

VII. Consecuencias

En función del análisis hecho hasta aquí, puede verse que la discusión acerca la legitimidad de la medida de decomiso estaba obstaculizada por el preconcepto de pensar que la llave de la utilización de esta herramienta es una y única. En cambio, si se acepta que el decomiso puede tener distintas funciones, los obstáculos se disuelven para dar lugar a las preguntas realmente importantes: ¿puede disponerse definitivamente de un bien por ser un *instrumento*, *producto*, *subrogante/sustituto*, *provecho/ganancia* de un delito o su *valor equivalente*? Y como vimos, podría hacérselo a los fines de reparar o resarcir a las víctimas o perjudicados, para evitar o detener un curso causal lesivo en marcha o inminente, o también en tanto aplicación de una pena.[55] La respuesta variará dependiendo del objeto sobre el que recaiga. De eso modo, el decomiso podrá ser una acción civil, una administrativa o bien una penal.

¿Pero no es todo esto un "fraude de etiquetas"? ¿No se cambia el nombre a algo que el Estado tenía prohibido hacer sólo para lograr, a través de esa maniobra, tener abierto el camino antes

[54] Véase *supra* nota 33.

[55] El Código Aduanero prevé, en su artículo 876.1.a, una medida mixta, pues allí se dispone el comiso de las mercaderías objeto del delito o "una multa igual a su valor en plaza" si no se pudiera aprehender o si su titular o quien tuviere la disponibilidad jurídica de ella no debiera responder por la sanción. Sin embargo, salvo que se trate de mercadería sujeta a una prohibición (al menos para el supuesto de prohibiciones absolutas: aquellas que impiden a todas las personas la importación o la exportación de mercadería determinada —art. 611 CA—), el producto del delito únicamente será el porcentaje de derecho aduanero no pagado, pero no la totalidad de la mercadería. Su decomiso (la parte que excede al valor del impuesto dejado de declarar) funcionaría como una multa calculada en función de la mercadería involucrada.

vedado?[56] Pienso que no sería el caso, pues sostener que el camino antes estaba cerrado es algo que, precisamente, debe ser objeto de demostración; de otro modo la objeción se sustentaría en un argumento circular. Si sólo fuera uno el argumento que exclusivamente pudiera brindar legitimación a la medida y se buscase sortear los requisitos de aplicación exigidos por aquél con sólo "no llamar a las cosas por su nombre", efectivamente se trataría de un ejemplo de "fraude de etiquetas". De un escamoteo, en otras palabras. Pero con el decomiso y las distintas funciones que puede adquirir según el objeto o bien sobre el que recaiga, no es eso lo que sucede dado que, como se intentó demostrar a lo largo del texto, argumentos de tipo civil/administrativo/tributario pueden justificar la "privación de algún bien con carácter definitivo por orden de un tribunal u otra autoridad competente". No se busca de este modo lograr una validez de la que antes se carecía. Un examen para constatar si no se está tratando de hacer contar como "pena" algo que no lo es (una medida civil, p. ej.) consiste en preguntarse si podrían oponerse argumentos que impidan la privación de ese preciso bien pero por parte de un juez civil (es decir, un juez sujeto a un procedimiento civil, con todo lo que lo diferencia de un proceso penal). Si eso se considera válido (por ejemplo, una acción de reconocimiento de derecho real) entonces el ejercicio funcionaría como indicio de que allí no habría un problema constitucional real.

Ahora, la posibilidad de subdividir los diversos fines o funciones que puede perseguir la imposición de un decomiso vinculado con la comisión de un delito permite proyectar diferentes consecuencias respecto de las condiciones bajo las cuales la aplicación de tal medida será válida. En particular, las derivaciones se proyectan a cuestiones procesales y respecto de la pregunta sobre quiénes pueden sufrir las consecuencias de la medida. Por ejemplo: en lo que se refiere a estándares probatorios, cuando se trate de un decomiso con fines civiles o administrativos podrán aplicarse los que se entiendan aplicables a aquellas materias. Lo mismo sucede con las cargas probatorias y presunciones. Como se sabe, estas cuestiones reciben distinto tratamiento cuando lo

[56] Referencias sobre el "fraude de etiquetas" pueden verse en GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* (trad. Paola DROPULICH y José R. BÉGUELIN), Buenos Aires, Marcial Pons, 2015, pp. 207-208: "un fraude de etiquetas no es más que el error de categorización que puede producirse por la diferenciación deficiente entre el objeto de la teoría normativa y las condiciones de legitimación de ese objeto. Se procede de tal manera que *ante la ausencia de una condición de legitimidad del objeto, en lugar de declarar la necesaria ilegitimidad, se tiene al objeto por no habido*. Sin embargo, aunque este error lógico es necesario para el fraude de etiquetas, no es suficiente (…) El fraude de etiquetas es algo que le reprochan a uno —un fraude— porque en razón de un error de categorización ha declarado admisible una forma de proceder que no sería admisible bajo un nombre diferente y que tampoco sería admisible en absoluto. Por lo tanto, al fraude de etiquetas le es inherente, junto al elemento lógico del error de categorización, el elemento normativo del compromiso con los fines de afirmar la legitimación, del *compromiso tendencioso en beneficio del poder".*

debatido en el proceso es la posible aplicación de una sanción penal. Pues allí es necesario que el juez cuente con certeza y que la carga de la prueba recaiga sobre el acusador. Además de eso, en el caso de medidas civiles y administrativas, el decomiso podrá afectar a los terceros que hayan adquirido o recibido la cosa. El límite estará dado por las reglas que la legislación pueda contener sobre cómo adquirir la propiedad en tales casos (prescripción adquisitiva, buena fe y título oneroso, o algún fin humanitario[57]), más allá del derecho que puedan tener a ser indemnizados. Muy distinto será cuando se trate de una pena, pues deberán cumplirse todas las garantías y principios que rigen el derecho penal. Por lo pronto la sanción no podrá afectar a terceros y también estará limitada por el principio de proporcionalidad de las penas; por lo demás, sólo podrá ser impuesta luego de recaída una sentencia firme.

Respetado todo aquello, no hay nada que oponer, *desde el punto de vista de la garantía constitucional del juicio previo y la presunción de inocencia*, a la institución del decomiso sin condena penal, en tanto, claro está, su aplicación no constituya una pena (y lo será cuando lo decomisado sea un bien de libre circulación que haya sido utilizado como instrumento de un delito ya concluido).[58] Esto no puede sorprender pues, p. ej., algunos supuestos que hoy día caen dentro del art. 305, CP, ya estaban abarcados por el art. 1101 del Código Civil vigente hasta el año 2015, cuando establecía que podría dictarse condena civil a pesar de haberse instado la acción criminal, en tanto el acusado hubiere fallecido o estuviera ausente. No obstante, la reglamentación o implementación procesal del "decomiso sin condena penal" o la llamada "extinción de dominio", deberá contemplar que la tramitación en paralelo de la imputación penal, o inclusive bajo un mismo proceso (es decir, bajo la decisión del mismo órgano jurisdiccional), no genere afectaciones a las garantías procesales, como la prohibición de autoincriminación forzada o el derecho de defensa en juicio. Por lo demás, cualquiera que sea el procedimiento elegido para aplicar un

[57] Respecto del fin humanitario, basado en la dignidad de la persona, BERMEJO/RACHID proponen no disponer el decomiso sobre las ganancias, o decretarlo parcialmente, cuando el valor neto de aquellas sea escaso o cuando ello signifique privar al afectado o su grupo familiar dependiente de su única vivienda o de los medios necesarios de subsistencia (*supra* nota 10, pp. 21-22 y 24). Sobre casos en los que el decomiso puede afectar a terceros véase, por ejemplo, el art. 23, CP: "[c]uando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos. Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste".

[58] Sin distinciones, en contra de la validez constitucional del art. 305, CP, véase TROVATO, "Art. 305", en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal Comentado. Tomo 12, Arts. 300/316. Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013: "pena sin condena previa" (p. 606), "la pena de decomiso sin condena" (p. 606). "Se trata de la posibilidad de aplicar una pena anticipada sobre una persona cuya estado de inocencia no ha sido aún destruido" (p. 607). También pp. 609-610.

decomiso en tanto medida civil o de tipo administrativo, se deberán respetar las genéricas garantías de defensa en juicio y debido proceso.

VIII. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

BEADE, Gustavo A., "La (relativa) importancia del merecimiento", en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año II, n.º 1, 2015, pp. 103-122.

BEDAU, Hugo Adam/KELLY, Erin, "Punishment", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. Disponible en: http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/punishment/ [enlace verificado el día 16 de octubre de 2016].

BERMEJO, Mateo G., "Aflicción directa e indirecta en el concepto de pena", en ALEGRE, Marcelo/GARGARELLA, Roberto/ROSENKRANTZ, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

— *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.

BERMEJO, Mateo G./RACHID, Cristian, "Informe sobre el decomiso de las ganancias derivadas del delito en la legislación argentina", en LASCANO, Carlos Julio (h)/MONTIEL, Juan Pablo (coords.), *Informe Crimint-UNC 2012: Reforma del Código Penal Argentino*, e-book, 2012, pp. 13-18. Disponible en: http://crimint.com.ar/2013/07/06/informe-crimint-unc-2012-reforma-del-codigo-penal-argentino/ [enlace verificado el día 2 de diciembre de 2016].

BETEGON, Jerónimo, *La Justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BIX, Brian, "Interrogantes en la interpretación jurídica" (trad. H. BOUVIER), en *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

BLANCO CORDERO, Isidoro, "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)", en CAPARRÓS, Eduardo A.F./ONTIVEROS ALONSO, Miguel /RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (eds.), *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, México, Ubijus, 2012.

BOWLES, Roger/FAURE, Michael/GAROUPA, Nuno, "Economic analysis of the removal of illegal gains", en *International Review of Law and Economics*, vol. 20, 2000, pp. 537-549.

— "Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n.º 2, 2005, pp. 275-295.

BULYGIN, Eugenio, *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.

CARRIÓ, Genaro R., "Lenguaje, interpretación y desacuerdos en el terreno del derecho", en *Notas sobre el derecho y lenguaje*, 4.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor* (trad. Mariluz CASO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1981].

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional,* Buenos Aires, Eudeba, 2009.

COLOMBO, Marcelo/STABILE, Agustina, "Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos", en *La Ley,* Buenos Aires, 2005-D.

COMESAÑA, Juan Manuel, *Lógica Informal. Falacias y Argumentos Filosóficos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2001.

DAVIS, Michel, "Desert and Unfair Advantage: What´s the Connection?", en *Law and Philosophy*, vol. 12, n.º 2, 1993, pp. 133-156.

DOLINKO, David, "Mismeasuring 'Unfair Advantage': a Response to Michael Davis", en *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, pp. 493-524.

DUFF, Anthony R, "Auctions, Lotteries and the Punishment of Attempts", en *Law and Philosophy*, vol. 9, n.º 1, 1990.

FERNÁNDEZ, Leandro Tadeo, "Confiscación sobre producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos", en *Revista Pensar en Derecho*, n.º 1, 2012, pp. 227-246.

FREEDMAN, Diego, "Regulación del decomiso en el derecho comparado". Disponible en: http://eventos.senado.gov.ar:88/18834.pdf [enlace verificado el día 2 de diciembre de 2016].

GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.

GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* (trad. Paola DROPULICH y José R. BÉGUELIN), Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.

GUIBOURG, Ricardo A., "La norma entre el hecho y el valor", en ÍDEM, *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

— *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004.

HART, Herbert L.A., "Definición y Teoría en la ciencia jurídica", en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (trad. Genaro R. CARRIÓ), Buenos Aires, Depalma, 1962.

— "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press, 2008.

JAKOBS, Günther, "Sobre el génesis de la obligación jurídica" (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), en JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. José Luis MANZANARES SAMANIEGO), 4.ª ed., Granada, Comares, 1993.

MALAMUD GOTI, Jaime, "Emma Zunz. Sentimientos y castigo", en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2002/A, pp. 107-122.

NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998 [1980].

— *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito* (trad. Guillermo Rafael NAVARRO), Buenos Aires, Astrea, 1980.

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía* (trad. Rolando TAMAYO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1991.

PAPAYANNIS, Diego M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución", en *InDret,* 4/2014.

REIMAN, Jeffrey, "The Moral Ambivalence of Crime in an Unjust Society", en *Criminal Justice Ethics*, vol. 26, n.º 2, 2007, pp. 3-15.

ROLDÁN, Santiago, "El Pensamiento Penal y la Teoría General del Derecho: el olvido de Hans Kelsen", en CLÉRICO, Laura/SIECKMANN, Jan (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2011.

— "¿Criminalización de la protesta social o persecución de delitos? Aclaraciones necesarias", en BEADE, Gustavo/VITA, Leticia (coords.), *Criminalización de la protesta. La respuesta del Estado frente a los reclamos ciudadanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

SALINAS, Alejandra M., "La rectificación de la injusticia en Nozick: debates e implicaciones para los reclamos territoriales indígenas", en *Revista Co-herencia*, vol. 9, n.º 16, 2012, pp. 119-144.

TROVATO, Gustavo F., "Art. 305", en BAIGÚN, David/ZAFFARONI, Eugenio R. (dirs.), *Código Penal Comentado. Tomo 12, Arts. 300/316. Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

VILLAR, Mario Alberto, "De por qué es inconstitucional la extinción por pago y ningún juez puede declararla", en *Revista de Derecho Penal: Derecho Penal Económico*, n.º 1, 2007, pp. 79-117.

ZAFFARONI, Eugenio R., "¿Vale la pena?", en *Nino/Zaffaroni: Un debate sobre la pena*, Buenos Aires, Fichas del INECIP, 1999 [1991], pp. 28-29.

ZAFFARONI, Eugenio R./ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos brindar criterios de valoración de la prueba fiables para los procesos penales locales?

A la vez, advertencias sobre un posible mal uso o manipulación de la jurisprudencia internacional

Pablo Larsen*

Fecha de recepción: 3 de abril de 2016
Fecha de aprobación: 26 de julio de 2016

Resumen

El problema de intentar determinar cuándo la prueba presentada en un proceso penal supera el umbral necesario para derribar la presunción de inocencia y, de ese modo, poder fundar legítimamente una sentencia condenatoria, difícilmente pierda actualidad en los debates vinculados al derecho penal. En esa línea, este trabajo pretende analizar si los criterios empleados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse sobre el asunto pueden aportar algo de claridad a la discusión y, en un segundo plano, utilizar este debate como muestra para advertir sobre los peligros que en la materia implica lo que puede ser considerado un mal uso o manipulación de la jurisprudencia internacional por parte de los tribunales locales.

Palabras clave: Valoración de la prueba — Presunción de inocencia — Proceso penal — Jurisprudencia internacional — Corte Interamericana de Derechos Humanos

Title: Can the Inter-American Court of Human Rights Offer Reliable Guidelines on the Assessment of Evidence in Criminal Matters? Also, a Warning against a Possible Misuse or Manipulation of International Case Law

*Abogado graduado de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP, 2015). Secretario Editorial de la revista *En Letra*. Integrante de Asociación Pensamiento Penal (APP). Publicaciones: unlp.academia.edu/PabloLarsen. Agradezco a Leandro A. Dias y a los árbitros anónimos de la revista por los comentarios críticos realizados a una versión anterior de este trabajo. Contacto: pablolarsen93@gmail.com.

Abstract

The scope of the so-called standard of proof in criminal proceedings has gained a lot of attention in recent times. With that in mind, this paper aims to determine whether the standard created by the Inter-American Court of Human Rights can be a reliable source. In addition, it tries to demonstrate how the arbitrary application of international case law can be dangerous for the rights of the defendant.

Keywords: Rules of evidence — Presumption of Innocence — Criminal procedure — International case law — Inter-American Court of Human Rights

Sumario

I. Valoración de la prueba, proceso penal e interpretación judicial; II. Advertencias sobre un posible *mal uso* o *manipulación* de la jurisprudencia internacional en desmedro de la presunción de inocencia; III. Pautas para un posible *buen uso* y el establecimiento de reglas claras sobre la valoración de la prueba en el proceso penal; IV. Conclusiones: una aproximación tímida a un problema crucial; V. Bibliografía.

I. Valoración de la prueba, proceso penal e interpretación judicial

La discusión acerca del grado de solidez que debe reunir la prueba de una acusación penal para poder desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza toda persona en un Estado de Derecho es fuente de un gran número de debates,[1] tanto por la importancia que el asunto tiene en lo que hace a los propios fines del proceso penal como por el continuo grado de indeterminación que, pese a los grandes esfuerzos y avances realizados, sigue predominando en la materia.

Por un lado, su importancia para el cumplimiento de los fines del proceso penal no es ninguna novedad, en tanto puede afirmarse que éste es "en gran medida, un método regulado

[1] Pueden citarse, entre otros, los vinculados a qué grado de detalle deben tener las leyes que regulan la valoración de la prueba por parte de los jueces (libre valoración vs. prueba legal), qué estándar debe utilizarse en esa tarea ("*convicción sincera*", "*certeza moral*", "*preponderancia de la prueba*", "*más allá de toda duda razonable*", etc.), qué límites deben tener los jueces en esa labor aun en los sistemas de libre valoración, y las discusiones relativas a si es posible conformarse con pruebas menos contundentes frente a determinados delitos que son considerados especialmente graves. Volveré sobre ellos más adelante.

jurídicamente de investigación histórica, ya que uno de sus fines consiste en averiguar la *verdad*[2] acerca de una hipótesis histórica que constituye el objeto del procedimiento".[3]

Por el otro, y pese al carácter fundamental del tema, todas los estándares que se han elaborado para intentar definir cuándo los elementos probatorios presentados son suficientes para poder condenar a una persona, al menos en un sistema que opta por la libre valoración en lugar de la denominada prueba legal o tasada —es decir, aquellos en los que la ley otorga una amplia libertad a los jueces al momento de valorar la prueba en lugar de, por ejemplo, obligarlos a dar por probado un hecho cuando se cumplan determinados requisitos indicados por la norma—, padecen de un elevadísimo grado de indeterminación.[4] Esto ha llevado a autores como FERRAJOLI a describir el panorama con un marcado pesimismo, al advertir que:

> "[e]l abandono de las pruebas legales a favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post

[2] No se abordará aquí el complejo debate acerca de qué debe entenderse por *verdad* en el marco del proceso penal. Al respecto, basta con tener presente que "el *qué* de la prueba, es decir, qué es lo que debe comprobarse en el juicio a través de los medios probatorios" no es "ni la veracidad del hecho ni el hecho en sí, sino *la veracidad de la afirmación acerca de la existencia de un hecho*" (GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, 2.ª ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2011, p. 23), y que la aproximación a una verdad *absoluta* u *objetiva*, pese a que ésta no sea del todo alcanzable, constituye al menos un norte a seguir en la materia: "no porque esta verdad sea objetiva y, por ende, inalcanzable, debemos abandonarnos a una peligrosa concepción escéptica que niegue *a priori* la posibilidad de cualquier tipo de verdad, sino que justamente, por reconocer que dicha verdad es inalcanzable, los criterios epistemológicos deben ser todo lo estrictos que puedan ser para acercarnos, en la mayor medida posible, a ella" (GUZMÁN, *op. cit.*, p. 27). Para un exhaustivo análisis de los distintos conceptos de *verdad* en el proceso penal, ver GUZMÁN, *op. cit.*, pp. 49-101.

[3] MAIER, *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., t. I, Buenos Aires, Del Puerto, 1996, p. 847. No obstante, la averiguación de la verdad no es la única finalidad del proceso penal. Al respecto, LAUDAN señala que en él convergen "tres familias distintas de valores, intereses, fines u objetivos básicos". El primero de ellos sería "averiguar la verdad sobre el delito en cuestión y, por tanto, evitar el pronunciamiento de veredictos falsos". El segundo, partiendo del hecho de que, sin importar cuánto quieran evitarse, de vez en cuando ocurrirán errores —condenas falsas y absoluciones falsas—, consiste en determinar "la forma en que se distribuyen los errores referidos". El tercero, por su parte, son los que denomina valores de "política pública" o "no epistémicos", por ser "una miscelánea de intereses que no tienen que ver directamente con las clases de error referidas, sino que se enfocan en otros asuntos también considerados importantes en el desempeño del sistema de justicia penal", tales como "el uso eficiente de recursos, la protección de los derechos del acusado y otros bienes sociales" (LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, p. 22). En este sentido, muchos de éstos últimos valores —especialmente, la protección de los derechos de los imputados— son especialmente denominados "contra epistémicos" porque su respeto supone, necesariamente, un obstáculo para cumplir con el fin de obtención de la verdad.

[4] Ello es así en razón de que éstos suelen emplear términos muy abstractos, tal como sucede con las fórmulas "*convicción sincera*" o "*más allá de toda duda razonable*". Sobre los sistemas de libre valoración y prueba legal, ver FRISCH, "Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento", en AMBOS/BÖHM/ZULUAGA (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Göttingen University Press, 2016, pp. 53-81.

> ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales, y ha terminado por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces".[5]

Frente a ello, los criterios que elaboran los jueces al momento de decidir en los casos que llegan a su conocimiento pueden ser útiles en la tarea de delimitar los alcances de estos estándares, poner algo de orden en la discusión y, de ese modo, incidir favorablemente en la protección de la presunción de inocencia.

De cara a ese panorama, este trabajo pretende intentar dar respuesta al interrogante acerca de si los criterios adoptados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al interpretar el principal soporte de derecho positivo sobre el que se edifican todas las construcciones del tema —es decir, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el primer párrafo del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en tanto establece que "*toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*"—[6] pueden ser un punto de partida seguro a ser utilizado por los tribunales penales locales al momento de valorar la prueba presentada por una acusación para pretender obtener una sentencia condenatoria.

Por exceder el marco presentado, no se abordará en profundidad el debate acerca de por qué motivos puede ser útil partir de los criterios adoptados por la Corte IDH, ni se entrará en la discusión acerca de si éstos poseen o no carácter obligatorio para los Estados que hayan ratificado la CADH.[7] A los fines de este trabajo, basta con tener presente que la práctica de emplear los

[5] FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 139.

[6] Todo debate vinculado a la cantidad o calidad de las pruebas que son necesarias para condenar penalmente a una persona se encuentra inevitablemente ligado al alcance que se le otorgue a la presunción de inocencia, en tanto lo primero es necesario para poder destruir lo segundo y, en consecuencia, poder fundar legítimamente una sentencia condenatoria. En detalle sobre las distintas proyecciones de la presunción de inocencia, ver NIEVA FENOLL, "La razón de ser de la presunción de inocencia", en *InDret*, 1/2016.

[7] La Corte IDH, en "Almonacid Arellano y otros v. Chile", 26 de septiembre de 2006, párr. 124, al delinear el llamado *control de convencionalidad*, se ha inclinado por sostener que los Estados que reconocieron su jurisdicción tienen la obligación de seguir sus criterios interpretativos. En una apretada síntesis, los argumentos a favor de esta posición pueden resumirse en a) La Corte IDH es una suerte de intérprete oficial del texto de la CADH; y b) Los órganos judiciales de los Estados deben seguir sus criterios para evitar incurrir en responsabilidad internacional en un caso donde la Corte IDH puede llegar a tener la "última palabra". Los argumentos críticos y contrarios a esta idea, por su parte, plantean lo siguiente: a) Suele primar un fuerte dogmatismo en el área, en tanto las decisiones de la Corte IDH son constantemente empleadas como citas

estándares de la Corte IDH posee una amplísima difusión en la argumentación jurídica de nuestro medio y que sus decisiones, por *irradiar* criterios que son seguidos por la mayoría de los tribunales locales de nuestra región —especialmente por los Tribunales Superiores o Cortes Supremas—,[8] pueden brindar estabilidad y uniformidad interpretativa en temas vinculados a derechos fundamentales que carecen de ella.

En otras palabras, no se trata de abordar la posición tomada por la Corte IDH como una verdad revelada o autoevidente. Ese modo de proceder, bastante común en algunos estudios del derecho internacional de los derechos humanos o en la actividad jurisdiccional, donde la jurisprudencia interamericana es frecuentemente utilizada como mera cita de autoridad para poner fin a un debate sin prestar mayor atención a los argumentos que la respaldan,[9] difícilmente pueda hacer algún aporte significativo a la discusión. Se trata, en cambio, de analizar los fundamentos que se encuentran detrás de estas decisiones y sus posibles proyecciones en un sentido estratégico, teniendo en consideración que el hecho de que determinados órganos

de autoridad para poner fin a una discusión, sin reparar en justificaciones más profundas; b) No existe un sustento de derecho positivo que establezca la obligación de seguir en todos los casos los criterios de la Corte IDH, sino únicamente la obligación de acatar el punto resolutivo de la sentencia en el caso concreto, y sólo para el Estado que resulte condenado; y c) Muchas de sus sentencias suelen adoptar soluciones que van mucho más allá de los límites impuestos por la literalidad del texto de la CADH, o ingresan en cuestiones de excesivo detalle en temas que bien podrían tener una interpretación diversa. Una panorámica de esta discusión puede verse acudiendo, entre otros, a MALARINO, "Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales", en AMBOS/ELSNER/MALARINO (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, t. II, Montevideo, KAS/Universidad de Göttingen, 2011, pp. 435-455; MALARINO, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AMBOS/ELSNER/MALARINO (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, t. I, Montevideo, KAS/Universidad de Göttingen, 2010, pp. 25-62; GARGARELLA, "La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman", en *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 2, 2015; y GARGARELLA, "Justicia Penal Internacional y violaciones masivas de Derechos Humanos", en ÍDEM, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008, pp. 105-147.

[8] Ver OTEIZA, "La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidad *ex officio*", en *Cuadernos del departamento de jurisprudencia de la Universidad de Torino*, n.º 22, 2012, pp. 33-54.

[9] Es claro GARGARELLA al diagnosticar que: "[b]uena parte de las autoridades —políticas, judiciales, académicas, expertas en derechos humanos— parecen coincidir en una visión estrictamente dogmática sobre la cuestión, para responder a interrogantes tan importantes y cruciales a partir de la mera cita de ciertas fuentes de autoridad normativa internacional —podemos encontrar entre ellas al Estatuto de Roma, al *ius cogens*, a la CADH, y también a ciertos organismos internacionales que gozan de una extendida autoridad, como la Comisión y Corte Interamericanas—. Este tipo de respuestas resultan poco atractivas, en la medida en que no son capaces de responder a ninguna de nuestras inquietudes fundamentales yendo más allá de ciertos reclamos e invocaciones de autoridad. Y —agregaría— ninguna respuesta resulta promisoria en la materia, si ella no es capaz de mostrar de qué modo las respuestas que se quieren dar remiten no a una fuente de poder, sino a razones que todos podemos ser capaces de aceptar y suscribir" (GARGARELLA, "Justicia penal internacional y violaciones masivas de derechos humanos", *supra* nota 7).

jurisdiccionales que gozan de cierto prestigio se inclinen por adoptar una postura u otra dentro de un debate implica en cierto modo *validar* a una de éstas y, en consecuencia, otorgarle una suerte de *respaldo oficial*.[10]

Para definir si el planteo puede ser resuelto de manera satisfactoria o no, se abordarán dos posibles formas de aproximarse al uso de la jurisprudencia internacional al tratar el problema de la valoración de la prueba en el proceso penal. Éstas, a su vez, ejemplifican lo que aquí se denominará un *mal uso* o *manipulación* de la jurisprudencia internacional por parte de los tribunales locales, y, en la vereda opuesta, el que podría ser considerado un *buen uso* de ésta. Las críticas que se señalarán sobre el llamado *mal uso*, además de ser aplicables a otros ámbitos por fuera del tema seleccionado en este trabajo, pueden ser útiles para aportar un poco de claridad a la discusión más allá de si el interrogante principal puede ser resuelto de manera favorable o no.

II. Advertencias sobre un posible *mal uso* o *manipulación* de la jurisprudencia internacional en desmedro de la presunción de inocencia

En este punto, me interesa desarrollar una serie de críticas relativas al que aquí se denominará posible *mal uso* o *manipulación* de la jurisprudencia internacional por parte de los tribunales penales locales que pueden llegar a tener por efecto *relajar* las exigencias probatorias en casos en los que se juzguen determinados delitos, y señalar por qué razones ese *mal uso* o *manipulación* no puede brindar pautas de valoración de la prueba fiables para los procesos penales locales. Previamente, y por estar íntimamente vinculado con la primera de las críticas que se desarrollarán, intentaré señalar el motivo al que esta posible práctica puede llegar a obedecer.

Hace ya más de una década, la Corte IDH ha inaugurado y consolidado una corriente jurisprudencial que se propone evitar que las violaciones de derechos humanos queden *impunes*[11], y ha elaborado una construcción que pretende tornar inaplicables a determinados casos algunos de los clásicos obstáculos a la persecución penal como la prescripción y la prohibición del doble

[10] Sobre este tema, ver MILLER, "Una tipología de los transplantes legales: utilizando la sociología, la historia del derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de transplante", en *Lecciones y Ensayos*, n.º 81, 2005, especialmente pp. 35-50, al referirse a los que él denomina "transplantes que generan legitimidad".

[11] Entendiendo por impunidad a "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH", de acuerdo a los términos empleados en "Paniagua Morales y otros v. Guatemala", 8 de marzo de 1998, párr. 173, entre muchas otras.

juzgamiento.[12] Esta línea, que pone el énfasis en la necesidad de *castigar* las violaciones de derechos humanos, criticable por no definir con claridad su campo de aplicación[13] ni cerrar el catálogo de qué causales concretas podrían ser consideradas inadmisibles, puede ilustrarse con el siguiente pasaje de una decisión:

> "[e]n cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos. En particular, el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro, ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in ídem*, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables".[14]

La contundencia de los términos en los que se expresa la Corte IDH abre la puerta a un posible problema para la presunción de inocencia: los Estados, con el pretexto de evitar incurrir

[12] Críticos al respecto SILVA SÁNCHEZ, "Lucha contra la impunidad y derecho de la víctima al castigo del autor", en ÍDEM, *En busca del Derecho Penal: Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, B de F, 2015, pp. 83-124; PASTOR, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima, o para el aparato represivo del Estado?", en AMBOS/ELSNER/MALARINO (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, t. II, Montevideo, KAS/Universidad de Göttingen, 2011, pp. 491-516; y PASTOR, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, pp. 73-114.

[13] Razón por la cual se advierte que una decisión de este tipo, que parece responder a un *derecho penal de excepción para una criminalidad excepcional*, puede llegar a expandirse hacia otras áreas propias de la *criminalidad común* —por oposición a las violaciones de derechos humanos llevadas adelante por los agentes de los Estados—, algo que se ha visto comprobado, por ejemplo, cuando se aplican algunos de estos razonamientos a casos de violencia contra la mujer cometidos por particulares. Ver SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 12, pp. 106-112. PASTOR, por su parte, denomina al fenómeno como *metástasis* (PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 176 ss.).

[14] CORTE IDH, "La Cantuta v. Perú", 29 de noviembre de 2006, párr. 226. Otros razonamientos similares pueden verse en las decisiones de los casos "Velásquez Rodríguez v. Honduras", 29 de julio de 1988, párr. 166; "Almonacid Arellano y otros v. Chile", 26 de septiembre de 2006, párr. 110; "Masacre de La Rochela v. Colombia", 11 de mayo de 2007, párr. 195; "Barrios Altos v. Perú", 14 de marzo de 2001, párr. 41; y "Gelman v. Uruguay", 24 de febrero de 2011, párrs. 238-239.

en responsabilidad internacional por no aplicar los criterios de la Corte IDH, pueden arribar a la conclusión de que adoptar estándares probatorios exigentes en los procesos penales donde se juzgue a los presuntos autores de violaciones de derechos humanos sea uno de los obstáculos que son considerados inaceptables.

En particular, puede resultar preocupante que los tribunales penales locales, para cumplir con lo señalado en el párrafo anterior, y en un acto de deferencia expresa hacia la jurisprudencia interamericana —o en una manipulación de ésta a fin de contar con una excusa para legitimar sentencias condenatorias—,[15] decidan, además de expandir su campo de aplicación más allá de sus límites originales, adoptar criterios de valoración de la prueba menos estrictos como los que utiliza la Corte IDH al valorar la prueba en los casos que llegan a su conocimiento.

En esa línea, la Corte IDH ha utilizado criterios de valoración de la prueba de maneras muy variadas que, en síntesis, poseen como común denominador su menor exigencia en comparación con un proceso penal. A modo de ejemplo, se ha sostenido que la declaración de la víctima, en casos donde el delito se cometa sólo en presencia de ésta y el victimario, "constituye una prueba fundamental sobre el hecho";[16] que, en algunos casos, y por la naturaleza de ciertos delitos, pueden existir imprecisiones y divergencias en los relatos de las víctimas, algo que "no es inusual

[15] Parece tener razón PASTOR en este punto —si bien refiriéndose a otro aspecto— al señalar que lo que se etiqueta con el rótulo de *derechos humanos* —por ejemplo, un juez que cita en sus decisiones criterios de la Corte IDH— cuenta con cierto prestigio que le daría una presunción de legitimidad, con independencia de su contenido concreto (PASTOR, *supra* nota 12, p. 102). No obstante, ello puede ser relativizado con la crítica que al respecto hace FILIPPINI, al advertir que "se trata de un particular juicio respecto de la manera en que opera el reconocimiento social. De algún modo, además, subestima a los dueños de sus preferencias. Sin embargo, es una evaluación desprovista de anclaje. La opinión de Pastor cuenta, pero no puede ser definitiva. Empezando por su propia opinión como primer ejemplo, trabajar en el campo de los derechos humanos no parecería ser tan prestigioso. Mucha otra gente piensa, como Pastor, que los derechos humanos no dan lustre. Ser defensor de derechos humanos tal vez resulte apreciado en ciertos medios intelectuales, pero en muchos otros es un estigma. En el medio profesional, ser defensor de derechos humanos es una rareza, un nicho más bien marginal y no una fuente de prestigio profesional. En la academia, la silla de profesor de derechos humanos no es el lugar más anhelado e incluso existe doctrina que argumenta que el movimiento de derechos humanos es parte del problema del mundo de hoy (ver FILIPPINI, "El prestigio de los Derechos Humanos. Respuesta a Daniel Pastor", en *Nueva Doctrina Penal*, 2005/B, pp. 727-754). Un ejemplo de cómo la jurisprudencia interamericana ha sido manipulada, por ejemplo, en el caso de la prisión preventiva, puede verse en MARTÍNEZ, "La paradoja de la utilización por parte de los tribunales argentinos de la jurisprudencia de la CIDH para la justificación y limitación del encarcelamiento preventivo", en PASTOR (dir.)/GUZMÁN (coord.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 285-317, donde se concluye en que "en los tiempos del 'copiar y pegar' nuestros tribunales pueden invocar lo resuelto en el ámbito interamericano tanto para potenciar las claras disposiciones constitucionales, como para desnaturalizarlas. O incluso pueden, lisa y llanamente, ignorar lo decidido en aquel sistema".

[16] CORTE IDH, "Fernández Ortega y otros v. México", 30 de agosto de 2010, párr. 100.

para un tribunal internacional de derechos humanos";[17] que la "gravedad especial" de las violaciones de derechos humanos obliga a aplicar una valoración de la prueba que "tenga en cuenta ese extremo";[18] que, al tratarse de casos donde se juzgan determinadas violaciones de derechos humanos, es posible invertir la carga de la prueba;[19] que a la declaración de la presunta víctima, pese a que pueda tener un interés especial en que el caso se resuelva de determinada manera, debe otorgársele "un valor especial, en la medida en que puede proporcionar mayor información sobre ciertos hechos y presuntas violaciones cometidas en su contra";[20] entre otros criterios.[21]

Un ejemplo de cómo la preocupación señalada puede llegar a materializarse puede verse en distintas decisiones de tribunales argentinos en los que, por tratarse de casos de violencia contra la mujer, se sostuvo, acudiendo a citas de la jurisprudencia de la Corte IDH, que es posible fundar una sentencia condenatoria en el testimonio único de la presunta víctima. En dichas ocasiones, acudiendo a algunos de los parámetros empleados por la Corte IDH al valorar la prueba, los jueces afirmaron que:

> "[n]o es posible concebir un derecho penal moderno sin contemplar los derechos de las víctimas y, en particular, frente a la violencia de género, la revisión de la valoración probatoria debe efectuarse con especial cautela, otorgando singular relevancia al testimonio de la mujer (…) Al respecto, resulta de interés destacar que en casos donde los hechos delictivos por su especial modo de comisión no puedan ser corroborados por otros medios, la deposición de la damnificada no debe ser soslayada o descalificada, dado que ello constituiría una forma de violencia institucional contraria a los parámetros internacionales. Más aun, la Corte Interamericana reconoció que sus dichos constituyen un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos —v. Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C No. 215 y caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente— (…) Además, la

[17] CORTE IDH, "Fernández Ortega y otros v. México", 30 de agosto de 2010, párr. 104.
[18] CORTE IDH, "Godínez Cruz v. Honduras", 20 de enero de 1989, párr. 135.
[19] CORTE IDH, "Neira Alegría y otros v. Perú", 19 de enero de 1995, párr. 65.
[20] CORTE IDH, "Ivcher Bronstein v. Perú", 6 de febrero de 2001, párr. 75; también en "Suarez Rosero v. Ecuador", 12 de noviembre de 1997, párrs. 32-33.
[21] En detalle sobre la prueba en el sistema interamericano, ver BOVINO, "La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 3, 2005, pp. 60-83.

> Corte Interamericana reafirmó la importancia de evitar la impunidad en crímenes de género, pues de este modo se (…) envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia —v. Corte IDH, caso González y otras Vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, párr. 400—".[22]

El caso señalado contiene algunos de los elementos más representativos de las decisiones que motivan la preocupación ya señalada: se trata de un caso en el que, aun cuando no se acude a la cita de la jurisprudencia vinculada a la *lucha contra la impunidad* ya referida sino a otro instrumento internacional —en el caso, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer—[23] la lógica que guía su argumentación es la misma —es decir, el razonamiento según el cual *es necesario castigar para no incurrir en responsabilidad internacional*—. Por otro lado, se trata de un caso en el que se muestra cómo la aplicación de estas ideas puede llegar a extenderse a áreas que ya no son propias de la criminalidad *de excepción* o violaciones masivas de derechos humanos llevadas adelante por agentes estatales. Y, en lo que este punto más interesa, se trata de un caso en el que se advierte cómo un tribunal penal local, frente al carácter endeble de los elementos probatorios presentados para intentar fundar una sentencia penal condenatoria, acude a criterios de valoración de la prueba empleados por la Corte IDH en los procesos internacionales a fin de superar ese obstáculo.

Teniendo en consideración lo dicho hasta este punto, es posible replicar los argumentos de esa postura con una serie de críticas que buscan demostrar que utilizar en los procesos penales

[22] Así lo ha resuelto el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala VI, en la causa n.° 58.758, "Rodríguez, Jorge Daniel s/ recurso de casación", 29 de agosto de 2014. En el mismo sentido pueden verse las decisiones del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el expediente n.° 8796/12, "Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP", 11 de agosto de 2013, y en el expediente n.° 9510/13, "Taranco, Juan José s/ inf. art(s) 149 bis", 22 de abril de 2014. La idea de utilizar en los procesos penales locales los criterios de valoración de la prueba empleados por la Corte IDH en los procesos internacionales también puede verse en DI CORLETO, "La valoración de la prueba en casos de violencia de género", en HAZAN/PLAZAS (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Del Puerto, 2015, pp. 453-467.

[23] También conocida como "Convención de Belém do Pará". En lo que aquí interesa, el artículo 7, inc. "b", obliga a los Estados a "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer". Sobre este asunto, la Corte IDH ha señalado que "la impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia" (CORTE IDH, caso "González y otras - 'Campo Algodonero' v. México", 16 de noviembre de 2009, párr. 400).

locales los criterios de valoración de la prueba menos estrictos empleados por la Corte IDH equivale a un *mal uso* o una *manipulación* de la jurisprudencia internacional, sostener que éstos no brindan una adecuada protección al derecho fundamental a la presunción de inocencia de toda persona sometida a un proceso penal, y concluir que, en consecuencia, éstos no pueden ser utilizados para analizar la prueba en el marco de los procesos penales locales.

Una primera observación consiste en advertir que proceder del modo señalado implicaría una lectura equivocada del alcance de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de obstáculos a la investigación y juzgamiento de los autores de violaciones de derechos humanos. En este sentido, e independientemente de lo acertado o no de la posición de la Corte IDH,[24] podría sostenerse que la expresión "*cualquier excluyente similar de responsabilidad*" que ésta utiliza lo es en referencia a causales que impiden la aplicación de una pena sin que interese si se probó el hecho imputado, ya que se le da prevalencia a otros valores distintos a la obtención de la verdad.[25] De este modo, considerar que exigir una prueba sólida puede ser uno de los obstáculos que la Corte IDH estima inaceptables es, efectivamente, extender los límites de su jurisprudencia mucho más allá de sus fronteras.

La segunda crítica se relaciona con el error frecuente de perder de vista el contexto del cual se extrae un argumento de una decisión judicial.[26] En pocas palabras, interesa destacar que si alguien pretende utilizar como argumento de autoridad lo que un órgano jurisdiccional señaló sobre un determinado asunto, no puede dejar de considerar el contexto en el que éste lo dijo y lo

[24] Para un análisis de los argumentos a favor de la posición tomada por la Corte IDH, ver, entre otros, ABRAMOVICH, "Editorial", en *Nueva Doctrina Penal*, 2007/B, pp. XII-XIII. En la misma línea, FILIPPINI, *supra* nota 15, pp. 727-754, y, en un sentido más general, MORGENSTERN, *Cosa juzgada fraudulenta. Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita*, Buenos Aires, B de F, 2015. Para una postura crítica, ver los trabajos citados *supra* nota 12.

[25] A lo cual podría agregarse que el valor que se encuentra en juego en la necesidad de determinar si el hecho imputado ocurrió o no —el valor *verdad*— posee, quizás, mayor jerarquía que aquellos que entran en juego cuando, por ejemplo, se discute si la protección contra el doble juzgamiento debe ceder frente a la cosa juzgada fraudulenta (ver FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, p. 82). No obstante, el debate es mucho más complejo, y no será abordado aquí.

[26] No debe relacionarse lo que aquí se sostendrá con relación al contexto en el cual se adoptan las decisiones judiciales con la postura que sostiene que un precedente es aplicable a otro caso únicamente si la plataforma fáctica es igual y si la cuestión que se debía decidir es idéntica. Si bien el debate es más amplio y merecería mayores precisiones, entiendo que es posible extraer algunos de los argumentos generales empleados en una sentencia —incluso los llamados *obiter dicta*, que, por oposición al *holding*, suele considerarse que carecen de valor vinculante— y utilizarlos en situaciones que pueden ser distintas a las del caso del cual son originales, sin la necesidad de realizar trabajos de orfebrería jurídica para distinguir entre las reglas aplicables y las excluidas. No obstante —y esto es lo que se sostendrá en los párrafos siguientes— entiendo que no es posible utilizar un precedente cuando se lo descontextualiza de manera grosera sin tener en cuenta, por ejemplo, la distinta naturaleza de los sujetos procesales intervinientes ni la distinta relevancia que puede tener el bien jurídico que se verá afectado por la decisión final.

que estaba en juego en esa ocasión.

En los distintos tipos de procesos en los que los jueces deben decidir, es posible sostener que el estándar probatorio a utilizar variará de acuerdo a la mayor importancia de los derechos sobre los que recaerá la decisión a adoptar y el grado de tolerancia que pueda tenerse respecto de un posible error en su decisión.[27] [28] Así, por ejemplo, en el proceso penal, donde se encuentra en juego la dignidad y la libertad de la persona imputada —o incluso su vida o integridad física, si

[27] Ello puede ser explicado del siguiente modo: "[e]n una decisión probatoria, en efecto, hay dos errores posibles: *Error 1*: aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso, y *Error 2*: no aceptar como verdadero (o dar por no probado) lo que es verdadero. No cabe duda que una decisión jurídica basada en una tesis fáctica errónea (sea por el *Error 1* o por el *Error 2*) afecta derechos o intereses y/o defrauda expectativas legítimas. Por lo tanto, dependiendo de la importancia que se conceda a los derechos o intereses afectados por cada tipo de error, el SP —estándar probatorio— será más o menos tolerante con ese tipo de error, y en consecuencia más o menos exigente. Son, pues, posibles tres situaciones: A) Si se considera que los derechos o intereses afectados por los dos errores posibles merecen la misma protección (es decir, si se consideran igual de tolerables o asumibles ambos tipos de error), entonces el SP no será particularmente exigente y la probabilidad preponderante puede bastar. B) Si se considera que los intereses afectados por el *Error 1* merecen mayor protección que los afectados por el *Error 2* (es decir, si se considera más tolerable o asumible el *Error 2* que el *Error 1*), entonces el SP será particularmente exigente. La probabilidad prevalente no bastará y el SP exigirá una probabilidad cualificada. Esta es la razón por la que en el proceso penal, donde se considera que los derechos afectados por un eventual *Error 1* (dar por verdadera o probada la hipótesis acusatoria) deben ser intensamente protegidos, se es muy poco tolerante con el *Error 1* y en consecuencia se exige un SP muy cualificado. C) Si, por el contrario, se considera que los derechos o intereses afectados por el Error 1 merecen menor protección que los afectados por el *Error 2* (es decir, si se considera más tolerable o asumible el *Error 1* que el *Error 2*), entonces el SP será poco exigente y podrá valer una probabilidad por debajo de la probabilidad preponderante. En todo caso, la mayor o menor tolerancia con cada uno de los errores posibles es una cuestión de grado: se puede ser bastante tolerante con el *error 1*, o poco tolerante, o muy poco tolerante o nada tolerante. Y en consecuencia, puede haber una gradación de SP sobre un hecho, según los niveles de exigencia para dar por probado ese hecho (o de tolerancia con el *Error 1*). En definitiva, un SP específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo. Y esta es, en última instancia, una elección política o valorativa" (GASCÓN ABELLÁN, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, 2005, pp. 130-131).

[28] Asimismo, debe recordarse que este razonamiento no es exclusivo del derecho. Como destaca FERRER BELTRÁN, "también la farmacología, la historia, la epidemiología o la astronomía necesitan de estándares de prueba claramente definidos. Y tampoco la epistemología sirve en esos campos para definir el nivel de exigencia del estándar. Se trata también en esos casos de decisiones sociales (i.e, de la comunidad científica) que toman en cuenta también los bienes en juego. No es extraño pues que el estándar de prueba farmacológico sea mucho más elevado que el de la historia. Y ello no por razones epistemológicas, sino por el coste del riesgo del error sobre los bienes en juego (…) No somos indiferentes ante los falsos positivos o falsos negativos en investigación farmacológica, de modo que preferimos un falso negativo (un medicamento que no supere el estándar y que, en cambio, sea beneficioso para la salud) a un falso positivo (un medicamento que supere el estándar y que, en cambio, sea perjudicial para la salud). Por ello, se define un estándar de prueba muy exigente que distribuye desigualmente los riesgos de error" (FERRER BELTRÁN, *supra* nota 25, pp. 83-84).

tenemos en consideración el estado de las cárceles en nuestra región—,[29] se requiere una prueba mucho más sólida que en otros procesos donde están en juego bienes que, como las indemnizaciones dinerarias, pese a ser importantes, no poseen la misma jerarquía.[30]

En el caso de los criterios de valoración de la prueba empleados por la Corte IDH al determinar si debe o no condenar a un Estado, la descontextualización viene dada por el hecho de que "atribuir responsabilidad al Estado exige menos requisitos que atribuir responsabilidad penal personal",[31] dato que resulta suficiente para descalificar la posición de quienes pretendan emplearlos para fundar una sentencia condenatoria en el marco de un proceso penal local. Esta conclusión no se desprende únicamente de analizar la distinta naturaleza de los objetos procesales de ambos tipos de procesos —en un caso se encuentra en juego la posibilidad de privar de su libertad a una persona; en el otro, la posibilidad de que un Estado deba adoptar medidas de reparación o de indemnización respecto de las víctimas—, sino de las conclusiones que ha adoptado la propia Corte IDH en relación a su actividad al realizar afirmaciones como las siguientes:

> "[p]ara un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos, ya que el Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños causados por los Estados responsables de tales violaciones;[32]

> "[e]n un tribunal internacional como la Corte, cuyo fin es la protección de los derechos humanos, el procedimiento reviste particularidades propias que lo diferencian del proceso interno, haciéndolo menos formal y más flexible;[33]

[29] Al respecto, ver COMISIÓN IDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf [enlace verificado el día 27 de agosto de 2016].

[30] Ver WILKINSON, "In defense of American criminal justice", en *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, 2014, p. 1112: "[p]rivar erróneamente de su libertad a un hombre inocente es una consecuencia mucho peor que meterle la mano en su bolsillo con una sentencia civil equivocada" (la traducción me pertenece). Sobre los costos relativos de las absoluciones falsas y las condenas falsas, ver LAUDAN, *supra* nota 3, p. 111.

[31] BOVINO, *supra* nota 21, p. 78.

[32] CORTE IDH, "Velásquez Rodríguez v. Honduras", 29 de julio de 1988, párrs. 128 y 134.

[33] CORTE IDH, "Paniagua Morales y otros v. Guatemala", 8 de marzo de 1998, párr. 70.

> "[l]a Corte Interamericana no es un tribunal penal, y por ello la investigación de la responsabilidad internacional de un Estado permite a la Corte una mayor amplitud en la valoración de la prueba testimonial".[34]

Lo anterior demuestra la importancia de no perder de vista la principal diferencia que tiene el proceso penal respecto de otro tipo de procesos, y las razones por las que éste es mucho más exigente que los demás en materia probatoria. Si bien en ningún tipo de proceso es posible, al menos por el momento, contar con una certeza del 100% respecto de la existencia de los hechos y la relación de éstos con una persona, el grado de error que estamos dispuestos a tolerar como sociedad es mucho menor en el proceso penal. Esta fue una de las principales preocupaciones de aquellos que buscaron rodearlo de garantías como la presunción de inocencia y la necesidad de contar con pruebas contundentes al momento de imponer una condena, y puede ilustrarse con fórmulas antiguas como la llamada "*ratio de Blackstone*", según la cual "*es mejor que diez personas culpables escapen, a que una persona inocente sufra*".[35]

Lo que sucede en un proceso internacional es bien diferente: aquí, la sentencia no va a afectar directamente la libertad de una persona sino que va a imponer obligaciones de reparación en cabeza del Estado demandado, y parece razonable asumir un posible error inclinando la balanza a favor de las presuntas víctimas.[36] Esa es la razón de ser de los diferentes estándares probatorios a emplear en este tipo de casos, y explica por qué los tribunales penales locales no pueden acudir a ellos al valorar la prueba en los casos donde tienen que decidir, fundamentalmente, sobre la libertad y dignidad de una persona.

Finalmente, la tercera crítica se vincula con la lectura parcial o selectiva que muchas veces se hace de los precedentes de los órganos jurisdiccionales. Además de que la referida lectura *descontextualizada* implica en sí misma una parcialización —en tanto no se mencionan las decisiones

[34] CORTE IDH, "Loayza Tamayo v. Perú", 17 de septiembre de 1997, párr. 42.

[35] BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1753-1765, com. 27, p. 358. Una recopilación de otras fórmulas similares puede verse en LAUDAN, *supra* nota 3, p. 103. Por otro lado, se han formulado algunas críticas a dicha *ratio*, señalando, principalmente, que se ha vuelto anacrónica por diferir considerablemente las circunstancias actuales con aquellas en las que fue concebida, donde el sistema penal era excesivamente más gravoso para el imputado que en la actualidad (ver EPPS, "The consequences of error in criminal justice", en *Harvard Law Review*, vol. 128, n.º 4, 2015, p. 1084, y, en un sentido similar, LAUDAN, *supra* nota 3, p. 100).

[36] Podría plantearse un problema adicional en el caso de un proceso internacional llevado adelante por la falta de investigación en sede interna de la presunta comisión de un delito y en el cual, producto del allanamiento del Estado, se tienen por probados los hechos que responsabilizarían penalmente a un particular, sin que éste haya tenido intervención en el proceso internacional. Ver PASTOR, *supra* nota 12, p. 89.

en las que expresamente se resaltan las diferencias entre un proceso internacional y un proceso penal local—, también existen casos en los que, por ejemplo, como en el citado al desarrollar la primer crítica, se pretende dar una validez especial al testimonio único de la presunta víctima acudiendo a precedentes en los que la Corte IDH destacó su valor pero, al mismo tiempo, ocultando que en varios casos se ha mostrado prudente sobre el tema. A modo de ejemplo, la Corte IDH ha afirmado que "*se analizarán sus dichos teniendo en cuenta que la declaración de la presunta víctima no puede ser valorada aisladamente, dado que tiene un interés directo en el caso*",[37] y que, por esa misma razón, "*dicho testimonio debe ser valorado como indicio dentro del conjunto de pruebas de este proceso*".[38]

El problema de proceder de este modo puede ser explicado en términos de una discusión de la vida cotidiana: difícilmente podríamos darle la razón a alguien que, en el intento de respaldar su posición utilizando lo que otra persona "autorizada" dijo sobre el tema, parcializa intencionalmente lo que ésta ha dicho y oculta los argumentos que debilitan su posición.[39]

De este modo, parece quedar claro que la utilización por parte de los tribunales penales locales de los criterios de valoración de la prueba usados por la Corte IDH equivale a lo siguiente: a) una lectura *equivocada* o *manipuladora* del alcance que cabe otorgar a la jurisprudencia en materia de obstáculos a la investigación y juzgamiento de los autores de violaciones de derechos humanos; b) una lectura *descontextualizada* de los criterios establecidos en materia de valoración de la prueba en los procesos donde se juzga la responsabilidad internacional de los Estados; y c) una lectura *parcializada* o *selectiva* de la jurisprudencia interamericana. Dando un paso más adelante, más claro parece aun que utilizar esos criterios en los procesos penales locales debilitaría de manera considerable la presunción de inocencia, y que ellos no pueden dar una respuesta satisfactoria al interrogante planteado en este trabajo.

III. Pautas para un posible *buen uso* y el establecimiento de reglas claras sobre la valoración de la prueba en el proceso penal

[37] CORTE IDH, "Barreto Leiva v. Venezuela", 17 de noviembre de 2009, párr. 19; "Valle Jaramillo y otros v. Colombia", 27 de noviembre de 2008, párr. 54; y "Tristán Donoso v. Panamá", 27 de enero de 2009, párr. 24.
[38] CORTE IDH, "Loayza Tamayo v. Perú", 17 de septiembre de 1997, párr. 43. Volveré sobre el tema del testimonio único en el siguiente apartado.
[39] Lo que se conoce como falacia de "evidencia incompleta" o de "supresión de pruebas".

Frente a la conclusión anterior, cabe preguntar si el resto de la jurisprudencia de la Corte IDH puede brindar los elementos necesarios para construir pautas de valoración de la prueba que no sólo no desconozcan la presunción de inocencia, sino que impliquen establecer criterios que logren fortalecer su vigencia al brindar mayor racionalidad al asunto. En este sentido, un repaso de los criterios adoptados por la Corte IDH al momento de intentar delinear el contenido de la presunción de inocencia en casos donde se entendió que ésta se encontraba en juego puede marcar el camino a seguir para elaborar una posible respuesta.[40]

Al aproximarse al estudio del tema, en primer lugar, y pese a que no se trate de criterios de valoración de la prueba propiamente dichos, la Corte IDH se ha ocupado de repasar los que podrían ser denominados *resguardos básicos* de la presunción de inocencia y que operan como reglas generales para el tratamiento del asunto. Así, ha destacado la importancia de que la carga de la prueba recaiga en la acusación;[41] la necesidad de que, frente a un estado de incertidumbre, se respete el llamado "beneficio de la duda";[42] y la necesidad de que los juzgadores no tengan pre concepciones sobre la culpabilidad del imputado,[43] con la consiguiente necesidad de que el Estado no realice "condenas informales" que incidan en lo anterior.[44]

[40] En lo que sigue, se expondrán los criterios que definen la posición de la Corte IDH frente a determinados asuntos vinculados a la presunción de inocencia, remitiendo en notas al pie a la transcripción de algunos pasajes centrales que sintetizan su idea. Si bien, como señala ABRAMOVICH, "limitar el estudio de un caso judicial a su sentencia es como analizar una batalla a partir del número de muertos", entiendo que, a los efectos de lograr claridad expositiva y poner el foco en los criterios concretos, es posible prescindir de referencias a la plataforma fáctica y las distintas particularidades de cada caso, sin que ello implique negar la importancia de distintos factores que, pese a "no constar expresamente en las sentencias", pueden ser inferidos de éstas y ser decisivos para comprender los motivos que llevaron a adoptar un criterio u otro. Ver ABRAMOVICH, "El complejo de Rock Hudson. Sobre el menosprecio de la práctica judicial y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del derecho", en *No Hay Derecho*, n.° 4, 1991, pp. 10 ss.

[41] CORTE IDH, "Cabrera García y Montiel Flores v. México", 26 de noviembre de 2010, párr. 182: "[l]a demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado". Sobre este punto, se ha señalado que "si no estuviéramos interesados en promover que se produzcan más absoluciones falsas que condenas falsas, haríamos lo que hacen los tribunales civiles. Es decir, emplear un EdP poco demandante y permitir que la carga de la prueba cambie continuamente entre las partes durante el proceso" (LAUDAN, *supra* nota 3, p. 164).

[42] CORTE IDH, "Ruano Torres y otros v. El Salvador", 5 de octubre de 2015, párr. 127: "[c]ualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado".

[43] CORTE IDH, "Norín Catrimán y otros v. Chile", 29 de mayo de 2014, párr. 171: "[e]l principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa".

[44] CORTE IDH, "J. v. Perú", 27 de noviembre de 2013, párr. 235: "[a] su vez, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella".

En lo que hace específicamente a la utilización de un estándar probatorio,[45] al ingresar al tratamiento del nivel de exigencia que debe satisfacer la prueba de una acusación para poder derribar la presunción de inocencia, la Corte IDH, en un primer acercamiento, empleó un estándar denominado "*prueba plena*":

> "[e]l principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista *prueba plena* de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla".[46]

Luego, junto a éste, incorporó el conocido estándar "*más allá de toda duda razonable*", tratándolos, al parecer, como intercambiables:

> "[e]l principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de *prueba plena o más allá de toda duda razonable* de su culpabilidad".[47]

Finalmente, en una sentencia reciente se ha inclinado por la utilización exclusiva del estándar "*más allá de toda duda razonable*", ahondado un poco más en su significado y refiriéndose a éste como el "*nivel de certeza requerido como presupuesto de la legitimidad de una condena*":

> "[l]a presunción de inocencia exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deban fallar con la certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado".[48]

De los pasajes citados surgen algunas certezas pero, a su vez, un gran número de interrogantes. Si bien la adopción de un estándar como el de "*más allá de toda duda razonable*" como

[45] Entendiendo por tal a "los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho" (GASCÓN ABELLÁN, *supra* nota 27, p. 129).
[46] CORTE IDH, "Cantoral Benavides v. Perú", 18 de agosto de 2000, párr. 120; reiterado en "Ricardo Canese v. Paraguay", 31 de agosto de 2004, párr. 153; y "Cabrera García y Montiel Flores v. México", 26 de noviembre de 2010, párr. 183.
[47] CORTE IDH, "J. v. Perú", 27 de noviembre de 2013, párr. 228.
[48] CORTE IDH, "Ruano Torres y otros v. El Salvador", 5 de octubre de 2015, párrs. 128-129.

guía que deben emplear los tribunales locales al momento de valorar la prueba representa una elección entre varias opciones, y eso es en sí mismo algo positivo —se podría haber acudido, por ejemplo, a estándares que tradicionalmente son considerados menos exigentes, como el de "*probabilidad prevalente*"—,[49] existen algunos problemas que, por encontrarse intrínsecamente ligados al estándar seleccionado, no permiten concluir en que la presunción de inocencia se encuentra a resguardo con su utilización.

Al intentar dar mayores precisiones en torno a qué entendemos por "estándar probatorio", es necesario considerar que éstos deben ser *objetivos* y no meramente *subjetivos* —es decir, dependientes exclusivamente de la voluntad del juez y de la confianza que a éste le despierte la prueba que evalúa, restando solamente la necesidad de que justifique los motivos que lo llevaron a esa decisión—, en sintonía con las exigencias de modelos de valoración de la prueba *racionales* y no meramente *persuasivos* o *subjetivistas*.[50] Al decir de LAUDAN, "ellos son objetivos porque no dependen de los caprichos de sí o no cierto juez tenga una convicción firme sobre la culpabilidad del acusado; son exigentes porque no queremos condenar a alguien excepto que tengamos un prueba muy sólida y robusta".[51] El problema de la subjetividad es el problema propio de la fórmula "*más allá de toda duda razonable*" y la razón a la que responde el hecho de que, pese a los

[49] Estándar comúnmente utilizado en los procesos civiles, según el cual "una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte *más probable que no*; es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa. En consecuencia, en el caso de que sólo exista una hipótesis sobre el hecho en cuestión, el criterio de la probabilidad prevalente se resume en la regla *más probable que no*" (GASCÓN ABELLÁN, *supra* nota 27, p. 130).

[50] Sobre los rasgos que diferencian a estos modelos, ver FERRER BELTRÁN, *supra* nota 25, pp. 61-66.

[51] LAUDAN, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 28, 2005, p. 95. El siguiente ejemplo es muy gráfico para ilustrar los problemas de los estándares meramente subjetivos de valoración de la prueba: "[e]n caso de que no resulte claro por qué esto pervierte el orden lógico de las cosas, imagínese que les dijésemos a los matemáticos que, de ahora en adelante, contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema. O, supóngase que les decimos a los epistemólogos que si están sumamente seguros de la existencia de una conexión causal entre A y B, entonces tienen una prueba de ello. Propuestas como estas respecto de la prueba serían objeto de risa. Uno no debería decirle a cualquier juzgador de los hechos: Usted ha proporcionado una prueba de A cuando está firmemente convencido de A. (Ni, tampoco: "[u]sted tiene una prueba de A con tal que su confianza subjetiva sea más alta que X"). Al contrario, lo que le decimos es: Usted no está autorizado para estar totalmente convencido de A a menos que y hasta que usted tenga una prueba de A, añadiendo para completar la propuesta que sus firmes convicciones acerca de A no cuentan en absoluto como si no tuviese una prueba de A. Y entonces procedemos a decirle como sería una prueba de A. Esto es lo que supone tener un EdP. Un EdP apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el EdP nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada" (LAUDAN, *op. cit.*, pp. 104-105).

grandes esfuerzos realizados, no haya podido llegarse a un consenso claro acerca de qué alcances cabe otorgarle.[52]

Lo anterior puede llevar a que casos muy similares sean resueltos de maneras distintas de acuerdo a quién sea la persona encargada de juzgar, ya que su idea, por defecto, necesita remitirse a lograr un determinado estado mental en la persona del juzgador: lograr que éste se encuentre convencido de que no hay dudas razonables acerca de que el imputado cometió el hecho. Ello ha llevado al autor citado anteriormente a concluir que esta noción es "penosamente inadecuada, deliberadamente poco clara, totalmente subjetiva y abierta a un número de interpretaciones semejante al número de jueces en funciones".[53]

Podríamos extraer como rasgo positivo de esa fórmula que sus palabras indican, a grandes rasgos, que en materia penal se necesita una prueba más contundente que en otras áreas del derecho para poder condenar, pero ello no quita que nos encontremos frente a términos abstractos que difícilmente puedan, por sí solos, cumplir con el objetivo de establecer un estándar probatorio fiable.[54]

De este modo, vemos que la amplitud del estándar seleccionado, por depender casi exclusivamente de la evaluación subjetiva de los jueces y, en consecuencia, quedar librada a múltiples y variadas interpretaciones, no puede brindar una respuesta satisfactoria al interrogante planteado en este trabajo.

---

[52] Ver, por todos, LAUDAN, "¿Es razonable la duda razonable?", en ÍDEM, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 117-195, donde se analizan en detalle todas las definiciones que en la jurisprudencia estadounidense se han intentado dar sobre este estándar, concluyendo en que ninguna de ellas es satisfactoria.

[53] LAUDAN, *supra* nota 3 p. 61.

[54] Una postura diferente puede verse en GUZMÁN (*supra* nota 2, p. 34), quien, al repasar las críticas de LAUDAN, señala que "el principio en cuestión es la única alternativa válida, con su ineliminable cuota de subjetivismo, a la superada teoría legal de la prueba, que imponía a los jueces en qué específicas y ante qué pruebas concretas debía declararse la verdad de una determinada hipótesis, incluso con independencia de la genuina creencia que aquéllos tuvieran". Sin embargo, en los párrafos que siguen intentaré demostrar la posibilidad de emplear determinadas reglas que, siendo más específicas que el estándar de "*más allá de toda duda razonable*", puedan ser útiles para demostrar cuándo un elemento probatorio concreto no es suficiente para poder dar por probada una determinada hipótesis. Esto no debe ser asociado a una suerte de regreso a los sistemas de prueba legal, algo que SCHIAVO advierte cuando, al analizar esta posible crítica, concluye en que "existe el riesgo cierto de que cualquier regla que se introduzca, destinada a regular el concepto de un estándar probatorio, pretenda ser reducida —y de este modo estigmatizada— como propia del sistema inquisitivo o del de prueba legal" (ver SCHIAVO, *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*, Buenos Aires, Del Puerto, 2013, p. 4).

No obstante, todavía es posible analizar un poco más los criterios utilizados por la Corte IDH e intentar extraer algunas conclusiones que pueden ser de utilidad para resolver el problema planteado. Si bien no podemos delimitar de manera clara los alcances del estándar "*más allá de toda duda razonable*", aún es posible, reduciendo la ambición de lograr una regla general y suficiente para todos los casos, intentar determinar qué elementos, a criterio del tribunal interamericano, por su falta de fiabilidad, no son suficientes para poder respaldar una sentencia condenatoria. De ese modo, se podrían derivar algunos criterios que indicarían qué pruebas no serían suficientes, desde un punto de vista objetivo, para vencer la presunción de inocencia, y elaborar una serie de reglas particulares cuyas proyecciones puedan acercarnos al mayor grado de abstracción o generalidad que sea posible obtener. Se trata de reglas o criterios que excluyan —o limiten considerablemente— la valoración de determinados elementos probatorios cuando éstos aportan información poco fiable, a fin de evitar que en el proceso de valoración se les otorgue un peso excesivo.[55]

En este sentido, en un caso donde las autoridades que llevaron adelante la investigación penal no atendieron a los descargos formulados por el imputado al sostener que él no era el autor del hecho, se sostuvo que la situación generaba un estado de duda en el que debía prevalecer la presunción de inocencia:

> "[l]a Comisión determinó en su informe de fondo que existen múltiples elementos que, desde la investigación inicial y a lo largo del procedimiento, generan dudas sobre la identidad de José Agapito Ruano Torres como El Chopo. No obstante, el señor Ruano Torres fue condenado sin que las autoridades policiales, de investigación y judiciales, adoptaran medidas mínimas para responder a las dudas generadas sobre su identidad. Lo anterior fue reconocido por el Estado. La Corte resalta que, en efecto, el Estado debería haber agotado los medios necesarios para investigar y determinar en forma fehaciente la persona que correspondía al sobrenombre de El Chopo. En este sentido, la legislación salvadoreña prevé que el Ministerio Público 'deberá investigar no solo los hechos y circunstancias de cargo, sino también, las que sirvan para descargo del imputado'. Sin embargo, la Fiscalía nada hizo por investigar los hechos indicados por José Agapito Ruano Torres para descartar su participación en el hecho punible endilgado o para asegurar la comparecencia de la persona que según se indicaba sería El Chopo. Por su parte,

[55] Ver, en sentido similar, FERRER BELTRÁN, *supra* nota 25, p. 44.

> las autoridades no dieron una respuesta de fondo a lo planteado en cuanto a si se había superado el estado de duda respecto a este aspecto fáctico. En situaciones como las del presente caso en que se presentan alegatos razonables sobre la no participación de uno de los imputados en el hecho punible en cuanto a que no era la persona a quien se le aplicaba el apodo, la Corte considera que debió primar el respeto y garantía de la presunción de inocencia".[56]

Lo señalado por la Corte IDH es acertado y se encuentra respaldado por fuertes razones. Si el proceso penal es un método de reconstrucción de determinados hechos, las hipótesis planteadas por el acusado respecto de cómo debe reconstruirse la plataforma fáctica merecen una especial atención, tanto por la utilidad que pueden tener para determinar lo realmente ocurrido como por ser el principal medio de defensa con el que cuenta la persona imputada. Es por ello que la hipótesis planteada por la acusación difícilmente pueda ser confirmada si no se presta ningún tipo de atención a las hipótesis presentadas por la defensa.[57]

Por otro lado, en el mismo caso se analizó el valor que debe otorgársele a la declaración de un coimputado, destacando que ésta, por poseer una "*limitada eficacia probatoria*", no es "*objetivamente suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia*", y que, por tal motivo, no puede ser el único sustento probatorio de una sentencia condenatoria:

> "[m]ás allá de la compatibilidad de instituciones que buscan la colaboración de ciertos implicados con la parte acusadora a cambio de determinadas contraprestaciones —como la del colaborador eficaz, el arrepentido o prescindir de la persecución penal de uno de los partícipes cuando haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el

[56] CORTE IDH, "Ruano Torres y otros v. El Salvador", 5 de octubre de 2015, párr. 130.

[57] Como bien se ha destacado, "el proceso penal moderno en su concepción del Estado de derecho liberal se construye sobre la contraposición entre intereses privados y públicos. Detrás de ello está la esperanza de que estas divergencias en un proceso dialéctico ordenado legalmente puedan ajustarse de tal modo que al final pueda obtenerse la verdad y justicia en una unidad más elevada (…). En esta concepción que ha determinado decisivamente los códigos procesales continentales trabaja la idea, proveniente del siglo XVIII, de la fuerza creadora de verdad de la discusión racional como un efecto conjunto de argumento y contraargumento, discurso y contradiscurso, solicitud y contrasolicitud, entre los cuales se enciende la verdad como un arco voltaico. Por más que el optimismo ortodoxo ingenuo de esta idea pueda haberse desvanecido, conserva aún su relativa verdad imperdible: la representación activa de los intereses opuestos mediante partes procesales y la competición que se desarrolla entre ellos facilita, controla y garantiza la obtención de la verdad del tercero ubicado entre y por encima de ellos: el juez" (BARTON, *Introducción a la defensa penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pp. 31-32).

> mismo hecho o en otro más grave— con la Convención Americana, lo cierto es que es posible afirmar la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una decisión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por si sola para desvirtuar la presunción de inocencia. Por lo tanto, fundar una condena sobre la base de una declaración de un coimputado sin que existan otros elementos de corroboración vulneraría la presunción de inocencia".[58]

Nuevamente, la Corte IDH acierta al establecer esta regla. El testimonio de un coimputado, al tratarse de un sujeto que con mucha probabilidad tenga un interés especial en que el caso se resuelva de una determinada manera —es decir, con una condena respecto de la persona contra la que va a declarar, y por la que en muchos casos obtiene una mejora en su situación procesal—, y por la posición en la que se encuentra, carece de una fiabilidad lo suficientemente alta como para poder ser el único elemento probatorio en el que se funde una condena. Ello debería actuar como obstáculo previo para que un juez pueda valorarlo, independientemente de la mayor o menor confianza subjetiva que el testimonio pueda generarle.[59]

En un caso distinto —y acudiendo, al igual que en gran parte de las oportunidades en las que debe pronunciarse sobre un tema jurídico novedoso, a los criterios adoptados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, la Corte IDH analizó el asunto vinculado a los testigos de identidad reservada, destacando que su utilización limita considerablemente el derecho del imputado a interrogarlos y que, en consecuencia, ello incide negativamente en la eficacia probatoria que pueda otorgárseles, remarcando que "*la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada*":

[58] CORTE IDH, "Ruano Torres y otros v. El Salvador", 5 de octubre de 2015, párr. 133.

[59] Al respecto, MUÑOZ CONDE resalta la necesidad de "negarle el carácter de prueba a la declaración de un imputado contra otro imputado, salvo que sea corroborada por otras (verdaderas) pruebas, porque una 'prueba' que necesariamente requiere para ser valorada como tal que sea corroborada por otras pruebas no es una verdadera prueba. Aparte de ello está el hecho de que el imputado no está obligado a declarar y si lo hace falsamente no comete falso testimonio, lo que de antemano, independientemente de su credibilidad, deslegitima su declaración contra otro imputado como prueba de cargo suficiente para fundamentar una condena del coimputado, por más que pueda ser un indicio suficiente para iniciar una investigación y un proceso penal", agregando que el coimputado "como acusado tiene el derecho a callar; por eso, si declara y lo hace contra otro acusado, podemos pensar que lo hace interesadamente, o por resentimiento o enemistad contra otro acusado, o para desviar las sospechas hacia él, o porque espera obtener algún beneficio de tipo económico o jurídico (MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 15 y 48).

> "[e]l literal f) del artículo 8.2 de la Convención consagra la "garantía mínima" del "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos", la cual materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal. La Corte ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada";[60]

> "[i]ncluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa. Por tratarse de prueba obtenida en condiciones en las que los derechos del inculpado han sido limitados, las declaraciones de testigos con reserva de identidad deben tratarse con extrema precaución, ser valoradas en conjunto con el acervo probatorio, las observaciones u objeciones de la defensa y las reglas de la sana crítica. La determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada".[61]

A lo cual cabría agregar lo señalado en términos generales sobre la falta de posibilidad del imputado de interrogar a un testigo de cargo: se trata, de acuerdo a la Corte IDH, de una

[60] CORTE IDH, "Norín Catrimán y otros v. Chile", 29 de mayo de 2014, párr. 242; citando TEDH, "Kostovski v. Países Bajos", 20 de noviembre de 1989.
[61] CORTE IDH, "Norín Catrimán y otros v. Chile", 29 de mayo de 2014, párr. 247; citando TEDH, "Doorson v. Países Bajos", 26 de marzo de 1996; "Van Mechelen y otros v. Países Bajos", 23 de abril de 1997; "Visser v. Países Bajos", 14 de febrero de 2002; y "Al-Khawaja and Tahery v. Reino Unido", 15 de diciembre de 2011.

situación que "*merma su confiabilidad y violenta las mínimas garantías de las que goza todo inculpado del delito*".[62]

En este punto, la Corte IDH señala algunas cuestiones que pueden tener proyecciones respecto del valor que se le puede otorgar a las declaraciones testimoniales. Si es posible sostener que se trata, por su propia naturaleza, de uno de los medios de prueba menos fiables,[63] pero que, no obstante, igualmente debe ser valorado, se necesita contar con resortes que en algún modo ayuden a contrarrestar esos defectos. Ahora bien, en casos donde el más importante de estos mecanismos de balance —la facultad del imputado de interrogar a estos testigos— es severamente restringido, y se pretende igualmente condenar con base en esas declaraciones, la sentencia se encontraría respaldada por una prueba que daría lugar a un elevado número de dudas, y de ningún modo alcanzaría a superar un estándar probatorio compatible con la presunción de inocencia.

Lo anterior también sirve para reforzar la necesidad de garantizar el principio de contradicción que debe regir en el proceso penal, al tratarse del ejercicio del derecho de defensa del imputado cuya restricción disminuye la fiabilidad de los distintos elementos probatorios que se presenten, en tanto este principio "representa, en el plano epistémico, la única vía de acceso a un saber de calidad sobre hechos".[64]

[62] CORTE IDH, "Ruano Torres y otros v. El Salvador", 5 de octubre de 2015, párr. 132.

[63] Sobre este punto, ver ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 99-126.

[64] ANDRÉS IBÁÑEZ, *supra* nota 63, p. 118. GUZMÁN, luego de analizar en detalle el contenido de dicho principio, arriba a las siguientes conclusiones: "primero, que el contradictorio es una derivación, principalmente, del derecho de defensa en juicio; segundo, que es el método de investigación judicial (importado de la investigación científica) más adecuado para el conocimiento de la verdad. Respecto de esta segunda conclusión, pareciera no haber dudas en cuanto a sus ventajas para la comprobación de la verdad de una hipótesis, principalmente porque permite su sometimiento a *tests* que deberá superar satisfactoriamente. Superados esos *tests*, obtendremos, como señala Popper, la 'teoría más apta que está a nuestro alcance mediante la eliminación de las que son menos aptas' (incluyendo en el término 'aptitud', según lo señala el propio Popper en el texto que aquí se cita, la 'verdad'). Si estamos de acuerdo en esto, podemos obtener un segundo grupo de conclusiones a partir de los dos señaladas más arriba: 1) la privación del ejercicio del contradictorio es inconstitucional y lesiona el derecho de defensa en juicio; 2) no podremos estar nunca seguros de que una sanción penal aplicada sin haberse sometido la hipótesis acusatoria al contradictorio, esté basada en la verdad del hecho contenida en ella, pues la actitud dogmática —y, por lo tanto, acrítica y pseudocientífica— asumida frente a ella, le quita todo viso de veracidad. Tendremos, por decirlo de alguna manera, una sanción aplicada con fundamento en una verdad 'débil' (y acá entramos en otro problema filosófico, pues hay que ver si una verdad conscientemente 'débil' puede en definitiva ser llamada verdad)". Ver GUZMÁN, *supra* nota 2, pp. 186-187.

Otro de los problemas que la Corte IDH podría solucionar en la materia es el polémico caso de las sentencias fundadas exclusivamente en el testimonio de la presunta víctima.[65] Si bien, a diferencia de los problemas repasados en los párrafos anteriores, la Corte IDH no se ha pronunciado expresamente sobre el tema, es posible extraer alguna conclusión que se encuentre implícita en lo señalado al momento de criticar la lectura *descontextualizada* y *parcializada* en la que a veces incurren los tribunales locales al momento de emplear la jurisprudencia interamericana como recurso argumentativo, sumándole a ello lo señalado al tratar el valor probatorio de la declaración de un coimputado.

La Corte IDH, al analizar el valor probatorio de las declaraciones de las presuntas víctimas en los procesos internacionales —los que, como se vio, por la materia que se encuentra en juego, son menos exigentes que los procesos penales locales al momento de valorar la prueba—, si bien se ha mostrado favorable a su utilización, lo ha hecho advirtiendo que "*se analizarán sus dichos teniendo en cuenta que la declaración de la presunta víctima no puede ser valorada aisladamente, dado que tiene un interés directo en el caso*" y que, por esa misma razón, "*dicho testimonio debe ser valorado como indicio dentro del conjunto de pruebas de este proceso*".[66] Con base en estas afirmaciones podría formularse el siguiente planteo: si en los procesos internacionales se emplean criterios menos estrictos que, por esa misma razón, no son aplicables a los procesos penales locales, pero aun así la Corte IDH ha señalado que es necesario proceder con prudencia al evaluar el testimonio de la presunta víctima y que éste no puede constituir la única prueba que funde la sentencia —de ahí la razón de ser de la expresión "debe ser valorado como *indicio* dentro del *conjunto* de pruebas del proceso—, ¿no cabría aplicar el mismo razonamiento pero aun con más contundencia en los procesos penales locales, donde se encuentra en juego la presunción de inocencia de las personas y no la responsabilidad internacional de un Estado?

Lo anterior puede reforzarse acudiendo a las proyecciones que puedan hacerse en relación con los alcances del criterio adoptado respecto de la declaración del coimputado. Si ésta no puede ser el único sustento probatorio de una sentencia condenatoria en materia penal en razón de su "*limitada eficacia probatoria*" —la cual, pese a que la Corte IDH no lo señale expresamente, se debe principalmente a que el interés que tiene el coimputado en que el caso se resuelva en un sentido

[65] Problema comúnmente denominado *testimonio único* o *testigo único*. Para un análisis del tema, ver SANCINETTI, "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 6, junio de 2010, pp. 984-993; y SANCINETTI, "Testimonio único y principio de la duda", en *InDret*, 3/2013.
[66] Ver las referencias jurisprudenciales en *supra* notas 37 y 38.

determinado debilita considerablemente su credibilidad—, no se advierten motivos para no aplicar el mismo razonamiento a las sentencias que se fundan exclusivamente en el testimonio de la presunta víctima, en tanto ésta es, en la mayoría de los casos, la principal interesada en que se llegue a una sentencia condenatoria.[67]

Finalmente, resulta de interés tener en consideración lo señalado en un caso donde se pretendió respaldar una sentencia condenatoria en la confesión del imputado obtenida mediante tortura. En esta oportunidad, la Corte IDH no sólo destacó que se trata de una prueba que debe ser excluida para desalentar la utilización de medios de investigación que atentan contra la dignidad humana —principal factor por el cual debe rechazarse su utilización en todo tipo de contextos—, sino que también se trata de un elemento probatorio de escasa fiabilidad, y que lo mismo debe señalarse frente a cualquier tipo de coacciones:

> "[e]n este sentido, la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales. Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar que 'la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza', es decir que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción";[68]

[67] Señala ANDRÉS IBÁÑEZ que este caso "presenta un plus de dificultad en la apreciación porque sobre él inciden circunstancias que le exponen a un mayor riesgo de desviación, tanto en la obtención de la información relevante como en la conservación, recuperación e, incluso, transmisión de la misma. En efecto, pues no hay duda de que en su calidad de perjudicado tendrá un interés —legítimo— en una determinada decisión de la causa. Y esta misma condición, sobre todo si la acción criminal ha sido especialmente degradante, generará, aparte el natural deseo de vindicación, una intensa necesidad de ser creído, básicamente por razón de autoestima" (ANDRÉS IBÁÑEZ, *supra* nota 63, p. 115).

[68] CORTE IDH, "Cabrera García y Montiel Flores v. México", 26 de noviembre de 2010, párr. 166.

> "[p]or otra parte, este Tribunal considera que las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen. Por lo anterior, para el Tribunal, aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo. Asimismo, el carácter absoluto de la regla de exclusión se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción. En consecuencia, la Corte considera que excluir la prueba que haya sido encontrada o derivada de la información obtenida mediante coacción, garantiza de manera adecuada la regla de exclusión".[69]

De acuerdo a todo lo anterior, si bien no parece desprenderse que la Corte IDH haya sido lo suficientemente clara o contundente en relación con los criterios de valoración de la prueba que los Estados deben utilizar en los procesos penales locales, es posible derivar de sus análisis la siguiente serie de pautas que pueden echar algo de luz sobre el asunto:

> **1.** El estándar probatorio necesario para superar la presunción de inocencia es el de "*más allá de toda duda razonable*".
>
> **2.** No obstante, como la Corte IDH no ha delimitado con un grado de precisión aceptable su contenido —y, por la naturaleza misma de ese estándar, difícilmente pueda hacerlo—, se hace necesario inferir algunas conclusiones a través de determinados supuestos que, de acuerdo a su interpretación, no resultan suficientes para poder respaldar una sentencia condenatoria. Tal es el caso de:
>
> **a)** Cuando no se atiende a las líneas de investigación propuestas por el imputado en sus descargos.
>
> **b)** Cuando el imputado no ha podido interrogar libremente a los testigos de cargo o, en un sentido específico, cuando la sentencia se funda únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada —

[69] CORTE IDH, "Cabrera García y Montiel Flores v. México", 26 de noviembre de 2010, párr. 167.

razonamiento que, naturalmente, puede extenderse a todos aquellos casos en los que se vulnera el principio de contradicción—.

c) Cuando la sentencia se funda en una confesión del imputado obtenida mediante coacciones.

d) Aunque se trate de una construcción elaborada a través de afirmaciones realizadas por la Corte IDH en otros casos, también podría afirmarse lo mismo cuando la sentencia condenatoria se funda exclusivamente en el testimonio de la presunta víctima.

IV. Conclusiones: una aproximación tímida a un problema crucial

A lo largo de este trabajo se intentó determinar si la Corte IDH, por la amplia difusión que tienen sus criterios en la argumentación de los operadores jurídicos de nuestra región, puede proporcionar criterios que provean algo de uniformidad y precisión a la valoración de la prueba en materia penal. Como ejemplos de qué caminos *no* seguir al encarar esa tarea, vimos que los criterios menos estrictos empleados por este tribunal al valorar la prueba en el marco de un proceso internacional no pueden ser trasladados a los procesos penales locales, y que la corriente jurisprudencial que ordena a los Estados investigar y juzgar a los autores de violaciones de derechos humanos no puede utilizarse como argumento para relativizar los alcances de la presunción de inocencia. Por otro lado, al momento de ver qué alternativas *sí* pueden ser útiles para esta misión, vimos cómo la Corte IDH adoptó el estándar de "*más allá de toda duda razonable*" y cómo, frente a la imposibilidad de determinar su alcance de manera general, resulta necesario ver las reglas establecidas en algunos casos particulares al momento de señalar qué elementos probatorios no son suficientes para poder fundar una sentencia condenatoria. Esto último, por su parte, advierte que quizás sea necesario dejar de concentrar los esfuerzos en la búsqueda de un estándar general para todos los casos,[70] y que puede ser más productivo intentar establecer reglas que nos indiquen cuándo un determinado elemento probatorio no puede ser en sí mismo valorado para intentar establecer la verdad sobre una hipótesis, o bajo qué condiciones un determinado elemento sí puede ser utilizado en esa tarea.

[70] Para algunas propuestas que podrían ser superadoras del "más allá de toda duda razonable", ver LAUDAN, *supra* nota 3, pp. 126-128.

La respuesta, de acuerdo a los resultados obtenidos, puede ser considerada como parcialmente satisfactoria. Ello es así en tanto un buen número de conclusiones han tenido que ser extraídas no de afirmaciones categóricas y detalladas, sino de conclusiones derivadas de situaciones particulares con cierto grado de contundencia y, en otros casos, en base a inferencias sobre lo dicho en otro tipo de casos.

Si tomamos en cuenta este aspecto y realizamos un balance exclusivamente en torno a ello, podría reprochársele a la Corte IDH que, a diferencia de otros asuntos que llegaron a su conocimiento, haya actuado con cierta *timidez*[71] al no ir más a fondo en un asunto que es de vital importancia para los derechos fundamentales por encontrarse en juego la libertad de las personas. El hecho de que algunas conclusiones deban derivarse de lo que *se deja ver* en determinados pasajes de una sentencia posiblemente reste peso a la utilidad de esos argumentos, ya que, gracias a esa misma falta de claridad, la Corte IDH podría fácilmente relativizar el alcance de esos criterios en casos futuros.[72]

Sin embargo, acudiendo a intuiciones, podría sostenerse que existe una razón de orden *estratégico* a la que posiblemente pueda obedecer el comportamiento de la Corte IDH frente al problema de la valoración de la prueba: el hecho de que se haya decidido no sentar criterios que indiquen con demasiado detalle cómo los tribunales locales deben valorar la prueba a fin de que ello no sea visto como una restricción, por parte de un tribunal internacional, al principio de *libre valoración* que rige en la mayoría de los Estados. Alguien podría entender a esa posición como razonable, y puede inferirse que la Corte IDH puede haber optado por no establecer reglas muy contundentes que sean pasibles de ser interpretadas como órdenes que digan a los jueces de los Estados *qué hacer o no hacer* y *cómo hacerlo*, y ser tratadas como injerencias indebidas de un tribunal internacional en las potestades jurisdiccionales de los Estados.[73] También cabría preguntarse —y

[71] Expresión tomada de AMBOS y BÖHM en "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?", en AMBOS/ELSNER/MALARINO (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, t. II, Montevideo, KAS/Universidad de Göttingen, 2011, pp. 43-69.

[72] Algo que recuerda a la afirmación propia del realismo jurídico según la cual "*el derecho es lo que los jueces dicen que es*".

[73] Estas posibles justificaciones, sin embargo, pueden ser relativizadas si se observa el temperamento que la Corte IDH adoptó frente a otras temáticas polémicas y de difícil resolución. A modo de ejemplo, en el caso "Gelman v. Uruguay", donde la Corte IDH tuvo que decidir si las leyes de amnistía que beneficiaban a agentes estatales que cometieron diversas violaciones de derechos humanos, pese a gozar de un fuerte respaldo democrático —al haber sido refrendadas, en el caso particular, por un plebiscito— eran compatibles con la CADH, se inclinó por la negativa brindando un desarrollo argumentativo sumamente pobre. Sin dudas, se trataba de una temática de difícil resolución en los debates académicos sobre teoría del castigo, y la decisión representó una posible injerencia en las decisiones soberanas de un Estado. No

al margen del acercamiento "prudencial" señalado— si la Corte IDH se encuentra habilitada para señalar a los Estados qué estándar probatorio concreto deben utilizar en materia penal.[74]

Con todo —y para no caer en un pesimismo contraproducente—, como refuerzo de las conclusiones positivas que pueden extraerse debe señalarse que la Corte IDH se ha mostrado favorable a la posibilidad de adoptar estándares objetivos fuertes —tal como se desprende de haber afirmado que un determinado elemento probatorio "*objetivamente* no sería suficiente por sí solo para desvirtuar la presunción de inocencia"—,[75] y que algunas de las reglas establecidas en sus decisiones solucionan con claridad algunos grupos de casos problemáticos. Por otro lado, también es posible relativizar la eventual crítica de que ésta no debe suplir a los jueces locales en lo que hace a la valoración de la prueba afirmando que, al igual que se lo ha hecho en los casos aquí reseñados, no se trata de una injerencia indebida sino de evaluar si la prueba reunida es suficiente para no vulnerar la presunción de inocencia del art. 8.2 de la CADH, algo para lo cual los Estados le han reconocido competencia a la Corte IDH. Otro tanto podría decirse para concluir en que la Corte IDH efectivamente se encuentra autorizada a señalar a los Estados qué estándar probatorio utilizar en materia penal, ya que la presunción de inocencia se vería desnaturalizada sin la presencia de un estándar claro que, atado a ella, señale cuándo debe ceder.

El problema presentado, además, también debería implicar un llamado de atención para la enseñanza del derecho en nuestras universidades. La discusión de los *hechos*, tradicionalmente relegada en los debates teóricos y vista como algo ajeno a la actividad de los profesionales del derecho,[76] debe revitalizarse y ser tratada como un tema de primer orden en los cursos de derecho procesal penal. Si las habilidades de los distintos actores del sistema en la materia son fortalecidas, mejor será la presentación de sus casos y, como derivación de ello, es de esperarse que las dudas sean menores, y que los criterios de valoración de la prueba sean desarrollados con un grado de refinación igual o similar al de otras construcciones teóricas del derecho penal.

---

obstante, la Corte IDH aun así decidió respaldar su decisión pese al costo *político* que ello representaba, y sin importar si el asunto era de fácil o difícil solución en el plano teórico.

[74] Al respecto, alguien podría argumentar que la CADH prevé la obligación de los Estados de asegurar la presunción de inocencia (art. 8.2) pero sin establecer en su texto qué estándar concreto es necesario para poder legítimamente condenar a una persona, algo que quedaría, en principio, librado a la discrecionalidad de los Estados. Una muestra de ello sería el hecho de que los Estados prevean en sus legislaciones procesales penales estándares muy distintos entre sí.

[75] CORTE IDH, "Ruano Torres y otros v. El Salvador", 5 de octubre de 2015, párr. 133.

[76] Ver BOVINO, "Sobre la enseñanza del derecho penal. ¿Y los hechos?", en *Nueva Doctrina Penal*, 2007/A, pp. 1001-1011; y ANDRÉS IBÁÑEZ, *supra* nota 63, p. 45.

En suma, la discusión sobre la valoración de la prueba en el proceso penal difícilmente pierda actualidad. Los criterios aquí delineados pueden ser utilizados y ampliados por la argumentación de distintos actores de los sistemas locales y, además, ser tenidos en cuenta para el litigio estratégico de los diversos casos que año tras año ingresan al sistema interamericano de protección de derechos humanos con miras a que existan futuros pronunciamientos que sean más claros y que, de ese modo, fortalezcan la protección de la presunción de inocencia.

Por otro lado, saber con certeza al menos qué caminos *no seguir* al momento de valorar los elementos probatorios presentados en un proceso penal es, a fin de cuentas, un progreso en sí mismo.

V. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor, "El complejo de Rock Hudson. Sobre el menosprecio de la práctica judicial y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del derecho", en *No Hay Derecho*, n.º 4, 1991, pp. 10 ss.

— "Editorial", en *Nueva Doctrina Penal*, 2007/B, pp. I-XVIII.

AMBOS, Kai/BÖHM, María Laura, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?", en AMBOS, Kai/ELSNER, Gisela/MALARINO, Ezequiel (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, t. II, Montevideo, KAS/Universidad de Göttingen, 2011, pp. 43-69.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

BARTON, Stephan, *Introducción a la defensa penal* (trad. Leonardo BROND), Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, pp. 1753-1765, com. 27.

BOVINO, Alberto, "La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 3, 2005, pp. 60-83.

— "Sobre la enseñanza del derecho penal. ¿Y los hechos?", en *Nueva Doctrina Penal*, 2007/A, pp. 1001-1011.

DI CORLETO, Julieta, "La valoración de la prueba en casos de violencia de género", en HAZAN, Luciano/PLAZAS, Florencia (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal: nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Del Puerto, 2015, pp. 453-467.

EPPS, Daniel, "The consequences of error in criminal justice", en *Harvard Law Review*, vol. 128, n.º 4, 2015, pp. 1065-1151.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ), Madrid, Trotta, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

FILIPPINI, Leonardo, "El prestigio de los Derechos Humanos. Respuesta a Daniel Pastor", en *Nueva Doctrina Penal*, 2005/B, pp. 727-754.

FRISCH, Wolfgang, "Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento", en AMBOS, Kai/BÖHM, María Laura/ZULUAGA, John (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Segunda y tercera escuela de verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana,* CEDEPAL, Göttingen University Press, 2016, pp. 53-81.

GARGARELLA, Roberto, "Justicia Penal Internacional y violaciones masivas de Derechos Humanos", en ÍDEM, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008, pp. 105-147.

— "La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman", en *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, Nª 2, 2015.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, 2005, pp. 127-139.

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, 2.ª ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2011.

LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 28, 2005, pp. 95-113.

— "¿Es razonable la duda razonable?", en ÍDEM, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 117-195.

— *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* (trad. Carmen VÁZQUEZ y Edgar AGUILERA), Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., t. I, Buenos Aires, Del Puerto, 1996.

MALARINO, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AMBOS, Kai/ELSNER, Gisela/MALARINO, Ezequiel (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, t. I, Montevideo, KAS/Universidad de Göttingen, 2010, pp. 25-62.

— "Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales", en AMBOS, Kai/ELSNER, Gisela/MALARINO, Ezequiel (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, t. II, Montevideo, KAS/Universidad de Göttingen, 2011, pp. 435-455.

MARTÍNEZ, Sebastián "La paradoja de la utilización por parte de los tribunales argentinos de la jurisprudencia de la CIDH para la justificación y limitación del encarcelamiento preventivo", en PASTOR, Daniel (dir.)/GUZMÁN, Nicolás (coord.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 285-317.

MILLER, Jonathan M., "Una tipología de los transplantes legales: utilizando la sociología, la historia del derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de transplante", en *Lecciones y Ensayos*, n.º 81, 2005, pp. 17-70.

MORGENSTERN, Federico, *Cosa juzgada fraudulenta. Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita*, Buenos Aires, B de F, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

NIEVA FENOLL, Jordi, "La razón de ser de la presunción de inocencia", en *InDret*, 1/2016.

OTEIZA, Eduardo, "La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidad *ex officio*", en *Cuadernos del departamento de jurisprudencia de la Universidad de Torino*, n.º 22, 2012, pp. 33-54.

PASTOR, Daniel, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, pp. 73-114.

— *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006.

— "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima, o para el aparato represivo del Estado?", en AMBOS, Kai/ELSNER, Gisela/MALARINO, Ezequiel (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, t. II, Montevideo, ed. KAS/Universidad de Göttingen, 2011, pp. 491-516.

SANCINETTI, Marcelo, "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas *Testimonium unis non valet* y *Nemo testis in propria causa*", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, n.º 6, junio de 2010, pp. 984-993.

— "Testimonio único y principio de la duda", en *InDret*, 3/2013.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Lucha contra la impunidad y derecho de la víctima al castigo del autor", en ÍDEM, *En busca del Derecho Penal: Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, B de F, 2015, pp. 83-124.

WILKINSON, Harvie, "In defense of American criminal justice", en *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, 2014, pp. 1099-1172.

EL DELITO DE PARTICIPACIÓN EN UNA PRUEBA DE VELOCIDAD O DESTREZA AUTOMOVILÍSTICA Y SU RELACIÓN CON OTROS TIPOS PENALES

Denise STAW*

Fecha de recepción: 30 de agosto de 2016
Fecha de aprobación: 1º de noviembre de 2016

Resumen

El presente trabajo pretende elaborar algún criterio que haga posible distinguir el delito previsto por el art. 193 bis, prim. párr., CP (participación en una prueba de velocidad o destreza automovilística) de otras figuras establecidas en el Código Penal y en el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. Para la doctrina mayoritaria el tipo penal que nos ocupa es un delito de *peligro concreto*. Si se asume esa postura y se parte de la base de que los delitos de lesión —excepto que contengan exigencias subjetivas especiales— también pueden cometerse con dolo eventual (postura dominante) veremos que el tipo subjetivo del delito de participación en una prueba de velocidad o destreza automovilística no se diferenciaría del tipo subjetivo del delito de homicidio o de lesiones dolosas. Por lo tanto, se propondrá un nuevo criterio, basado en el riesgo creado por el agente.

Palabras clave: Delitos de peligro — Picadas — Elemento subjetivo — Riesgo

Title: The Crime of Taking Part in a Street Race on a Public Road and its Link with Other Offenses

Abstract

This article aims to create a plausible way to distinguish the crime of taking part in a street race on a public road from other offenses. Most academics assume that this offense is an endangerment crime that requires a real danger. If this assumption is correct and one assumes that crimes that

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Ayudante de primera categoría de la UBA y profesora adjunta de las materias Derecho Penal I y Derecho Penal II del Instituto Superior de Seguridad Pública (ISSP) de las cátedras del Prof. Dr. mult. Dr. *h.c.* MARCELO A. SANCINETTI. Contacto: denisestaw@gmail.com.

require the causation of certain harm can also be committed with *dolus eventualis*, then the *mens rea* of the crime of taking part in a street race on a public road is equivalent to the *mens rea* of homicide and battery. Thus, the author offers a new criterion, based on the risk created by the agent.

Keywords: Crimes of Endangerment — Street Racing — mens rea — Risk

Sumario

I. Introducción; II. El tipo penal previsto por el art. 193 bis, prim. párr., CP, como delito de peligro concreto; III. Dolo de peligro versus dolo de lesión; IV. Tentativa de homicidio doloso versus artículo 193, bis, CP; V. Tentativa de homicidio imprudente, artículo 112 del Código Contravencional de la CABA y problemas de atribución del resultado; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Introducción

No es novedosa la problemática existente en torno a la distinción de la *tentativa de delitos de lesión* —cometida con dolo eventual— de los *delitos de puesta en peligro* respecto de un mismo bien jurídico. Ciertamente esa problemática genérica es la que dificulta diferenciar, en particular, el tipo penal de participación en una prueba de velocidad o destreza automovilística, previsto por el art. 193 bis, prim. párr., del Código Penal (en adelante, "CP"), de otras figuras. Específicamente, de la tentativa de homicidio doloso (arts. 42, 44 y 79, CP) y de la tentativa de lesiones dolosas (arts. 42, 44, 89, 90 y 91, CP). Ello se debe a que la doctrina mayoritaria entiende que el delito del art. 193 bis, prim. párr., CP, es un delito de peligro concreto. Esta postura será aquí asumida como correcta —si bien se señalará que existen disidencias al respecto— a efectos de evidenciar las consecuencias y dificultades que acarrea.

A partir de este entendimiendo, se intentará esbozar algún criterio que permita distinguir los delitos mencionados. Para ello es conveniente, en primer lugar, recordar la distinción entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto (apartado II). Luego, se dará cuenta de cómo se analiza en la doctrina nacional el delito previsto por el art. 193, bis, CP. Se verá particularmente que la posición mayoritaria considera que se está en presencia de un delito de peligro concreto, dado que el tipo penal requiere para la consumación que el sujeto activo haya creado en los hechos una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas

(apartado III). Y si se acepta que los delitos de lesión —excepto que contengan exigencias subjetivas especiales— también pueden cometerse con dolo eventual (cuestión sobre la que hay mayoritariamente acuerdo en la doctrina) se advertirá que no es posible diferenciar el tipo subjetivo del delito de participación en una prueba de velocidad o destreza automovilística del de homicidio doloso (o, en su caso, de lesiones), cometido con dolo eventual. Para ejemplificar lo expuesto: el tipo subjetivo del delito regulado por el art. 193 bis requiere que el autor se haya representado el peligro concreto de lesión, esto es, que se haya representado que con su accionar creó la posibilidad cierta de que se produjera la muerte de una persona. Esa representación es suficiente para que estemos en presencia del dolo eventual de homicidio[1] (apartado IV). Finalmente, se intentará determinar si el riesgo propio del delito de lesión se diferencia (o no) del riesgo propio del delito de peligro concreto. Dicho de otro modo, se pretende indagar si la diferencia entre estos delitos (de existir) puede encontrarse ya en el tipo objetivo. Por lo demás, lo mismo se intentará respecto de la tentativa de homicidio imprudente (no punible como tal) y de la contravención prevista en el art. 112 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires —en adelante, "CC"— (apartado V).

II. El tipo penal previsto por el art. 193 bis, prim. párr., CP, como delito de peligro concreto

En términos generales hay acuerdo en la doctrina a la hora de definir los *delitos de peligro concreto* y los *delitos de peligro abstracto*. Genéricamente, los delitos de peligro son definidos por contraposición a los de lesión.[2] En este sentido se sostiene, en síntesis, que en los tipos de lesión el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado. En cambio, en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción.[3] Ahora bien, en *los delitos de peligro abstracto* basta para la consumación con la peligrosidad general o remota de la acción para bienes jurídicos indeterminados.[4] El legislador atribuye a una

[1] Para evitar problemas adicionales asúmase que en los casos en estudio el sujeto activo actúa con dolo eventual con independencia de la teoría que se asuma para distinguir esta figura jurídica de la imprudencia con representación: el autor se representa en el caso concreto la posibilidad de que se produzca la muerte de una persona y tiene el elemento adicional requerido por las teorías de la voluntad (ejemplo: se conforma con que ocurra efectivamente la muerte de otro).

[2] Sobre la legitimidad de la punición de delitos de peligro cf., entre otros, DUFF/MARSHALL, "'Daños Remotos', 'Peligro Abstracto' y los 'Dos Principios del Daño'" (trad. Diego HAMMERSCHLAG), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica,* vol. 15, agosto de 2014.

[3] Cf. ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, 2006 [1997], p. 336

[4] Sobre las distintas concepciones del delito de peligro abstracto ver Roxin, *supra* nota 3, pp. 408 ss.

clase de comportamiento el carácter de peligroso, desentendiéndose de si, en el caso concreto, se derivó un riesgo real para el objeto de ataque.[5] En cambio, en los *delitos de peligro concreto*, la consumación del tipo penal requiere que la acción realizada genere, con cierta probabilidad, la posibilidad de lesión del objeto de bien jurídico.[6] Esto sucede cuando, efectivamente, se generó la probabilidad de un daño inminente cuya producción solamente depende de la casualidad.[7] En otras palabras, la puesta en peligro de un objeto de bien jurídico es un resultado a ser causado por una acción, de modo que no sólo los delitos de lesión, sino también los delitos de peligro concreto constituyen delitos de resultado.[8]

Ya en lo que se refiere al delito de participación en una prueba de velocidad o destreza automovilística, el art. 193 bis, prim. párr, CP, establece que "*[s]erá reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente*". La doctrina nacional sostiene, mayoritariamente, que se trata de un delito de *peligro concreto*. La argumentación para sostener esta conclusión se limita a la afirmación de que el tipo penal expresamente requiere la creación de una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, por lo que sería que ese peligro cierto (de muerte o de lesiones) recaiga sobre, al menos, una persona.[9]

[5] Cf. SANCINETTI, "Tipos de peligro, en las figuras penales (homenaje al profesor Carlos Creus)", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VII, n.º 12, 2001, p. 155.

[6] En palabras de ROXIN: "*la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción*" (*supra* nota 3, p. 404). En el mismo sentido JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (trad. José Luis MANZANARES SAMANIEGO), 4.ª ed., Granada, Comares, 1993, p. 238, quien sostiene que "*…en los delitos de peligro abstracto basta, como resultado de la acción, el riesgo de lesión*".

[7] KINDHÄUSER, "Estructura y Legitimación de los delitos de peligro en el derecho penal" (trad. Nuria PASTOR MUÑOZ), en *InDret,* 1/2009, p. 13. En similar sentido ROXIN, *supra* nota 3, quien sostiene que *"[e]n los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea sólo por casualidad*" (p. 336). Sobre el alcance y la discusión acerca del concepto de "peligro concreto", cf. KISS, "Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo 'adelantado'? en *InDret*, 1/2015, pp. 11 ss.

[8] FRISTER, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Marcelo A. SANCINETTI), 4.ª ed, Buenos Aires, Hammurabi, 2011 [2009], p. 170. En el mismo sentido JESCHECK, *supra* nota 6, p. 238 y ROXIN, *supra* nota 3, p. 336.

[9] En este sentido, BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial,* t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2009 [2000], p. 502. En la misma línea, TERRAGNI, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial II*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2013 [2012], p. 32. Ello ha sido objetado en razón del título y del capítulo del Código Penal en el que se encuentra incluido el delito (bajo el título "delitos contra la seguridad pública", y el capítulo "delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y comunicación". La doctrina no es unánime en torno a cuál es el bien jurídico protegido. Cierto sector sostiene que es la vida y la integridad física de las personas; otro, que es la seguridad en el tránsito (la que configuraría una especie de la categoría general de la "seguridad común").

En este sentido, LEDESMA (en su actualización del tratado de FONTÁN BALESRTA) entiende que se trata de un delito de peligro concreto pese a que considera que hubiese sido conveniente legislarlo como de peligro abstracto.[10] En efecto, el autor citado postula que *"[e]l delito es de peligro concreto, puesto que ley exige que el autor 'creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas' y se consuma por el solo hecho de la intervención en la prueba —siempre que ésta genere el peligro cierto al que nos referimos— sin que se requiera ningún resultado*".[11] Por su parte, BUOMPADRE afirma que "…*el tipo penal requiere que la conducción del automotor haya puesto en peligro concreto la vida o la integridad física de las personas*".[12] En la misma línea se han pronunciado TERRAGNI[13] y los restantes autores que han analizado este tipo penal.[14]

Sin embargo la postura que clasifica al delito que nos ocupa como *de peligro concreto* no es unánime. Por el contrario, SANCINETTI señala que se trata de un delito *de peligro abstracto*. En este sentido entiende que "…*lo razonable… es ver ya… en el 'entregarse a una prueba de velocidad en la vía pública'… un hecho que crea un peligro indefinido suficiente para la punición en el sentido de la ley, sin ninguna exigencia adicional ulterior*".[15] Este autor aplica al delito previsto por el art. 193 bis, CP, un criterio similar al que postula para el abandono de personas (art. 106, CP). Este último supuesto, pese a que reprime a quien *"… pusiere en peligro la vida o la salud de otro…",* a partir de un análisis histórico de ese ilícito, SANCINETTI sostiene que el peligro aludido se encuentra implícito en el

[10] FONTÁN BALESTRA (actualizado por Guillermo A. C. LEDESMA), *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2014 [2013], p. 459, ver nota de pie de página n.º 9. Concretamente afirma que *"[d]e lege ferenda hubiera sido mejor no requerir el peligro concreto. Aunque la competencia se realice en una ruta de campo muy poco transitada es posible la producción de un resultado lesivo*".

[11] Íd., p. 459.

[12] BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial,* t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2009 [2000], p. 502.

[13] TERRAGNI, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial II*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2013 [2012], p. 33, quien sostiene que *"[c]omo delito de peligro concreto que es, se consuma cuando el riesgo haya existido realmente (pueda constatarse)…".*

[14] En tanto se trata de un tipo penal relativamente reciente ciertos autores tradicionales de la doctrina nacional no lo han analizado. En el sentido expresado cf. AMANS/NAGER, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, p. 394, quienes sostienen que "*[e]l delito contemplado en el párr. 1.º presenta la estructura de un tipo penal activo doloso y de peligro concreto*". En igual sentido, LÓPEZ, "Algunas reflexiones sobre el artículo 193 bis del Código Penal de la Nación - La acusación alternativa artículo 112 del Código Contravencional - El problema de la competencia", en *Sistema Argentino de Información Jurídica*, http://www.saij.gob.ar/walter-eduardo-lopez-algunas-reflexiones-sobre-articulo-193-bis-codigo-penal-nacion-acusacion-alternativa-articulo-112-codigo-contravencional-problema-competencia-dacf110163-2011-10-11/123456789-0abc-defg3610-11fcanirtcod [enlace verificado el día 12 de septiembre de 2016].

[15] SANCINETTI, "Abandono de persona y homicidio por omisión", en ZIFFER (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 316. SANCINETTI distingue tres grupos de casos que configurarían delitos de peligro abstracto. En el primero se prohíbe una acción realizada dentro de determinado "síndrome de riesgo" que apunta a un peligro concreto, es decir dentro de ciertas condiciones que, cuando se dan, generalmente pueden conducir al peligro de que se llegue a una lesión – la delimitación entre los delitos de peligro concreto y este grupo de En el este grupo de casos podríamos ubicar al tipo penal previsto por el art. 193 bis.

concepto de abandono y que el hecho de "*…que ahora este escrito de modo explícito se satisface con el peligro general de que el autor no haya neutralizado por otra vía, al dejar a su suerte al necesitado de amparo, que se pueda producir un grave daño a la salud o un peligro para la vida. Dicho brevemente: si no se cercioró de la inexistencia de peligro ni había razones externas para pensar que el peligro estaba objetivamente excluido de antemano, ya se da el peligro típico*".[16]

Trasladando esta argumentación al delito previsto por el art. 193 bis, CP,[17] podría sostenerse que también en este caso la mera realización de la acción de conducir un vehículo en *una prueba de velocidad o de destreza* lleva implícito el peligro para la vida y la integridad física de las personas que requiere el tipo penal, siempre y cuando el sujeto activo no lo haya neutralizado de alguna manera. De modo que aun cuando se sostenga esta postura lo cierto es que no bastaría únicamente la peligrosidad general o remota de la acción para bienes jurídicos indeterminados, sino que en estos casos se exige un requisito adicional, esto es, *que el sujeto activo no haya neutralizado el riesgo*.[18] A modo de ejemplo, si *X* condujese un vehículo automotor en una prueba de velocidad en determinado lugar, habiendo constatado previamente que no había persona alguna en sus alrededores, entonces no cometería el tipo penal previsto por el art. 193 bis, CP. En palabras de SANCINETTI: "*estas prohibiciones estandarizadas para cada síndrome de riesgo abstracto deben entenderse excepcionalmente desincriminadas cuando el autor emplea medidas de seguridad adicionales que neutralizan la posibilidad de que el peligro abstracto origine efectivamente un peligro concreto*".[19] Apoyaría esta postura —y llevaría a considerar al delito del art. 193 bis, CP, como de peligro abstracto— un análisis sistemático de las escalas penales previstas para los delitos de peligro. En efecto, aquél prevé una pena de seis meses a tres años, menor que la prevista para otros delitos de peligro concreto[20] y

[16] Íd., p. 306.

[17] Lo cierto es que la argumentación dada por SANCINETTI para sostener que el delito de abandono de personas o el previsto por el art. 193 bis también podría trasladarse a todo delito de peligro concreto. En este sentido, a modo de ejemplo, podría afirmarse que el causar un incendio, por lo general, lleva implícito el peligro de muerte de alguna persona (art. 186, inc. 4, CP). Es que, salvo que el autor se haya cerciorado previamente de que no hubiera personas en el lugar a incendiar o en sus inmediaciones, el peligro de muerte para alguien como posibilidad se encontraría presente. En definitiva tendería a desaparecer la categoría de delitos de peligro concreto, tal como hoy es entendido.

[18] Si ello también se aplica a los restantes grupos de delitos de peligro abstracto se encuentra discutido. A favor de la desincriminación cuando el autor toma los recaudos para que el síndrome de riesgo señalado por la ley como riesgo prohibido no sea peligroso en el caso concreto JESCHECK, *supra* nota 6, p. 239. Ver también en ese sentido SANCINETTI, *supra* nota 5, pp. 162-163.

[19] SANCINETTI, *supra* nota 5, p. 166.

[20] El delito de incendio con peligro de muerte antes mencionado (art. 186, inc. 4, CP) establece una pena de tres a quince años y el delito de abandono de personas (art. 106, CP) de dos a seis años.

más cercana a los delitos de peligro abstracto.[21] De todas maneras, esta argumentación lejos está de definir la cuestión debido a la incoherencia existente al respecto en nuestra legislación.

La posición de SANCINETTI es cuestionada por KISS, quien sostiene que no puede utilizarse, a los efectos de la interpretación de los delitos de peligro abstracto, la *peligrosidad concreta*, dado que por definición aquélla le es ajena. En sus palabras "*[u]n concepto que por definición está 'ausente' (la peligrosidad o el peligro en concreto) no puede plantear un caso genuino de interpretación*".[22] Afirma, además, que la formulación de los delitos de peligro abstracto obedece a que en ciertos ámbitos se pretende lograr determinado nivel de seguridad aun cuando al autor del hecho pudiera parecerle que él puede controlar el riesgo de manera satisfactoria.[23] En definitiva "*[u]n delito de peligro abstracto no puede compensarse a través de medidas que eliminen el riesgo en concreto*",[24] en tanto "*[e]l riesgo abstracto subsiste a pesar de que el autor haya tomado medidas —incluso eficaces— para eliminar el riesgo concreto*"[25].

Comparativamente, en la legislación alemana, que en general es utilizada como guía para interpretar los delitos del sistema penal argentino, no existe un tipo penal en los términos del art. 193 bis, CP. Sin embargo, resulta en cierta forma similar el delito previsto por el § 315c, StGB, denominado *puesta en peligro del tráfico vial* y que reprime, en su punto inciso 1, párr. 2, a quien "*…en el tráfico vial conduzca un vehículo… de manera gravemente contraria a las normas de la circulación… y con ello sean puestas en peligro la integridad física o la vida de otra persona, o de cosas ajenas de considerable valor*".[26] Para autores como JESCHECK[27] y ROXIN[28] se está en presencia de un claro ejemplo de delito de peligro concreto. Así, el último autor señala "*[l]os delitos de peligro concreto… requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo… El caso más importante en la práctica es la puesta en peligro del tráfico viario (§ 315c), en el que además de las peligrosas formas de conducción allí descriptas se requiere adicionalmente que de ese modo sean 'puestas en peligro la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor*".[29]

[21] El delito de tenencia de arma de uso civil prevé una escala penal de seis meses a dos años, mientras que la portación de uno a cuatro años (art. 189 bis, CP).
[22] KISS, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2011, p. 309.
[23] *Ibídem*.
[24] *Ibídem*.
[25] *Íd.*, p. 142.
[26] Trad. Leandro A. DÍAS.
[27] JESCHECK, *supra* nota 6, p. 238.
[28] ROXIN, *supra* nota 3, p. 336; JESCHECK, *supra* nota 6, p. 238.
[29] ROXIN, *supra* nota 3, p. 404.

Hasta aquí se han señalado las diferentes posturas existentes en la doctrina acerca de la calificación del delito previsto por el art. 193, bis, CP como tipo de peligro concreto y como delito de peligro abstracto. Aquí no se pondrán en discusión estas categorías, tal vez cuestionables a nivel material, y se asumirá como válida la postura mayoritaria que sostiene que el delito de participación en una prueba de velocidad o destreza automovilística es de peligro concreto.

III. Dolo de peligro versus dolo de lesión

La postura en la doctrina completamente dominante sostiene que el delito de peligro concreto es un delito de *resultado* y este último elemento se configura precisamente con el *peligro concreto*, que debe haber ocurrido en la realidad.[30] A su vez, no se encuentra en discusión que constituyen puntos de referencia del dolo todos los elementos del tipo objetivo, entre ellos, el resultado.[31] Por tanto, el autor de un delito de peligro concreto debe haberse representado también el resultado previsto por el tipo objetivo, esto es, *la probabilidad de un daño inminente cuya producción solamente depende de la casualidad*. En definitiva, debe haberse representado la posibilidad de que se produzca una lesión: en los delitos de lesión el autor debe haber tenido también conciencia de la lesión y, en los de peligro, la de la concreta puesta en peligro del objeto de la acción.[32]

Ahora bien, un sector de la doctrina distingue el *tipo de lesión* del *tipo de peligro concreto* en razón de un elemento emocional (volitivo). Así, en el dolo de lesión el autor actuaría con la "intención" de causar la muerte, mientras que el dolo de peligro carecería de aquélla.[33] Sin embargo, tal criterio de distinción fracasará si partimos de la base de que los delitos de lesión pueden cometerse *también* con dolo eventual. No se trata de la discusión de si el dolo es únicamente representación (elemento cognitivo) o también está conformado por una determinada actitud a nivel interno (elemento volitivo), posición que sostiene la mayor parte de la doctrina.[34]

[30] Ver *supra* nota 8

[31] Véase, por todos, FRISTER, *supra* nota 8, p. 172.

[32] JESCHECK, *supra* nota 6, p. 265.

[33] Sobre los autores que sostienen esta postura ver SANCINETTI, *supra* nota 15, pp. 310 ss.

[34] Cf. JESCHECK, *supra* nota 6, pp. 263 ss; FRISTER, *supra* nota 8, pp. 224 ss. También se ha distinguido el dolo de peligro del delo de lesión afirmándose que para este último es necesario que el peligro en cuestión carezca de toda reserva de protección en la cual el autor pueda confiar (en este sentido se ha manifestado, por ejemplo, HERZBERG). PÉREZ BARBERÁ critica esta postura sosteniendo que ello conduciría a equiparar la tentativa imprudente de lesión —impune— con un delito de peligro consumado —punible— (cf. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pp. 466-467).

Aun cuando se sea partidario de esa última postura, si se acepta que para cometer un delito de lesión que no requiere elementos subjetivos especiales y alcanza con que el autor haya obrado con dolo eventual, entonces no podrá sostenerse que la distinción entre los delitos de lesión y los de peligro concreto radique en el elemento volitivo.[35] En palabras de SCHRÖDER "*dolo de peligro es, al mismo tiempo, dolo eventual de lesión. Ambos son conceptualmente idénticos, porque puesta en peligro es igual a posibilidad de lesión*".[36] En este sentido, si se acepta que el delito de homicidio puede ser cometido con dolo eventual —sobre esta cuestión hay mayoritariamente acuerdo en la doctrina[37]—, consiguientemente la tentativa de homicidio[38] no podrá distinguirse subjetivamente del delito previsto por el art. 193 bis, CP.[39]

Frente a esta situación, STRUENSEE ofrece una solución. Su postura podría denominarse "tesis de la ceguera ante los hechos", aunque él no le adjudique esa denominación, y básicamente postula que en los delitos de peligro concreto no resulta necesario que el autor se represente el peligro. Asi, argumenta que el tipo objetivo del delito de lesión exige la producción de un menoscabo al bien jurídico, pero para el dolo ya basta con la representación de la *posibilidad* del acontecer correspondiente. Si el legislador en los delitos de puesta en peligro rebaja las exigencias del tipo objetivo, dejando que sea suficiente la posibilidad (cercana) de una lesión, entonces, esto debe

[35] Se podría objetar que la diferencia se encuentra en el elemento volitivo del dolo eventual. Así: en un caso el sujeto activo se conforma con el resultado, en el otro sólo con el peligro, pero rechaza el resultado. Pero a diferencia de lo que sucedería en el delito imprudente, no rechaza la posibilidad de peligro. Sin embargo, lo cierto es que es lo mismo conformarse con el peligro de lesión —que, como se vio, no es otra cosa que probabilidad de un daño inminente cuya producción solamente depende de la casualidad— que con el resultado de lesión.

[36] Véase las referencias a la tesis de Schröder en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 34, p. 376.

[37] Cf. FERRANTE, "Argentina", en HELLER/DUBBER (ed.), *The handbook of comparative criminal law*, Stanford, University Press, 2011, pp. 12-48. En este sentido BACIGALUPO, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2.ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 472, quien sostiene que "*[s]i para la consumación es suficiente con el dolo eventual, también lo será para la tentativa*"; y "Con el fin…" en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2008, año 9, nro 1, p. 27-44. También ZAFFARONI/ALGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2.ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 823, quienes sostienen que "*la referencia a delito determinado no excluye la posibilidad de una tentativa con dolo eventual*".

[38] Sólo se podría objetar lo expuesto si se sostuviera que para la tentativa se requiere que el autor haya obrado con la intención de realizar el delito que se ha frustrado, aun cuando esa intención no sea jurídicamente necesaria para la comisión del delito consumado correspondiente. Esta postura que no admite en la tentativa otra forma de dolo que el directo fue denominada "tesis negativa" y si bien se consideró la doctrina nacional dominante en algún momento, fue dejada de lado (Cf. RIGHI, "El dolo eventual en la tentativa", en *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 1, 1972, pp. 303-307; esp. p. 303). Recientemente retoma la tesis negativa PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 34, pp. 690-691, quien sostiene que "*atento la exigencia de finalidad de cometer un delito por parte del art. 42 del Cód. Penal, es necesario un dolo calificado de primer grado (o dolo directo de primer grado). Las tentativas con dolo eventual son, conceptualmente, tan posibles como las tentativas imprudentes, pero también —para nuestro derecho positivo— tan impunes como estas últimas*".

[39] En este sentido se ha expresado SANCINETTI quien sostiene que "*todo dolo directo de peligro es dolo eventual de lesión*". SANCINETTI, *supra* nota 5, p. 168.

tener consecuencias para el tipo subjetivo.[40] Según este criterio, en el delito que nos ocupa el autor debería representarse, únicamente, que conduce un automotor en una prueba de velocidad o destreza, sin la autorización de la autoridad competente y que, por ejemplo, a pocos metros se encuentra un grupo de personas. Empero, no resultaría necesario que el sujeto activo se represente que con su acción genera un peligro para la vida o la integridad física de otro. En otros términos, no sería necesario que el autor reconozca la *posibilidad* de lesión (peligro concreto) y sería suficiente con el conocimiento de las *circunstancias* que fundamentan el peligro.

En definitiva, de acuerdo a la postura de STRUENSEE los delitos de peligro concreto configurarían supuestos tipificados de ceguera ante los hechos.[41] Ahora bien, quien no sostenga una postura de esta clase se enfrentará a dificultades para distinguir el delito previsto en el art. 193 bis, CP de la tentativa de homicidio (o en su caso de la tentativa de lesiones). Si afirmamos que el autor efectivamente debe haberse representado el peligro concreto deberemos responder el siguiente interrogante: ¿Es posible distinguir el delito previsto por el art. 193 bis, CP de la tentativa de homicidio[42] o, en cambio, toda participación en una prueba de velocidad o destreza con vehículo automotor que ponga en peligro de muerte a otro, implica necesariamente una tentativa de homicidio —con dolo eventual— (arts. 42 y 79, CP)?

IV. Tentativa de homicidio doloso versus artículo 193, bis, CP

La cuestión central, entonces, es determinar si el riesgo propio del delito de lesión se diferencia (o no) del riesgo característico del delito de peligro concreto. Al respecto podemos identificar en la doctrina, en principio, dos posturas.

La primera de ellas, denominada *tesis del adelantamiento***,** postula que el riesgo necesario para que se verifique el principio de ejecución y el acabamiento de la tentativa del delito de peligro concreto es inferior al requerido para que se verifique el principio de ejecución y el acabamiento de la tentativa en el delito de lesión, respectivamente. De este modo, en el *iter criminis* de ambos

[40] STRUENSEE, "Exposición y abandono de personas", en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 103.

[41] Es decir, el autor se representa todas las circunstancias de hecho de las que debería extraer la conclusión del peligro, pero no lo hace.

[42] Lo mismo rige respecto de la tentativa de lesiones, por lo que los criterios que se expondrán a continuación podrían ser trasladables a la distinción entre la tentativa de lesiones y el art. 193 bis, CP, pero por razones prácticas sólo se hará hincapié en la tentativa del delito de homicidio.

delitos existiría una secuencia escalonada de riesgos decrecientes. Entre los defensores de esta postura se destaca BINDING.[43]

La segunda, denominada *tesis de la simultaneidad*, sostiene en cambio que no existen diferencias entre el riesgo que debe realizarse mediante acción en el ilícito de lesión y en el de peligro concreto, por lo que el riesgo permitido se superaría en ambos casos simultáneamente. Dicho en otros términos, el grupo de factores de riesgo que debe sustanciar el pronóstico de peligro para que pueda hablarse de una tentativa acabada es equivalente en el delito de peligro y en el de lesión. Por ejemplo, para afirmar una tentativa acabada de incendio con peligro para la vida de una persona habrá que constatar si el autor del hecho se ha representado tantos factores de riesgo, detonantes de una ley causal natural, como los que habrían sido necesarios para afirmar una tentativa acabada de homicidio. Si la respuesta es negativa, entonces la acción tampoco constituye tentativa acabada del delito de peligro concreto. Del mismo modo, para comenzar la ejecución de una tentativa de incendio con peligro para la vida de una persona, el autor del hecho deberá haberse representado tantos factores de riesgo como los que habrían sido necesarios para afirmar una tentativa de homicidio. Entre los defensores de esta tesis en la actualidad, se encuentran, por ejemplo, KISS,[44] y tiempo atrás se pronunció en un sentido similar SANCINETTI.[45] La conclusión sería, entonces, que no hay ningún ámbito de punibilidad del delito de peligro que no pueda resultar ya cubierto por una tentativa de lesión, de existir un tipo penal de lesión.

Sin embargo, las posibilidades no se acaban allí y entiendo que existe una tercera alternativa. En efecto, podría esbozarse un criterio de distinción, al que podríamos denominar *tesis de la diferencia de riesgo*,[46] propuesto recientemente por SANCINETTI para diferenciar el delito de abandono de personas (art. 106, CP) y la tentativa de homicidio dolosa —por omisión—,[47] y que

[43] Véase las referencias a los distintos autores alemanes que han sostenido esta postura en KISS, "Delito de peligro concreto y acción peligrosa", en MAIER/SANCINETTI/SCHÖNE (eds.), *Dogmática penal entre el naturalismo y normativismo. Homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 303-305; KISS, *supra* nota 7, p. 5.

[44] Cf. KISS, *supra* nota 44, pp. 325 ss; *supra* nota 7, p. 6.

[45] Cf. SANCINETTI, *supra* nota 5, pp. 147-170.

[46] En este sentido parecería pronunciarse PUPPE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2002, t. I, §16, n.º m. 1, citado por SANCINETTI, *supra* nota 15, p. 314, al sostener que "*el grado de puesta en peligro necesario para una puesta en peligro concreta se halla muy por debajo del necesario para un peligro de dolo [de lesión]. Todo delito de peligro concreto que aparece en nuestro Código Penal [alude al Código Penal alemán] se basa en un delito de peligro abstracto*".

[47] Si bien, como se vio, SANCINETTI (*supra* nota 15, p. 314) entiende que el abandono de personas es un delito de peligro abstracto los criterios de distinción utilizados en relación con aquél, de acuerdo al propio autor, serían aplicables también a los delitos de peligro concreto dado que estos se fundamentarían en el peligro abstracto creado por la acción anterior.

también se ha utilizado para distinguir la tentativa de homicidio del abuso de armas,[48] y el delito de torturas por omisión de la omisión funcional regulada en el art. 144, quáter, CP.[49] En este sentido, si el riesgo de lesión creado (y representado) por el autor es un riesgo concreto (probable) y determinado (definido en su configuración específica) estaremos en presencia de una tentativa de homicidio doloso. A efectos de clarificar lo expuesto veamos el siguiente caso: *A* conduce un automóvil a velocidad excesiva en el marco de una prueba de velocidad y, pese a advertir que es probable que atropelle a alguna de las dos personas que están a punto de cruzar la calle, continua el trayecto a la misma velocidad para llegar a la meta antes que su competidor.

En cambio, si el riesgo —creado y representado— es concreto (probable) pero indeterminado (indefinido en su configuración específica) se configurará el delito previsto por el art. 193, bis, CP. Ejemplo: *A* conduce un automóvil a velocidad excesiva en el marco de una prueba de velocidad, advirtiendo que varias personas se encuentran por la zona y que es muy probable que termine matando o lesionando a alguien, pero no se representa un curso causal determinado. En este sentido, *A* se representa que puede atropellar a un peatón, que puede embestir a otro automóvil, que puede chocar contra un árbol que a su vez caiga sobre un peatón, etc. En definitiva, *A* se representa que es altamente probable que pueda "pasar algo" aunque no sabe bien que es, ni cuál será la magnitud de ello. Es decir, no está definido el modo en que se producirá el resultado.

Esta postura resulta apta para resolver racionalmente el problema planteado. Cuando el tipo penal establece de manera indistinta que el peligro creado debe ser para la vida o para la integridad física de las personas, no sólo indica que cualquiera de las dos hipótesis, alternativamente, resultan típicas, sino que, además, está precisando que el peligro concreto que el autor genera (y debe representarse) es indefinido, indeterminado; nuevamente, en términos coloquiales, se representa un peligro de que puede "pasar algo". Por tanto, la línea divisoria entre una tentativa de homicidio y el delito previsto por el art. 193, bis, CP debe buscarse en la entidad del riesgo de lesión representado. Así, cuando el autor crea y se representa un peligro concreto (probable) y determinado (definido en su configuración específica), se estará en presencia de una tentativa de homicidio (con dolo eventual), mientras que si se representa un riesgo concreto

[48] Cf. LERMAN, "La distinción entre la tentativa de homicidio y el abuso de armas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Febrero 2005, pp. 105-106.
[49] QUIROGA, "El artículo 144 quáter del Código Penal: la omisión funcional de evitar el delito de torturas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot,* 2012, n.º 9, pp. 1529-1536.

(probable) pero indeterminado (no definido en su configuración específica) se estará en presencia del delito del art. 193, bis, CP.

V. Tentativa de homicidio imprudente, artículo 112 del Código Contravencional de la CABA y problemas de atribución del resultado

Si bien en el punto anterior se han esbozado criterios para poder diferenciar el art. 193 bis, CP, y la tentativa de homicidio doloso, resta hacer lo propio con la tentativa de homicidio imprudente. El criterio, en este caso, podría ser el siguiente: si el riesgo es concreto, pero indeterminado, se configuraría, como se dijo, el delito previsto por el art. 193, bis, CP. En cambio, si el riesgo creado y representado por el autor es abstracto (remoto), ya sea determinado o indeterminado, se tratará de una tentativa de homicidio imprudente, no punible como tal. Ejemplo: *A* conduce un automóvil a velocidad excesiva en el marco de una prueba de velocidad, siendo remota —y estando *A* convencido de que esto es así— la posibilidad de que, en razón de su accionar, resulte la muerte de alguna persona, pues se trata de una zona descampada. Sin embargo, la vida de *B*, que estaba acampando a pocos metros, efectivamente fue puesta en peligro.

Resta, por último, distinguir el delito previsto por el art. 193 bis, CP de la contravención establecida por el art. 112, CC. Dicha norma establece lo siguiente: *"[q]uien participa, disputa u organiza competencias de destreza o velocidad con vehículos motorizados en la vía pública, violando las normas reglamentarias de tránsito, es sancionado/a con cinco (5) a treinta (30) días de arresto*". A ello se agrega que *"[l]a sanción se eleva al doble cuando la conducta descripta precedentemente se realiza mediante el empleo de un vehículo modificado o preparado especialmente para dicho tipo de competencias".*

Un sector de la jurisprudencia ha diferenciado la contravención del delito, sosteniendo que aquella se configura cuando el riesgo generado es remoto o abstracto. En efecto, en este sentido se ha dicho que: *"[e]s posible identificar, entonces, al menos dos constelaciones de casos: 1) aquella en que por sus especiales caracterísiticas (por ej., la competencia de velocidad o destreza es llevada a cabo en una vía secundaria de un pequeño pueblo, un día domingo en horas del mediodía) sólo de manera muy abstracta pueda afirmarse una afectación a la seguridad del tránsito y, por ello, sólo sea susceptible de configurar, eventualmente, la infracción contravencional; y 2) aquella que, como ocurre en el presente, se comete un hecho más grave que reúne así todos los elementos típicos del ilícito penal —precisamente porque introduce un riesgo comparativamente más concreto— y que, como tal (es decir, como comportamiento más grave), contiene*

también la realización del más leve, pues se verifica entre ellos una relación de gradación de riesgos (en el supuesto de autos, se verifica la existencia de dos rodados, uno de ellos de gran porte, circulando a velocidad superior a la permitida y en una avenida muy transitada)".[50]

Así, el riesgo generado por el autor de la contravención sería el mismo que el creado por el autor de una tentativa de homicidio imprudente (riesgo abstracto). Consecuentemente la contravención configuraría la tipificación de una tentativa de homicidio imprudente no punible como tal. Esta solución no sólo resulta aceptable en términos sistemáticos, sino que además respeta el principio de proporcionalidad. En efecto, el comportamiento menos peligroso y, por tanto, merecedor de menor pena recibe el tratamiento de una mera contravención, y a medida que se van incrementado los riesgos representados, también aumentará la reacción punitiva.

Finalmente, resta determinar cómo deben imputarse los resultados lesivos que eventualmente puedan concretarse a partir de un riesgo característico del delito previsto por el art. 193, bis, CP. En efecto, puede suceder que el riesgo concreto e indeterminado creado y representado por el sujeto activo en el marco de una prueba de velocidad o destreza mediante la conducción de un vehículo automotor efectivamente se concrete en un resultado lesivo —de muerte o lesiones—. El tipo penal que nos ocupa no establece agravantes por el resultado (como sí lo hacen otras figuras del título en el que se incorporó este artículo), por lo que debe discutirse si el resultado producido debe atribuirse a título de dolo o imprudencia.

No todos los autores de doctrina nacional que han escrito sobre el tipo penal que nos ocupa han analizado esta cuestión. Sin embargo, LEDESMA sí lo ha hecho y sostiene que, de producirse algún resultado lesivo el delito del art. 193, bis, CP, concurriría idealmente (art. 54, CP) con el tipo penal que se configure de acuerdo con el resultado que se produzca. En el sentido apuntado señala que *"[s]i este se produjera* [haciendo referencia a un resultado de lesión]*, la pena de esta figura prevalecerá sobre las lesiones culposas (art. 94, primer párrafo) y será la misma que la de las lesiones graves o gravísimas (art. 94, segundo párrafo). En cambio, en cualquier supuesto, siempre será aplicable la pena del homicidio culposo (art. 84)*"[51].

[50] Cf. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala II, "Cañete, Julián, S/ infr. art. 111 CC y 112 CC", 12 de julio de 2011, n.º 6364-00/CC/2010.
[51] FONTÁN BALESTRA, *supra* nota 10, p. 459.

Si bien el autor citado afirma, correctamente, que de concretarse el peligro en el resultado dañoso, éste debería imputarse a título de imprudencia no explica por qué llega a esa conclusión. Es que si todo delito de peligro concreto importa una tentativa de homicidio —con dolo eventual—, entonces, de concretarse el resultado lesivo ciertamente aquél debería ser imputado a título de dolo. Así resuelve la cuestión cierta jurisprudencia que ha afirmado que, de concretarse el resultado, debía imputarse el tipo penal doloso que correspondiera (por ej. el delito de homicidio previsto en el art. 79 CP). En este sentido, se ha dicho que "…*la ausencia de previsión, en la misma norma legal que entiende dolosa la creación del peligro, de agravantes por el resultado, traslada —de acaecer estos— la subsunción de los mismos a los tipos dolosos de delitos contra la vida o integridad física de las personas*".[52]

La jurisprudencia citada llega a esa conclusión, posiblemente, por la dificultad de diferenciar la tentativa de homicidio del delito de peligro concreto contemplado en el art. 193, bis, CP. Sin embargo, si, como se dijo, el riesgo propio del delito de peligro concreto es concreto pero indeterminado, la producción de un resultado lesivo no podría atribuirse a título de dolo, dado que, para ello, el riesgo debería haber sido concreto y determinado. En cambio, sí resulta posible la imputación del resultado a título de imprudencia pues todo riesgo concreto —indefinido o indeterminado— (propio del delito de peligro concreto) abarca e incluye un riesgo abstracto (propio del delito imprudente).

Lo expuesto, en definitiva, puede ser ilustrado a partir de la siguiente tabla:

CLASE DE RIESGO	**DE NO CONCRETARSE EN UN RESULTADO DE LESIÓN. DELITO COMETIDO**	**DE CONCRETARSE EN UN RESULTADO DE LESIÓN. DELITO COMETIDO**
Riesgo concreto y determinado	Tentativa de homicidio (arts. 42, 44 y 79, CP)	Homicidio consumado (art. 79, CP)
Riesgo concreto e indeterminado	Participación en una prueba de velocidad o destreza mediante la conducción de un vehículo automotor (art. 193, bis, primer párrafo, CP)	Concurso ideal (art. 54 CP) entre art. 193, bis, primer párr., CP, y homicidio imprudente (art. 84, CP)

[52] Cf. Cámara de Apelaciones de Neuquén, del voto de la mayoría, resolución nº 393/08, "Dirección nacional de tránsito s/investigación homicidio en accidente de tránsito", 12 de noviembre de 2008, publicada en www.diariojudicial.com.

Riesgo abstracto	Contravención prevista por el art. 112 CC de CABA (tipificación de la tentativa de homicidio imprudente, no punible de esa forma).	La contravención es desplazada por el delito imprudente (art. 84 CP)

VI. Conclusiones

El delito de participación en una prueba de velocidad o destreza automovilística (art. 193, bis, prim. párr., CP) es considerado mayoritariamente un delito de peligro concreto. De ser así, s*ubjetivamente* no se diferencia de una tentativa de homicidio —con dolo eventual— (o de lesiones dolosas, dependiendo del caso). En cambio, *objetivamente* el riesgo creado y representado por el autor es, comparativamente, de menor entidad —es concreto pero indeterminado—. Por ello, de concretarse el resultado de lesión, aquél debe imputarse a título de imprudencia. El riesgo propio de la contravención prevista por el art. 112, CC, es abstracto. Es decir que esa contravención tipifica una tentativa de homicidio imprudente (o de lesiones imprudentes dependiendo del caso) que, como tal, no sería punible.

Los criterios esbozados, con todo, posiblemente no estén exentos de críticas pero al menos ofrecen una solución aceptable y coherente a la problemática planteada, que podría complecer a la postura (dominante) que no cuestiona la corrección de las categorías clásicas de delito de peligro concreto y delito de peligro abstracto, así como su vinculación con los delitos de lesión.

VII. Bibliografía

AMANS, Carla V. y NAGER, Horacio S., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General,* Buenos Aires, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial,* t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2009 [2000].

DUFF, R. Anthony/MARSHALL, Sandra E., "'Daños Remotos', 'Peligro Abstracto' y los 'Dos Principios del Daño'" (trad. Diego HAMMERSCHLAG), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato Di Tella*, vol. 15, agosto de 2014.

FERRANTE, Marcelo, "Con el fin…", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2008, año 9, n.º 1, pp. 27-44.

— "Argentina", en HELLER, Kevin/DUBBER, Markus (eds.), *The handbook of comparative criminal law*, Stanford, University Press, 2011.

FONTÁN BALESTRA, Carlos (actualizado por Guillermo A. C. LEDESMA), *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2014 [2013].

FRISTER, Helmut, *Derecho Penal Parte General* (trad. Marcelo A. SANCINETTI), 4.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011 [2009].

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (trad. José Luis MANZANARES SAMANIEGO), 4.ª ed., Granada, Comares, 1993.

KINDHÄUSER, Urs, "Estructura y Legitimación de los delitos de peligro en el derecho penal" (trad. Nuria PASTOR MUÑOZ), en *InDret,* 1/2009.

KISS, Alejandro, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2011.

— "Delito de peligro concreto y acción peligrosa", en MAIER, Julio/SANCINETTI, Marcelo A./SCHÖNE, Wolfgang (eds.), en *Dogmática penal entre el naturalismo y normativismo. Homenaje a EBERHARD STRUENSEE*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, 299-328.

— "Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo 'adelantado'? en *InDret*, 1/2015.

LERMAN, Marcelo D., "La distinción entre la tentativa de homicidio y el abuso de armas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, febrero de 2005, pp. 105-106.

LÓPEZ, Walter Eduardo, "Algunas reflexiones sobre el artículo 193 bis del Código Penal de la Nación - La acusación alternativa artículo 112 del Código Contravencional - El problema de la competencia" en *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/walter-eduardo-lopez-algunas-reflexiones-sobre-articulo-193-bis-codigo-penal-nacion-acusacion-alternativa-articulo-112-codigo-contravencional-problema-competencia-dacf110163-2011-10-11/123456789-0abc-defg3610-11fcanirtcod [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual, Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

QUIROGA, Valeria A., "El artículo 144 quáter del Código Penal: la omisión funcional de evitar el delito de torturas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, n.º 9, 2012, pp. 1529-1536.

RIGHI, Esteban, "El dolo eventual en la tentativa", en *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 1, 1972, pp. 303-307.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (trad. Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 2006 [1997].

SANCINETTI, Marcelo, A., "Tipos de peligro, en las figuras penales (homenaje al profesor Carlos Creus)", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, año VII, n.º 12, 2001, pp. 147-170.

— "Abandono de persona y homicidio por omisión", en ZIFFER, Patricia (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 245-361.

STRUENSEE, Eberhard, "Exposición y abandono de personas", en JAKOBS, Günther/STRUENSEE, Eberhard, *Problemas capitales del derecho penal moderno, libro homenaje a HANS WELZEL*, Buenos Aires, Hammurabi.

TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial II*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2013 [2012].

ZAFFARONI, Raúl/ALGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

ESTADO, CASTIGO Y MUERTE: ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES

Yohan MOLINA*

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2016
Fecha de aprobación: 21 de noviembre de 2016

Resumen

El siguiente texto tiene el objetivo de plantear varias reflexiones que surgen de la revisión de frecuentes argumentos abolicionistas ofrecidos en la discusión sobre la pena de muerte. El tema de hecho sirve tanto para esbozar algunos aspectos importantes de la fundamentación moral del castigo, como para mostrar el modo en que algunos de los usuales cuestionamientos frente a la sanción capital están construidos sobre asunciones que parecen conflictivas. Esto no significa la omisión expositiva del carácter problemático de la perspectiva opuesta.

Palabras clave: Pena de muerte — Castigo — Estado — Derecho — Voluntad

Título: State, Punishment and Death. Some General Reflections.

Abstract

The following article aims to put forward several objections that arise from revisting abolitionist arguments against the death penalty. Those objections will highlight significant aspects of the moral foundations of punishment and show how some criticisms towards capital punishment is built upon doubtful assumptions. However, this analysis will fully take into account the arguments raised by those who defend the death penalty.

Keywords: Death Penalty — Punishment — State — Law — Will

Sumario

* Profesor Instructor-becario del departamento de Filosofía Teorética de la Universidad Central de Venezuela (UCV) por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CDCH). Lic. En filosofía (UCV). Estudiante del Cuarto año de Derecho (UCV). Estudiante de la Maestría en Filosofía y Ciencias Humanas (UCV). Agradezco al jurado examinador de la revista sus provechosas recomendaciones y sugerencias. Contacto: yohanmolinag@gmail.com.

I. Un muy breve esbozo del problema del castigo; II. El fin de la vida como retribución; III. El fin de la vida como utilidad; IV. Muerte y voluntad; V. Bibliografía.

I. Un muy breve esbozo del problema del castigo

Proponerse abordar la cuestión de la pena capital es una tarea que por lo delicado de su objeto afronta de entrada una cierta complejidad. El matiz de intelectuales que de algún modo u otro se ha pronunciado sobre ello transgrede las fronteras de cualquier disciplina y en diversas sociedades ha sido objeto de calurosos debates. Centramos nuestra atención en este tema porque más allá de ser una buena oportunidad para revisar algunos conceptos e ideas de carácter jurídico-moral que incumben a esta sensible temática, en especial lo relativo a los fundamentos del castigo, nos parece importante reparar en varias insuficiencias que observamos en frecuentes consideraciones en contra de la pena capital. Por tal razón, en nuestro curso expositivo sin centrarnos en favorecer una respuesta positiva a la pregunta "¿respalda usted la pena de muerte?", nos preocuparemos por atacar lo que observamos son importantes debilidades de algunas extendidas estimaciones que apoyarían una respuesta negativa. No obstante, destacaremos nuestra creencia sobre la existencia de retos no muy bien atendidos que una buena justificación pro-pena capital debe superar haciendo constar con ello nuestra resistencia a cualquier aspiración de zanjar definitivamente la cuestión. Cumplida esta pequeña aclaración atendamos sucintamente a dos tendencias opuestas que intentan dar cuenta de los fundamentos del castigo —las concepciones retribucionistas y utilitaristas de la pena— para intentar atisbar posibles respaldos al castigo capital.

El aspecto más básico de una perspectiva retribucionista, que desde luego es una posición que admite variedades,[1] es que el castigo es una exigencia moral atenida solamente a la ejecución culpable de determinados actos: la persona culpable de haber causado un acto prohibido *merece* recibir un mal proporcional al producido sin importar las consecuencias que de ello se derive. La pena, como afirmaría KANT, "no puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponerse sólo porque se ha delinquido".[2] El elemento consecuencial es recuperado y dotado de primacía por la concepción utilitarista:[3] el castigo está razonablemente justificado si las consecuencias beneficiosas son

[1] BOONIN, *The Problem of Punishment,* New York, Cambridge University Press, 2008, cap. 3.

[2] KANT, *Metafísica de las costumbres* (trad. Adela CORTINA y Jesús CORNILL), Madrid, Tecnos, 1989, [1785], p. 166 (331).

[3] Ciertamente en una presentación general parecería más apropiado hablar de posturas consecuencialistas en vez de concepciones utilitaristas. Lo definitorio de una postura consecuencialista es que "la única consideración relevante para responder a la pregunta por la justificación del castigo es cuáles son las consecuencias que produciría el imponer castigo en

mayores que el mal producido por él. De este modo, la pena encontraría sustento si por medio de ese daño se logra algún fin valioso habida cuenta de la inexistencia de un castigo menos dañino que asegure los mismos resultados. El rango de fines valiosos puede ser variopinto: desde buscar desalentar al infractor para evitar que cometa crímenes futuros o reeducarlo para convertirlo en un "hombre nuevo", hasta disuadir a otros miembros del entramado social de reproducir conductas similares. Lo importante a tener en cuenta es la ganancia en términos de utilidad que ofrece la pena. La búsqueda de un fin que represente más perjuicios que beneficios posibles o que evite el alcance de otros provechos más apreciables es viso de irracionalidad. Puestas así las cosas, notaremos que ambas posturas para nada clausuran con nitidez la posibilidad de justificar la pena de muerte.

II. El fin de la vida como retribución

Tal y como hemos señalado, la posición retribucionista considera una exigencia normativa que se le inflija al agresor culpable un mal proporcional al daño producido independientemente de las consecuencias que ello apareje. Visto así, más allá de permitir la pena de muerte parece indicar que es insuficiente cualquier castigo distinto ante delitos como el homicidio, pues, ¿qué pena puede ser lo suficientemente elevada cuando se perfecciona un daño tan grave?[4] Algunos verán en esta aproximación no la realización de alguna exigencia moral, sino la mera expresión del burdo,

comparación con el hacer alguna otra cosa en su lugar." FERRANTE, "Filosofía del Derecho penal", en FABRA (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2015, vol. 3, cap. 57, p. 2089. De esta manera, lo que las haría variar es la naturaleza de los fines que justificarían el castigo. En el desarrollo expositivo de este trabajo, sin embargo, observaremos tentativamente el espectro de posturas consecuencialistas desde lentes utilitaristas porque pensamos que el valor de las consecuencias que estas posturas generalmente plantean como fines —disuasión, resocialización, rehabilitación, reintegración, etc.—, puede ser entendido en términos del alcance del mayor bienestar. Además, una perspectiva consecuencialista que no tome en cuenta los grados de utilidad de las penas podría estar condenada al silencio cuando el tema es su idoneidad: un fin puesto a secas es tan estéril que no permitiría elegir algún castigo cuando varios de ellos sean capaces de satisfacerlo, y con ello dicha perspectiva no tendría herramientas para rechazar, por ejemplo, castigos que representen daños o cargas mucho mayores que otros castigos menores igualmente aptos para lograr el fin en cuestión. Si bien estas razones nos llevan a preferir hablar de utilitarismo y no de consecuencialismo, estamos lejos de ostentar la pretensión de someter al delgado corset utilitarista cualquier aproximación teórica *genuinamente consecuencialista* que pueda salirle al paso a tales perspicacias.

[4]Las palabras de un clásico como BECCARIA seguro lograrán producir dudas: "[m]uchísimos miran la muerte con rostro sereno y firme: quién por fanatismo, quién por vanidad, que casi siempre acompaña al hombre hasta más allá de la tumba; quien por una última y desesperada tentativa o de no vivir o de salir de la miseria; pero ni el fanatismo ni la vanidad continúan entre los grillos o las cadenas, bajo el palo, bajo el yugo o en una jaula de hierro, donde el desesperado no termina sus males, sino que los comienza. Nuestro ánimo resiste más a la violencia y los extremos pero pasajeros dolores, que al tiempo y la incesante molestia, porque puede, por así decirlo, condensarse todo él en un momento para rechazar los primeros, pero su vigorosa elasticidad no basta para resistir la larga y reiterada acción de los segundos", BECCARIA, *De los delitos y las penas* (trad. Juan Antonio DE LAS CASAS), Bogotá, Temis, 2003, p. 43-44.

básico y censurable deseo de venganza.[5] Pero es importante señalar, en primer lugar, que un Estado que aplique los castigos respetando las pautas del debido proceso y atendiendo estrictamente a las condiciones de configuración delictiva —en lo básico, y según las categorías dominantes de la teoría del delito de la tradición continental: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— prescindiendo del elemento afectivo de los perjudicados, no luce en principio como una entidad presta a la satisfacción de la venganza.[6] Es más, los afectados pueden llegar a carecer del deseo de venganza y el Estado no por ello tiene que omitir la aplicación de las penas. Asimismo, debemos tener en cuenta que el sentimiento de venganza no es una brújula práctica aislada y precisa, sino una manifestación enlazada con la creencia de algún agravio moral, convicción que, es cierto, no viene aparejada con una restricción cuidadosamente perimetrada del impacto de su afectividad asociada en nuestras conductas. Y he ahí lo que pudiera llegar a parecer criticable: entendiendo que la venganza es un estado natural del mundo y por ende no podría ser de suyo "justo" o "injusto", el inconveniente real sería la satisfacción de este sentimiento porque podría dar lugar a respuestas intuitivamente injustas y reprochables. Sin embargo, de la satisfacción de la venganza lo que podemos tener claro es la exigencia de retribución. Su satisfacción no implica ni demanda analítica o necesariamente excesos en la retribución o la configuración de alguna conducta que pudiera llegar a constituir un castigo "injusto". Incluso el sentimiento de venganza puede llegar a verse satisfecho por actuaciones punitivas que cuenten con un respaldo justificativo que apele a aspectos preventivos o utilitarios.

El problema fundamental de la perspectiva retribucionista reside realmente en qué tan poderosa puede ser la fundamentación de nuestras creencias normativas sobre la retribución. Aquí creemos necesaria una diferenciación. Para comenzar, se debe contestar satisfactoriamente por

[5] CAMUS en un ensayo crítico sobre la pena suprema dice: "[e]l castigo que sanciona sin prevenir se llama, en efecto, venganza. Es una respuesta casi aritmética que da la sociedad al que infringe su ley primordial. Esta respuesta es tan vieja como el hombre: se llama talión […] Se trata de un sentimiento, y particularmente violento, no de un principio. El talión es del orden de la naturaleza y del instinto, no del orden de la ley […] Definimos aún la justicia según las reglas de una burda aritmética". CAMUS, "Reflexiones Sobre la Guillotina" (trad. Miguel SALAHERT), en GUELBENZU (ed.), *Albert Camus. Obras, 3,* Madrid, Alianza, 1996, pp. 486-487. El profesor español interesado en instituciones punitivas, OLIVER OLMO, asume una perspectiva similar. En una entrevista realizada en 2009 al preguntársele: "¿De qué es reflejo que una sociedad acepte la pena de muerte?" Responde: "De que no prima la idea de justicia, sino la de venganza" (OTTO REUSS, "Entrevista a Pedro Oliver Olmo", en *Mi Ciudad Real*, 9 de marzo de 2009. Disponible en: http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1812 [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

[6] HEGEL, si bien amparado en un sistema metafísico bastante complejo, pensó algo similar: "[v]enganza y pena se diferencian entre sí en que la venganza es una indemnización ejercida por la parte agraviada, pero la pena es ejercida por un Juez […] la venganza no tiene la forma del derecho, sino de la arbitrariedad, puesto que la parte agraviada actúa siempre por sentimiento o por impulso subjetivo", HEGEL, *Propedéutica filosófica* (trad. Eduardo VÁSQUEZ), Caracas, Equinoccio, 1980, p. 42.

qué es en sí justo producirle un mal al sujeto agresor. ¿Se puede entender la corrección de un daño sin considerar sus efectos positivos? ¿Es correcto *per se* aumentar el mal en el mundo?[7] La normatividad intrínseca supuesta en el enlace entre "alguien hace un daño" y "ese alguien *merece* recibir un daño similar" no es ciertamente transparente ni parece tan sencilla de justificar. Pero siendo esto así hemos de notar que el retribucionismo tiene frente a sí una ardua tarea no tanto para apoyar la pena de muerte sino para justificar al castigo como tal; no justificar el merecimiento expresado en el enlace retributivo sería dejar en el vacío el respaldo de la acción frente al sujeto culpable.

Por otro lado, pensamos que un teórico retribucionista debería poder dar un criterio claro que nos permita evaluar la relación de proporcionalidad entre el castigo y el daño por el cual se aplica.[8] Criterio, método o pauta que al estar dotado de un tinte universalista tendría que capacitarnos para señalar que en cualquier lugar bajo similares circunstancias el mismo hecho deberá recibir tal o cual pena que sería equivalente y correcta. Insistir en lo inviable de un proyecto de esta clase puede impulsar la identificación de la pauta de asignación penal con un criterio que no refiera a la proporcionalidad. Para ello debe defenderse la tesis de que la exigencia retributiva no implica una asunción acerca de la equivalencia del contenido punitivo respecto de la conducta por la cual se aplica. De rechazarse esa tesis, es decir, de afirmarse que el retribucionismo es una posición que incumbe tanto a la exigencia del daño como a la proporcionalidad de éste —lo que de hecho es la apuesta más tradicional—, entonces la oscuridad alrededor del criterio de proporcionalidad acusaría un vacío integral en la justificación. Adicionalmente, nos parece que toda justificación estrictamente retribucionista debe aportar argumentos para convencernos, a nosotros como sociedad, sobre el bien que reporta establecer castigos. Esto es un reclamo normativo frecuente a toda perspectiva deontológica: ¿por qué debemos hacer lo debido? ¿Es razonable seguir ciegamente un "deber" a secas, independientemente de nuestra concepción de lo bueno?

En todo caso, llegados a este punto no vemos una restricción que de antemano limite la instauración de la pena capital. Todo dependerá, más allá de la respuesta al reclamo normativo, de la suficiencia de la teoría acerca del carácter intrínsecamente debido del suministro de daño a

[7] NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos aires, Astrea, 1989, [1984] pp. 449-450.
[8] RABOSSI, "Sobre la justificación moral de las acciones: El tema del castigo", en *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía,* vol. 4, n.º 10, 1970, p. 16.

quien hace ciertos daños junto al rigor de la justificación y el alcance de la pauta de asignación penal —recordando que sería posible prescindir críticamente del tamiz de la proporcionalidad cuando se defienda su separación de la fundamentación del merecimiento moral expresado en el vínculo retributivo—. Pasemos a examinar entonces la concepción utilitarista del castigo y su posible respaldo o rechazo a la pena de muerte.

III. El fin de la vida como utilidad

Para el utilitarismo el castigo sólo está justificado si implica mayores consecuencias valiosas que el mal que conlleva.[9] De esto se desprende que un utilitarista, en su afán maximizador de bienestar, optará por castigos menos dañinos si surgen como medios efectivos para alcanzar la misma cuota de beneficio. Por tal motivo, la cuestión sobre la defensa de la pena de muerte desde un fundamento de este tipo dependerá de los argumentos que estén en contra o a favor de reconocer en el daño que ella inflige un medio insustituible o necesario para lograr un bien mayor. Para ello el utilitarista deberá afrontar el complejo reto de presentar lo que entiende por utilidad,[10] establecer una jerarquía de fines valiosos y especificar muy bien el cómputo daño-beneficio para así embarcarse en el asunto de apreciar si la pena representaría un medio propicio para lograr determinado bien, y si no habría otra pena menos perjudicial que asegure ese bien. Señalaba BECCARIA que "[p]ara que una pena sea justa no debe tener más que los grados de intensidad que basten para apartar a los hombres del delito".[11] Podemos apresuradamente advertir, por ejemplo, que en tanto se arrase con la existencia de un asesino nos aseguramos

[9] A modo general podemos decir que el utilitarismo clásico, delineado a través de los aportes de BENTHAM y MILL, se caracteriza por tres elementos: 1) Las acciones se juzgan correctas o incorrectas estrictamente a causa de sus consecuencias y no por algún tipo de valor o virtud inherente; 2) Lo que sirve para evaluar el valor de las consecuencias es el nivel de felicidad o bienestar que producen; y 3) El bienestar o felicidad de cada persona cuenta como igualmente importante, y con esto se niega que existan diferencias o privilegios personales en cuanto a la valoración de las consecuencias. Vid. RACHELS, *Introducción a la filosofía moral* (trad. Gustavo ORTIZ MILLÁN), México, Fondo de Cultura Económica, 2006, [2003], pp. 164-165. Como es bien sabido, para responder a varias objeciones planteadas a esta aproximación clásica se han propuestos algunas distinciones y modificaciones. Nos referimos fundamentalmente a la separación entre el utilitarismo del acto y el utilitarismo de la regla. Según la última versión, la formulación clásica del utilitarismo apareja muchos problemas en la medida en que se maneja bajo la suposición de que cada acción debe ser evaluada teniendo en cuenta el principio de utilidad, pero estos problemas serían en teoría soslayables cuando partimos de una base distinta y reconocemos en el principio de utilidad *una guía para escoger reglas*, no actos particulares. Notaremos luego que esta percepción del utilitarismo fue la vía que filósofos como RAWLS tomaron para abordar el problema del castigo.

[10] Lo más plausible es que se reduzca esto a un estado mental, pero de todas maneras habría campo para la elección. ¿Un placer inmediato o un placer futuro? ¿Una mezcla de ambos? ¿Lo es acaso la satisfacción representada por el sentimiento de convicción acerca de un bien futuro?

[11] BECCARIA, *supra* nota 4, p. 43.

plenamente de que él no siga haciendo daño: una vida menos nos permitiría preservar muchas otras. El utilitarista pro-pena capital preocupado por perfeccionar sus razonamientos sentirá tentación por ir más allá y dirá que es mucho más efectiva que una sentencia de encarcelamiento porque con la mera privación de libertad del homicida tal vez nos aseguramos de que él no tome más vidas, pero con su aniquilación aseguramos que él no arrebate más vidas y obtendríamos un efecto disuasorio mayor para posibles malhechores, lo que incidiría en la disminución de asesinatos. Esto naturalmente puede parecer criticable. Por ejemplo, HART expone de manera más o menos cuidadosa en su obra *Punishment and Responsibility* algunas dudas que pueden mitigar cualquier desmedido ímpetu utilitarista. HART sospecha que detrás de estas ideas preventivas del castigo capital está una noción de malhechor deliberante que no sería del todo certera. Para el atacante la perspectiva de morir surge como una simple posibilidad, no sería ni cercana ni cierta para él, y si a eso le aunamos el hecho de que incluso en países ciertamente preocupados por la seguridad de sus ciudadanos no es muy alta la posibilidad real de que sea ejecutado alguien culpable de un delito capital, entonces el vigor disuasivo no mostraría una ventaja apreciable frente a otras sanciones.[12] De igual forma, muchos homicidios se producen por motivos donde no importa o no representa una intervención directiva la previsión de costos o el cálculo de consecuencias —homicidios impulsivos—. Ello sin contar el interesante caso de quienes se pueden sentir estimulados por la pena de muerte para matar:

> "El uso de la muerte por parte del Estado puede disminuir, no apoyar, el respeto por la vida. Un gran número de asesinos son mentalmente inestables y al menos en ellos el simple pensamiento de la ejecución, el drama y notoriedad de un proceso, el aspecto gladiadoresco del asesino luchando por su vida, puede operar como una fuerza de atracción, no de repulsión. Hay casos reales de asesinatos así motivados y las teorías psicológicas basadas en ellos deben ser sopesadas frente a la teoría de

[12] HART, *Punishment and Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2008, [1968], pp. 86-87. Apoyándose en una base similar, DONOHUE y WOLFERS comentan que el argumento que apoya el carácter disuasorio de la pena de muerte es cualitativamente razonable pero su significado cuantitativo puede ser menor. Por ejemplo, en Estados Unidos la relación entre el número de asesinatos por año y sentenciados a muerte es minúscula. DONOHUE/WOLFERS, "Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate", en *Stanford Law Rev*iew, vol. 58, 2005, p. 795. Consideramos que los autores hacen bien en destacar la diferencia entre aspectos "cualitativos" y "cuantitativos", sobre todo cuando pretendamos decir algo del efecto de los castigos porque nos alertaría de despachar sus potencialidades preventivas al tomar en cuenta sólo uno de esos elementos. La severidad de los castigos y la probabilidad de su ejecución son un binomio importante para dar cuenta de su efecto disuasorio. Colocar la mayor parte de la balanza en algunos de esos dos aspectos —como parece hacer HART al volcar su argumentación hacia el aspecto cuantitativo— reflejaría una cierta miopía.

> que el uso de la pena de muerte crea o reafirma nuestra inhibición contra el homicidio".[13]

No obstante, a las sugerencias de HART le caben algunos comentarios. Primeramente, parte de su ataque al valor disuasivo del castigo capital se vale de elementos externos a la presentación del castigo como tal. Es decir, cuando pretende cuestionar la permeabilidad del castigo en las determinaciones prácticas de los hipotéticos delincuentes a lo sumo lo que llega a reprochar es el debilitamiento de la influencia del aspecto punitivo en la conducta eventual de los individuos que se deriva de la transigencia de los mecanismos institucionales de reacción criminal. Este argumento de HART sobre la ineficacia social de la pena de muerte tiene su punto fuerte en factores empíricos de aplicación normativa y, por ende, sólo podría servir para achacar las falencias de los sistemas de justicia. Una cosa es el impacto que pueda llegar a implicar una amenaza de extinción y otro problema muy distinto es la disminución de este impacto dado el nivel de competencia que tenga un Estado para hacer sentir al eventual delincuente que la muerte es una posibilidad cercana y cierta, ora por su flexibilidad para ejecutar la pena capital cuando es posible hacerlo, ora por la ineptitud de sus cuerpos de seguridad en las tareas de captura; pero esto ya no sirve para desmantelar la calidad disuasoria del castigo capital. Es difícil evaluar la influencia de un castigo si no hay robustas garantías de su aplicación. Estamos de acuerdo con la consideración implícita de HART de que la inaplicación punitiva incide negativamente en el aspecto disuasorio del castigo supremo —aunque realmente parezca ser así para cualquier castigo—, pero la nebulosidad que para los malhechores pueda existir alrededor de la ejecución de la legalidad no debilita la idea de que la pena capital es un elemento de distinguido alcance disuasorio. El nivel de incerteza no provendría de la pena sino de nuestra incapacidad para hacerla efectiva, por eso pensamos que el argumento de HART tendría un mejor derrotero si profundizara en una opción distinta, a saber, aquella que defienda la imposibilidad o extrema dificultad para todo Estado de alcanzar el perfil de eficiencia requerido para que la pena de muerte genere importantes frutos disuasorios.[14] Y no tan sólo eso: tendría que indicar, por mor del postulado

[13] HART, *supra* nota 12, p. 88.

[14] Desatender el hecho de que los elementos externos al castigo no agotan su potencial disuasorio a pesar de poder afectarlo sustancialmente no es un descuido únicamente endosable a HART. En un competente trabajo sobre los fundamentos del castigo, RABOSSI no disimula su simpatía por una crítica "poderosa" de MABBOT dirigida a la tesis utilitarista, que puede ser resumida así: el castigo como tal no previene o desalienta. Vid. RABOSSI, *supra* nota 8, p. 13. Lo que lograría este fin son actividades como la publicidad y difusión que se le da a la aplicación del castigo y esta clase de elementos son externos al castigo como tal. De esta manera, la fórmula utilitarista sobre la justificación del castigo asida al logro de efectos provechosos debe ser puesta en duda siempre que de otros elementos distintos del castigo dependa su alcance. Por nuestra parte, debemos confesar que se nos hace realmente arduo apreciar la bondad del argumento.

utilitario, por qué esa conclusión favorecería o no afectaría negativamente penas distintas como la de encarcelamiento, lo que serviría para respaldar que éstas pueden estar en un nivel similar o superior en cuanto a su poder de disuasión —lo que no parece tan sencillo pues, por evocar una consideración ya asomada, los niveles de impunidad incidirían desfavorablemente en todas las penas—.[15]

El filósofo inglés a su vez sugiere que no tiene mucha penetración en la dirección de conductas la estimación de consecuencias cuando un asesino mentalmente sano actúa impulsivamente.[16] Haré dos comentarios al respecto: 1) No estamos para nada seguros de que en el balance general de asesinatos en cualquier país los crímenes del tipo aludido ocupen el mayor registro, por lo que no podemos asegurar que sea un elemento que ataque los posibles y provechosos logros que la naturaleza disuasoria de la pena de muerte pueda alcanzar. El mismo argumento valdría para el caso del asesino "inestable" motivado por el proceso relacionado con la ejecución. 2) Quizá un utilitarista con cierta afición por la psicología proponga revisar cómo nuestro bagaje afectivo puede verse hondamente influido por componentes de carácter religioso, institucional, cultural o educativo. Pensar que en un individuo elementos como el fuerte temor de tipo religioso o el profundo sentimiento de respeto por la vida del otro cultivada e internalizada en su crianza puedan llegar a condicionar su inhibición de actuar conforme con los específicos y casuales picos impulsivos no parecería ser descabellado. Si ello es así, ¿acaso nuestro instinto básico de supervivencia y natural temor a la muerte no pueden generar un efecto similar cuando tenemos un eficiente Estado que crea una extendida certeza sobre el fin de la vida de los homicidas? Ordenadas de este modo las cosas, el hecho plausible de homicidios impulsivos tal vez

¿Realmente debe llevarse el crédito la difusión y publicidad del castigo? Claramente que la difusión puede aumentar la fuerza disuasiva de la penas pero lo hace *en virtud de la sustancia de las penas*. ¿Cómo va a ser un elemento distinto del castigo lo que desalienta si la disuasión tiene impacto realmente gracias al *contenido* de lo que se comunica? Por más abundante que sea la publicidad y difusión que posea el castigo de encarcelar por una semana a los culpables por homicidio, seguramente esa práctica informativa no será de mucha ayuda para los fines de la disuasión. Es más, esa práctica *podría alentar la ejecución del delito* cuando potenciales delincuentes sopesen las implicaciones de su comisión, incluso cuando conserven altísimas sospechas sobre su aprehensión. Visto así, los mecanismos de difusión no deben colapsar el protagonismo cuando hablemos de disuasión, elemento que se pensaba era "falsamente" adjudicada a los castigos, sino los que amplían o disminuyen el poder disuasorio pertenecientes al contenido de los castigos.

[15] Aceptemos que la eficacia preventiva de las penas se ve afectada por la incapacidad del Estado para atrapar a los culpables. Si es así, entonces proponer una pena en teoría menor a la pena de muerte —encarcelamiento— para los mismos delitos es problemático dado que dicha incapacidad también le afectaría. Entendiendo que ambas opciones se encontrarían perjudicadas, cabría preguntar cuál sería más disuasoria dentro del contexto de inestabilidad aplicativa descrito; a primera vista pareciera que, por la gravedad del contenido mismo de la sanción, la pena de muerte tendría algún peso mayor.

[16] HART, *supra* nota 12, p. 87.

sería un factor que lejos de ser un punto fuerte para los críticos mutaría en un bastión argumentativo a favor de la pena capital: su aplicación rigurosa podría implicar un efecto inhibitorio que repercutiría en la disminución de *esta clase* especial de asesinatos.

Un argumento de cierto calado que un opositor a la pena podría presentar, y que volvería a su favor la importancia de tener en cuenta los aspectos cuantitativos y cualitativos de las penas, es que si bien la intensidad de las sanciones tiene un importante impacto disuasorio, la promesa cierta de castigo también es un factor de gran peso, por lo que apelar a las sanciones más graves tal vez no sea el mejor recurso en términos de cálculo utilitario para lograr determinado resultado: tener la seguridad de vivir treinta o cincuenta años tras las rejas, incluso el resto de la vida,[17] con lo que se hace plausible mayor tiempo de reclusión, podría tener el mismo resultado disuasorio que la pena de muerte y ofrecería un perjuicio a primera vista menor. De tal modo, el utilitarista contrario a la pena capital podría concentrar su énfasis en el ataque a las tasas de impunidad y luego en la revisión de la dimensión del daño estatal.

Por otro lado, parece sensato no confiarle mucho a las estadísticas, independientemente de la apariencia de sus resultados para apoyar o no el carácter disuasorio de la pena de muerte,[18] porque el cuestionamiento de utilidad tiene que considerar las condiciones pertenecientes al ámbito de aplicación del castigo. Debemos tener en cuenta que la presentación de datos empíricos recogidos a partir de circunstancias considerablemente distintas tal vez puede menguar su pertinencia para la argumentación en casos determinados: las respuestas frente a la amenaza de castigo pueden variar notoriamente cuando haya marcadas diferencias institucionales y socio-culturales. Es más, y como el propio HART también indica, no parecen ser muy confiables las estadísticas que se basan en los

[17] Aunque el cambio de la pena de muerte por la prisión perpetua pudiera llegar a ser objetable puesto que implicaría una carga innecesaria para los contribuyentes el mantenimiento de un presidio sumamente costoso. Vid. CORLETT, *Responsibility and Punishment*, Dordrecht, Springer, 2006, p. 146. Cuestiones de este tipo hacen perentoria la justificación de una noción de utilidad y de un sistema de jerarquización y ponderación de utilidades.

[18] En un artículo muy conocido EHRLICH estableció que "la relación de compensación entre la ejecución de un transgresor y la vida de potenciales víctimas que pudieron ser salvadas fue de un orden de magnitud de 1 a 8 para el período que va de 1933 a 1967 en los Estados Unidos". Vid. EHRLICH, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death", en *The American Economic Review*, vol. 65, n.º 3, p, 398. Como es sabido, éste ha sido fuertemente criticado: vid. BOWERS/PIERCE, "The illusion of deterrence in Issac Ehrlich's research on capital punishment", en *Yale Law Journal*, N.º85, Dec. 1975, pp. 187-208; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Error capital. La pena de muerte frente a los derechos humanos.* Madrid, Edai, 1999; La pena de muerte: preguntas y respuestas, abril de 2007, Índice AI: ACT 50/010/200, pp. 24-26. No obstante, posteriormente ha habido una gran cantidad de estudios basados en progresivos desarrollos econométricos que avalarían el carácter disuasorio de la pena de muerte. Vid. SUNSTEIN/VERMEULE, "Is Capital Punishment Morally Required? The Relevance of Life-Life Tradeoffs", en *John M. Olin Law & Economics,* Working Paper n.º 239 (2D SERIES), marzo de 2005, pp. 8-10.

datos obtenidos a partir de la introducción o la abolición de la pena en la misma área. Dos elementos motivan la desconfianza en su caso:[19] 1) En muchos países la abolición formal viene después de un largo periodo de desaplicación gradual, lo que hace sumamente complicado determinar cuándo la pena de muerte deja de ser en la práctica una verdadera amenaza; 2) Incluso cuando pudiera llegar a ser conocido el punto en que la pena deja de ser o se convierte en una seria amenaza, su efecto sobre los criminales probablemente sea a largo plazo. Es poco probable, por ejemplo, que en la mayoría de países haya una fila de asesinos esperando ansiosamente sólo por la desaplicación de la pena de muerte para cometer sus fechorías.

Sin demérito de lo anterior, lo que realmente parece ser el problema central de las estadísticas fue ya insinuado por MILL:

> "En cuanto a lo que se llama el fracaso de la pena de muerte: ¿Quién es capaz de juzgarlo? Conocemos parcialmente a quienes no ha disuadido; pero ¿existe quien pueda conocer a quién ha disuadido, o a cuántos seres humanos ha salvado y que se habrían convertido en asesinos si esta terrible asociación [nota del editor: se refiere a la asociación del asesinato, como conducta, con la pena de muerte como consecuencia] no hubiese acompañado a la idea de asesinato desde la más temprana infancia?".[20]

Estimamos que la insinuación hecha por MILL lejos de poder apoyar o debilitar postura alguna acerca de la pena de muerte basada en consideraciones utilitaristas, de hecho implica cierto detrimento para el utilitarismo como opción general justificativa.

Así aumente, se mantenga o disminuya la tasa de delitos en cualquier caso de implantación del castigo, saber el número de personas que se abstuvieron de delinquir por disuasión capital, dato seguramente crucial para cualquier métrica de utilidad, es en extremo poco plausible por no decir imposible: no esperemos que acudan a registro todos aquellos que desistieron de cometer un crimen por temor a ser ejecutados. Indicado este síntoma y negada cualquier esperanza de encontrar un soporte que exhaustivamente ofrezca certeza en torno al impacto real del castigo en las resoluciones prácticas de los individuos, opinamos que la única vía disponible sería que los

[19] HART, *supra* nota 12, pp. 83-84. HART desconfía también de algunas estadísticas que comparan sociedades semejantes.
[20] MILL, "Speech in Favour of Capital Punishment", en SINGER (ed.), *Applied Ethics,* New York, Oxford University Press, 1986, p. 100.

argumentos utilitaristas en la discusión de los ejemplos históricamente ubicables, independientemente de la sangre partidaria que les transite, tendrían que dirigirse al rechazo o respaldo suficiente de los distintos factores externos a la amenaza de sanción que pudieron influir causalmente en las consecuencias empíricamente medibles. Esto quiere decir que el camino sería tratar de sustentar por vía oblicua la conexión o falta de conexión entre la pena mayor y los efectos posteriores. Imagínese que luego de instaurada la pena de muerte los crímenes que buscaban evitarse aumentan. Un utilitarista contrario a la pena capital, reconociendo su incapacidad para saber del efecto disuasorio real —tal vez con la inexistencia de la sanción la cuota de delitos sería todavía mayor al registrado por ese aumento—, no puede optar ya por atacar de inmediato la ineficacia disuasiva de la pena y tendría que presentar y justificar apropiadamente un argumento que guarde similitudes con la reflexión hartiana del "inestable" movido por la pena de muerte para delinquir: habiéndose *descartado* razonadamente algún otro factor que impulse la nueva oleada de crímenes, entonces existe el camino abierto para aducir que la propia postulación de la pena de muerte animó en vez de disminuir la producción de delitos. Por el contrario, frente al escenario descrito, el utilitarista a favor de la pena capital que ahora sabe que los datos delictivos no impugnan directamente el alcance efectivo de la pena de muerte, deberá apelar a una respuesta que informe de un factor distinto al establecimiento de la sanción que logre explicar el ascenso y argumentar que sin la pena de muerte las tasas serían mayores.

Ahora imagínese que luego de implantado el castigo capital se alcance la disminución deseada de las cifras delictivas. Como eso no significa el éxito utilitarista de la pena puesto que, repetimos, las estadísticas nos informan sólo de los casos en los que falla la disuasión, el utilitarista a favor de la pena debería esforzarse en señalar que no existe otro motivo que incida en la disminución de las cifras, haciendo de este modo fornida la suposición de que ello se debe a la promesa de condena fatal. El escéptico sobre la sanción que no se desanima por estas cifras al entender la imposibilidad cognoscitiva harto señalada necesitará, por su parte, argüir que el descenso estadístico se debe a factores diferentes del castigo supremo.

Es evidente que al incluir estas exigencias la disputa en términos utilitaristas se tornaría muchísimo más compleja, quizás infructuosa si se asumen tales exigencias con total seriedad. En general, acoger la enorme serie de variables que pueden estar en juego y satisfacer los requisitos que pudieran considerarse necesarios para soportar alguna inferencia sobre el efecto de la pena de muerte basada en datos empíricos, son factores que elevan descomunalmente la dificultad de alcanzar conclusiones. No en vano el comité encargado del estudio del impacto disuasorio de la

pena de muerte del Consejo Nacional de Ciencias de los Estados Unidos, en su informe del año 2012, concluyó que "la investigación hasta la fecha sobre el efecto de la pena capital no informa sobre si la pena capital disminuye, aumenta o no tiene efectos sobre las tasas de homicidio".[21] Por ello, el comité no recomienda el uso de esos estudios para apoyar juicios sobre el efecto de la sanción capital en la tasa de homicidios y, por lo tanto, afirma que no deberían influir en las políticas en torno a la pena capital.

Para la discusión sobre su instauración o permanencia es menester sumar otro significativo elemento: debido a la magnitud del daño que está sobre la mesa, en el vaivén discursivo respecto de la utilidad del castigo capital la carga de otorgar los argumentos decisivos recaería sobre quien alega que la pena es más beneficiosa que dañina, y que no hay otro medio menos nocivo igualmente provechoso que asegure el beneficio.[22] De este modo, para justificar su aplicación *no* bastaría recalcar que no se ha demostrado eficazmente que es más perjudicial que útil para la sociedad. Es necesario advertir, además, otro asunto que creemos de importancia para la disputa en términos utilitaristas: ninguna noción de bienestar puede descuidar el aspecto provechoso resultante de satisfacer las demandas culturales y los sentimientos generales exhibidos por una sociedad, requerimientos sociales que pueden exigir o rechazar enérgicamente la muerte de ciertos infractores. Esta opinión resalta distintos aspectos y matices que deben ser tenidos en cuenta al analizar una cuestión tan enredada como la pena de muerte.

También deben ofrecerse reflexiones sobre otro punto importante. La aparición del requisito de culpabilidad en el significado del castigo, pues lo entendemos como la provisión intencional de daño a un sujeto por el hecho de ser culpable de alguna conducta prohibida,[23] no ha de ser algo

[21] COMMMITTEE ON DETERRENCE AND THE DEATH PENALTY – NAGIN D.S./PEPPER J.V. (eds.), *Deterrence and the Death Penalty*, Washington, The National Academies Press, 2012, p. 2.

[22] NINO, *supra* nota 7, p. 459. También se deja ver este requisito en HART, *supra* nota 12, pp. 88-89. Notamos así que la carga justificativa para el utilitarista que está a favor de la pena capital sería doble. El crítico sólo tendría que impugnar adecuadamente alguno de los dos puntos.

[23] RABOSSI, como otros tantos autores, plantea dudas alrededor del parcelamiento semántico de la expresión "castigo" efectuado por la inclusión de la noción de culpa dentro de sus condiciones de uso puesto que le resulta *ad hoc.* Vid. RABOSSI, *supra* nota 8, p. 26. Sin embargo, las razones que ofrece el autor argentino no son para nada terminantes, e incluso corren el peligro de abrirse tanto que harían admisible usos del términos inmediatamente achacables. Desde esta perspectiva cualquier práctica cuando produce un daño es buena candidata de predicación punitiva, lo que creemos contraviene el aspecto reactivo que con fuerza privilegiamos cuando pensamos qué es castigo. Si en las prácticas lingüísticas algunas veces resulta natural usar el término "castigo" motivado por el cumplimiento de algunos de sus requisitos de aplicación —ejercer un daño—, no estamos autorizados a inferir que éste sea un uso apropiado. Una cosa es proveer un castigo y otra cosa es infligir un daño aunque lo primero suponga lo segundo. Además, RABOSSI parece soslayar el hecho de que el sostenimiento del vínculo retributivo demanda una fundamentación. Ciertamente, el pensador argentino llegó a

que perjudique al utilitarismo y favorezca al retribucionismo, idea que puede originarse dado que este último precisamente concibe el castigo como una respuesta debida frente a un acto culpable mientras que la formulación del principio de utilidad como tal no toma en cuenta la culpabilidad sino que se concentra en el beneficio de consecuencias futuras. No existe clase alguna de asunción teórica aun cuando llegamos a aceptar que el castigo es ya retributivo en su significado. Se debe reparar en dos cuestiones cuando reconocemos ese temple semántico: 1) El hecho de que el elemento retributivo opere en el significado del castigo no significa que la *justificación* de la normatividad intrínseca de dicha relación retributiva, el merecimiento surgido de la culpa del infractor, sea exitosa. Es más, si amparamos una noción retribucionista que no se limite a la justificación de la vinculación moral entre un acto cometido y un daño merecido, abarcando, por tanto, la cualidad de equivalencia o proporcionalidad de los específicos daños a transmitirse, entonces el mero hecho de mostrar que es en sí justo dañar a quien hace daño no implicaría que haya tal cosa como una justificación retribucionista satisfactoria: desde esta perspectiva, y como indicamos anteriormente,[24] ni siquiera respaldar filosóficamente la carga retributiva inherente al significado del castigo engarzaría con el éxito integral de la justificación retribucionista. 2) El utilitarista por su mirada consecuencialista del problema sufre la continua, y en principio poderosa, objeción de que posibilita el "castigo" de sujetos inocentes cuando ello pueda generar más beneficios que daños.[25] Sin embargo, ésta a lo sumo sería una objeción dirigida al utilitarismo

afirmar que el retribucionismo puede dar cuenta de la justificación moral de castigos particulares, pues demandaría que se deben castigar sólo a los sujetos culpables de quebrantar las reglas. Vid. RABOSSI, *supra* nota 8, p. 30, pero ello no significa que se justifique la conexión moral característica del castigo. Es decir, tal como lo entendemos, RABOSSI en su exposición al final presenta al retribucionismo relacionado con la justificación de la aplicación de una norma en un caso específico, pero lo que tiene relevancia filosófica es dar cuenta de la retribución esencial que comporta a los castigos como tal y no sólo hacer referencia a la aparición de la retribución en el respaldo justificativo de actuaciones individuales —idea aferrada a una separación entre justificación de prácticas sociales y justificación de prácticas particulares defendida por pensadores como RAWLS—. El enlace retributivo puede estar presente en la justificación moral de la aplicación de penas particulares pero esto no quiere decir que el vínculo esencial al castigo esté a su vez justificado. Llegar a decir que la justificación de la aplicación de una pena particular es moralmente aceptable porque incluye la aspirada respuesta punitiva frente al culpable *no responde al cuestionamiento sobre por qué es justo dañar al culpable.* ¿El mero hecho de que el castigo lo imponga una norma socialmente instituida justifica moralmente que se le haga daño al infractor?

[24] RABOSSI, *supra* nota 8, pp. 5-6.

[25] CARRIT formula un ejemplo clásico. Señala que ante una situación caracterizada por la imposibilidad de hallar a alguno de los sujetos culpables de una oleada creciente de crímenes extremadamente crueles, puede ser ejemplificador y exitosamente preventivo ejecutar públicamente a un sujeto inocente cuando su incriminación proyecte infundir la creencia de su culpabilidad. Vid. CARRITT, *Ethical and Political Thinking,* Oxford, Clarendon Press, 1947, p. 65. Una argumentación similar se encuentra en MCCLOSKEY, "A Non-Utilitarian Approach to Punishment", en *Inquiry,* vol. 8, 1965, p. 256. El ejemplo de CARRIT, no obstante, es insuficiente y vago en la medida en que su éxito reside en la presentación de un caso particular sin discutir la institucionalidad de trasfondo. Y es sumamente difícil justificar desde un plano utilitarista una institución que avale esas prácticas y faculte sujetos para ello debido a los inconvenientes que genera una defensa alrededor del provecho general, sostenido y futuro que dicha institución concedería a la sociedad. Para una adecuada presentación de

como teoría fundamental sobre nuestros cursos generales justificados de acción y la perspectiva básica de nuestras instituciones, mas no una objeción al utilitarismo que se pronuncia sobre cuál debe ser el trasfondo justificativo de los castigos apropiados. Ambos pretenden lo mismo: el aumento máximo del beneficio para el mayor número y la menor producción de daño. No obstante, el último ya asume el elemento retributivo dada la carga semántica del término "castigo" sin pronunciarse sobre los vínculos que establece. Si se afirma que una justificación utilitarista del castigo es insuficiente porque permitiría el maltrato de inocentes, tal afirmación nunca se dirigió a una perspectiva utilitarista de los castigos puesto que la pregunta que ésta intenta responder está concentrada en el tratamiento adecuado de los sujetos culpables. En el lenguaje de HOBBES, y salvando las diferencias, cuando se inflige un mal sin anteceder la transgresión de normas no habría castigo sino hostilidad.[26] Es previsible que la crítica señale que cuando se propone al utilitarismo como alternativa normativa fundamental, que delinee el marco general de nuestras acciones e instituciones, entonces sería imposible mantener coherentemente la provisión de daño limitada a los sujetos culpables, lo cual es sumamente contraintuitivo y enérgicamente objetable. En este caso no se estaría criticando al utilitarismo como teoría que justificaría los castigos, sino que se estaría reprochando cómo el utilitarismo elevado a propuesta práctica básica en la sociedad conllevaría la insostenibilidad, como marco limitativo de actuación, de la noción de castigo.

Con todo lo dicho anteriormente se hace palpable que cuando se habla de justificación del castigo podríamos establecer dos niveles: uno que desenvuelva un requerimiento formal y otro que plantee un requerimiento sustantivo. Un primer nivel apuntaría al requisito que llamaremos "formal", es decir, estaría centrado en la cuestión sobre la fundamentación de la exigencia de lesionar intencionalmente a individuos por algún hecho cuando sean culpables. Además, luce razonable plantear el requisito de modo excluyente. Es decir, las propuestas tendrían que respaldar la exigencia del castigo sin que la fundamentación implique algo más allá, sin que desborde su ámbito propio u objeto, que sería la relación retributiva, y, por tanto, admita "hostilidades". La cuestión en el plano señalado apuntaría, de este modo, al mantenimiento de la respuesta retributiva y no a una reflexión que sentaría las bases para justificar qué castigos, qué daños para el sujeto infractor, pudieran ser los correctos. El ámbito específico de la discusión de la naturaleza del daño punitivo pertenecería a un segundo nivel justificativo y plantearía lo que

esta crítica, ver RAWLS, "Dos conceptos de reglas", en FOOT (ed.), *Teorías sobre la ética* (trad. Manuel ARBOLI), México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 220-223.

[26] HOBBES, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. Manuel SÁNCHEZ SARTO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, [1651] p. 257.

llamaremos requisito sustantivo del castigo. Aquí el retribucionismo tradicional no demandaría una actividad —proveer un daño—, sino una equivalencia en la intensidad de los daños y el utilitarismo, en cambio, los castigos más beneficiosos. La búsqueda en el primer nivel, por el contrario, sería por la clase de argumentos que sostienen estrictamente el vínculo retributivo. En este sentido cualquier justificación —incluso una pretendidamente utilitarista— sería, interesantemente, de suyo "retribucionista". Si bien hace ya tiempo autores de gran talla como HART y RAWLS adelantaron un abordaje de la justificación del castigo basado en una percepción de doble nivel,[27] no incluyeron dentro de sus respectivos enfoques la preocupación que hemos dispuesto en términos de requerimiento formal y por ello dejan sin ámbito propio la fundamentación del vínculo retributivo, el cual, sorprendentemente, a su vez ellos asumen para justificar la respuesta lesiva frente a actos particulares: el vínculo retributivo conformaría algo así como un explicador no explicado.

[27] HART, *supra* nota 12, cap. 1 y RAWLS, *supra* nota 25. La idea general de este desdoblamiento en el caso rawlsiano, bastante similar a la ruta que toma HART, cuenta con un breve esbozo en la nota n.º 31. Según WOOD este tipo de teorías dualistas de doble nivel son criticables en la medida que "no toman a las consideraciones retribucionistas lo suficientemente en serio, sino que las relegan a un rol menor". Vid. WOOD, "Retribution, Crime, Reduction and the Justification of Punishment", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n.º 2, 2002, p. 303. Su rol sería menor porque se verían limitadas a ser un simple criterio distributivo de una práctica justificada en términos esencialmente utilitarios. La tarea de proporcionar un enfoque que integre ambas perspectivas en una visión dualista sin asumir costos marginantes para el retribucionismo fue acometida por BERMAN a través de un elaborado, y no menos ingenioso, artículo que replantea la cuestión misma de lo que significa una justificación del castigo para sustentar su propia "Teoría dualista integrada del castigo". Según esta posición, la perspectiva retribucionista no ha de jugar, como en las clásicas formulaciones dualistas de doble nivel, necesariamente un papel menor, secundario o accesorio. Por el contrario, tanto consideraciones retribucionistas como consideraciones utilitaristas jugarían roles equivalentes pero diferenciados según la vertebral distinción que propone entre casos centrales —cuya justificación procedería por cancelación sobre la base de consideraciones retribucionista— y casos periféricos —cuya justificación procedería por prevalencia de razones apoyadas en consideraciones consecuencialistas— del castigo. Vid. BERMAN, "Castigo y justificación" (trad. Julia PARRA y Marcelo FERRANTE), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, vol. 9, 2008. Disponible en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2935&id_item_menu=5858 [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

Pensamos que el esmerado, aunque a ratos turbio, tejido argumentativo de BERMAN es pasible de varias observaciones dado que se vale de ciertas asunciones, distinciones e ideas bastante problemáticas —algunas de las cuales se vuelven problemáticas al tener en cuenta varias de las críticas, comentarios, distinciones y reacomodos propuestos y expuestos a lo largo de este trabajo—. Dar cuenta apropiadamente de dichas observaciones merecería la reconstrucción completa de los sofisticados razonamientos del autor, pero eso es algo que no podemos realizar por razones evidentes de espacio. Es importante decir, de igual modo, que la manera en que aquí hemos propuesto que puede abordarse metodológicamente la justificación del castigo, un acomodo que puede ser llamado de doble nivel *pero porque mantiene que hay dos retos separables de justificación*, no marginaliza ni secunda de antemano una posible fundamentación retribucionista porque justamente es lo que desenvuelve el requerimiento formal. A su vez, la equivalencia del daño puede jugar también un rol importante en dar cuenta del contenido de los castigos, sólo que ha de cargar con las exigencias propias de justificación.

Opinamos que esta breve consideración, necesitada desde luego de mayor fundamentación posterior, nos permitiría diferenciar ámbitos donde profundizar la discusión sin perjudiciales solapamientos. Evitaría el equívoco de afirmar que el utilitarismo favorecería el "castigo" de personas inocentes sin restarle oportunidad al postulado utilitarista de afrontar el reto de avalar el vínculo retributivo sin desbordarlo, lo que ya sabemos correspondería al primer nivel. No es difícil imaginarse un respaldo de este tipo. Una posible propuesta podría ser la siguiente: se *debe* infligir algún daño a los sujetos culpables porque de ello se derivarían importantes consecuencias beneficiosas; e instaurar *instituciones* con capacidad de ocasionar un detrimento estrictamente a estos individuos también lo sería porque evitaría un estado de zozobra colectiva difícilmente concebible como aceptable y beneficioso para la mayoría en una sociedad, pues plantear la expansión de la actividad lesiva del Estado al marco de sujetos inocentes en algunos casos, aun cuando no tengamos certeza de ello en las actuaciones *particulares* dado que los órganos los presentarían como culpables, crearía un nivel de malestar, desconfianza e irrespeto por las instituciones por parte de la inmensa mayoría.[28] Algo que de plano no es beneficioso.

Figurémonos ahora que alguien destruya toda esperanza utilitarista de justificar normativamente el perjuicio de manera exclusiva para los infractores —es decir, justificar cabalmente el vínculo retributivo entronizado en la noción de castigo—. Esta persona argumenta que un Estado donde también se le inflija un detrimento a los más cercanos familiares de los sujetos culpables generaría una disminución de los delitos como nunca antes puesto que el impacto disuasorio sobre la inmensa mayoría de potenciales malhechores sería sumamente efectivo cuando la amenaza de daño se cierna no tan sólo sobre el pellejo propio, sino también sobre el de los seres más queridos. Supongamos que esto logre un grado de convicción suficiente, y aunque no se extirpe cierta reacción general de desaprobación aquella se vería compensada por el enorme regocijo para la abrumadora mayoría de tener una sociedad con una criminalidad reducida al mínimo. Más allá de las observaciones realizables alrededor del ejemplo, imaginemos que el sujeto aludido nos convenza con este argumento de la aptitud utilitarista para dar pie al daño de inocentes. ¿Significaría que el utilitarismo ya no tiene ninguna oportunidad de servir de criterio para establecer el contenido de los castigos? Evidentemente no, puesto que con esta pregunta apuntamos a otras coordenadas de justificación, una en la que ya se asimila que el daño proporcionado por el castigo no va dirigido hacia sujetos inocentes. Ahora bien, luce bastante sensato proponer que una teoría del castigo estará completa cuando, incluyendo la respuesta a la razonable insistencia condensada en la pregunta por el bien que reporta para nosotros adecuarnos

[28] RAWLS, *supra* nota 25.

a determinadas instituciones y directrices prácticas punitivas, pueda arrojar luz a lo que hemos llamado requerimiento formal —que se centra en la exigencia de fundamentar el vínculo retributivo— y el requerimiento sustantivo —dirigido a la fundamentación de los castigos idóneos—, puesto que más allá de discutir el marco que nos permitiría fundar qué clase de castigos son los apropiados es importante preguntarse por el mantenimiento mismo de la reacción ínsita al significado del castigo. Pero no es baladí destacar que si es fecunda la distinción entre aspectos formales y sustantivos del castigo, el utilitarismo no tendría que ser necesariamente exitoso en el primer nivel si pretende decir algo relevante en el segundo.

El vínculo retributivo podría llegar a estar justificado de otra manera: por medio de un fundamentado principio práctico-distributivo o procedimental, por un mandato divino, por alguna metafísica animada por la idea de entidades o relaciones en sí normativas, etc. Aunque no nos parece lícito negar de antemano que esa justificación pueda implicar exigencias sobre el contenido de los castigos, pues no podemos afirmar *a priori* que una propuesta al responder suficientemente en el nivel formal no proyectará respuestas en el nivel sustantivo, argumentar la falta o la debilidad de tales propuestas no significaría que la discusión sobre las bases del contenido de los castigos deba ser desconsiderada y que, en general, debamos prescindir de la práctica de castigar. Para esta opción parece necesario mucho más que un reclamo; es importante realizar una oferta: presentar una opción práctica más idónea y moralmente permisible que sea capaz de evitar todos los efectos perjudiciales que podría significar abandonar el ejercicio del castigo. Esta exigencia toma fuerza cuando consideramos la aparente importancia del castigo para asegurar la estabilidad y el orden en la compleja trama de la sociedad.[29] De alguna manera tenemos que tratar a los

[29] BOONIN en un muy interesante texto después de plantear las distintas dificultades que enfrentan las más conocidas e importantes justificaciones del castigo propone la abolición de la práctica de castigar y sugiere reemplazarla por la práctica de la restitución. Si el castigo proporciona un mal injustificado moralmente ¿por qué mantenerlo? Los defensores del castigo podrían debilitar las aspiraciones de BOONIN al indicar, precisamente, su necesidad en la configuración real de las sociedades, lo que excusaría su mantenimiento a pesar de su talante injustificado. Reconociendo esto, el autor se propone el reemplazo pretendiendo que ello no apareje las complicaciones que el abandono del castigo en teoría conllevaría e indicando que de implicarlas éste también lo haría. Vid. BOONIN, *supra* nota 1, cap. 5. Como es evidente, parte del éxito de la empresa del autor se basa en la total diferenciación entre "restitución" y "castigo". Pero los argumentos que aporta BOONIN para decir que son cosas de suyo diferentes desde nuestra perspectiva son ciertamente criticables. No es el lugar para desarrollar estas críticas, por ahora basta señalar que la distinción tiene su gran punto de apoyo en la caracterización hecha del daño intencional peculiar al castigo, punto cuya necesidad parece estar más emparentada con el crucial lugar que ocupa para las posiciones defendidas por el autor que para una definición esencial del castigo. En todo caso, de resultar totalmente victoriosa la separación que el autor sugiere, y suponiendo el provecho de su argumentación contra las justificaciones del castigo, de igual modo nos parece que algunos de sus argumentos para defender la práctica de la restitución frente a las posibles implicaciones perjudiciales del abandono de la práctica de castigar son dudosos.

infractores y esquivar el negativo estado de cosas que podría significar no castigarlos.[30] Vistas de esta forma las cosas, tanto retribucionistas como utilitaristas en sentido sustantivo —sin pretender negar de antemano la viabilidad de alguna otra opción— salvarían su espacio discursivo aun cuando no se justifique la retribución que le es esencial a la noción de castigo; se preservaría, entonces, la peculiaridad del debate en el segundo nivel sin ser uno de los usuales argumentos, el del "castigo" de los individuos inocentes, una crítica genuina en este ámbito.[31] Y en consecuencia,

[30] Esta afirmación no hace votos a favor del utilitarismo porque se ha de llegar a este punto justamente cuando ninguna perspectiva, incluyendo la utilitarista, ha podido echar luz sobre la justificación estricta, excluyente, de la carga retributiva.

[31] Vale la pena destacar que RAWLS, con intuiciones similares, intenta defender que las tradicionales consideraciones retribucionistas y utilitaristas sobre la cuestión del castigo lejos de oponerse se establecen en niveles distintos. La mirada retribucionista respondería a la justificación de una reacción particular frente a un comportamiento que está inscrita bajo una práctica. La mirada utilitarista se fijaría en la justificación de un sistema de reglas que configurarían nuestras prácticas. Una miraría "hacia atrás" mientras la otra miraría "hacia adelante"; una es la perspectiva del "juez", la otra es la perspectiva "del "legislador". Vid. RAWLS, *supra* nota 25, pp. 200-247. Pero este trabajo de RAWLS deja muchas cosas sin aclarar. Por ejemplo, un retribucionista puede responder en ambos niveles: ¿por qué se castiga tal acción? Porque el sujeto es culpable de infringir normas y debe pagar por su comportamiento. ¿Cuál es el fin de imponer tales o cuales reglas? Lograr justicia ante los crímenes que ellas estipulan a través de penas proporcionales —así ello no impida la inversión de esfuerzos en reeducar, desintoxicar, transformar, etc., al individuo—. RAWLS llega a enfatizar en su descripción del retribucionismo tradicional el hecho de la exigencia sobre la magnitud proporcional del castigo de acuerdo con el daño cometido: "[l]o que podríamos llamar punto de vista retributivo establece que el castigo se justifica sobre la base de que las malas acciones merecen castigo. Está de acuerdo con la moral que alguien que hace el mal sufra en proporción con la maldad cometida. Que un criminal haya de ser castigado se sigue de su culpabilidad, y la severidad del castigo apropiado dependerá de la depravación de su acto". Vid. RAWLS, *supra* nota 25, p. 212. No obstante, la proporcionalidad tal vez no coexista en santa armonía con el esquema de sanciones que un lente utilitarista legislador logre brindar, al menos no es necesario que así sea. De este modo, no resulta especialmente diáfano intento alguno de forzar el silencio retribucionista frente a la cuestión de la aptitud de las penas como consecuencia de un turbio extrañamiento de su espacio lógico: no luce infranqueable el veto hacia el supuesto "nivel utilitarista". ¿Es legítimo despojar de un solo plumazo, a través de una distinción entre reglas generales y prácticas particulares, la idea de proporcionalidad que el propio RAWLS reconoce en la consideración retribucionista sin trabajar en detalle sobre las razones de su abandono? Cierto es que el retribucionista debe afrontar el difícil reto al inicio señalado: justificar un convincente criterio de proporcionalidad. Pero RAWLS no se preocupa por explorar críticas de este calibre, sólo reconoce la presencia de la equivalencia en esta visión general del castigo y la obvia sin mayor consideración, una omisión eminentemente *ad hoc* puesto que elimina sin basamento argumentativo una de las principales trabas que se le pudiera presentar a la sutil reconciliación que propone entre perspectivas utilitaristas y retribucionistas representadas en las "facetas" de "juez" y "legislador". Queda claro que al atacar suficientemente la idea de proporcionalidad el utilitarismo se ubicaría como opción teórica fuerte en tanto parámetro sustantivo de establecimiento penal, pero en tanto RAWLS guarda silencio al respecto, cabe la pregunta: ¿por qué sí el utilitarismo y no el retribucionismo en cuanto al peso de las sanciones? Por otro lado, más allá de proponer un criterio para las aplicaciones particulares de castigos —la existencia de un sujeto culpable— es, insistimos, importante filosóficamente hablando la justificación del vínculo retributivo propio de la noción de castigo que fundamentaría cabalmente esas prácticas aplicativas, algo sobre lo que RAWLS, como ya sabemos, tampoco concentra ánimos de alumbrar. Si bien es cierto que se esfuerza en demostrar que un diseño utilitarista del marco general de las instituciones encargadas de administrar la violencia no justificaría el detrimento de inocentes, tal intervención apunta justamente a eso, a desligar dicho planteamiento utilitarista de esa condenable actuación al intentar mostrarla fuera del rango de sus consecuencias; pero como tal ese esfuerzo no se embarcaba en alguna empresa de fundamentación. Es decir, no pretendió proponer al utilitarismo como teoría que podría justificar de modo estricto la estructura retributiva de la noción de castigo, sino más bien indicar que es razonable pensar

encubriría una perspectiva altamente desfocalizada llegar a aducir que el utilitarismo como base de fundamentación de los castigos podría dar pie para ejecutar a sujetos inocentes.

IV. Muerte y voluntad

La sucinta e inevitablemente insuficiente exposición de las más tradicionales posturas en conflicto sobre la justificación moral del castigo aspiró a mostrar que una argumentación seria acerca de la pena de muerte exige bastante esfuerzo y rigor.[32] Con tal indicación no nos esmeramos en desalentar al lector, más bien buscamos incentivarlo a realizar buenos aportes a un tema que da la constante impresión de quedar en un punto ciego. Por el momento, permítaseme criticar algunas usuales aserciones sobre este tema que nos parecen sumamente cuestionables y que más que alumbrar enturbian profundamente el panorama. Una vitrina frecuente, a pesar de la importante labor del movimiento, son los textos de Amnistía Internacional:

que cuando justificamos nuestras prácticas generales en términos utilitaristas no tenemos que habérnosla con objeciones que recalquen la posibilidad de la depravada acción de afectar al no culpable.

[32] El tema del castigo capital es tan movedizo que puede cuestionarse incluso la necesidad de apelar a una teoría del castigo para justificarlo éticamente. Decimos esto en alusión al notable y sugestivo trabajo con el que KRAMER, desde el rechazo de los usuales estándares de justificación racional de la pena de muerte, aspira a reivindicar éticamente, sin brotar la justificación de la perspectiva más amplia de una teoría del castigo, su valía para un reducido número de casos apropiados, casos particularmente perversos y deleznables. Vid. KRAMER, *The Ethics of Capital Punishment A Philosophical Investigation of Evil and Its Consequences,* New York, Oxford University Press, 2011. La justificación *sui generis* de KRAMER consta de un movimiento llamativo porque anclaría la permisividad moral de la aplicación de la pena de muerte no en una teoría del castigo sino en una noción "purgativa" de la racionalidad y en un principio ético-político a todas luces razonable. Dado que la carga de la prueba en el debate sobre la pena de muerte recae sobre sus defensores debido a un principio de las democracias liberales según el cual está injustificado el uso del poder estatal sobre los individuos a menos que se demuestre suficientemente su importancia pública y pertinencia, entonces la pena de muerte puede estar justificada si es necesaria —no existe otra pena menos severa igualmente apta— para lograr algún bien público. Visto así, podría decirse que por más que una teoría del castigo llegara a presumir de ser solvente y dar paso justificativo a pena alguna, teniendo en cuenta el principio de invasión mínima podemos todavía preguntarnos con sentido si la aplicación de esa pena es éticamente permisible. En el caso de KRAMER, el centro de su reflexión está basado en la propuesta de un tipo de racionalidad "purgativa" que justificaría la aplicación de la pena de muerte habida cuenta su *necesidad* para salvaguardar la probidad moral de la comunidad —al sanear la manchada relación entre la comunidad y la humanidad—, con lo que no contravendría el principio de invasión mínima. Pero así se den por buenas sus críticas contra las tradicionales posturas de fundamentación del castigo —reconocemos que desconfiamos de algunas de ellas—, en su propuesta no quedan satisfactoriamente claros ni justificados ciertos asuntos vitales y por ello pudieran ser el blanco de varias objeciones; tenemos en mente centralmente lo relativo a la naturaleza distintiva de los males apropiados para ser letalmente sancionados y la especial conexión entre el mantenimiento de la vida de algunos individuos especialmente viles y el empañamiento de la integridad moral de la comunidad que los administrare penalmente, aspecto que haría de la pena de muerte la vía para expurgar la contaminación moral de tales comunidades. Por otro lado, nos parece lícito cuestionar si es del todo fructífero el intento de KRAMER de prescindir de una teoría del castigo para justificar moralmente la pena de muerte, o mejor dicho, luce razonable preguntarse si, desde el doble abordaje aquí propuesto, no puede esbozarse —al menos a grandes rasgos— algo así como una teoría del castigo operando implícitamente en su aproximación.

> "[l]a pena capital es la negación más extrema de los derechos humanos: consiste en el homicidio premeditado a sangre fría de un ser humano a manos del Estado y en nombre de la justicia. Viola el derecho a la vida, proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es el castigo más cruel, inhumano y degradante".[33]

Al menos tres errores podemos detectar condensados en la extracción, yerros que aparecen reiteradas veces en el discurso del orbe de oponentes a la pena capital. Reparemos en cada uno de ellos en orden ascendente de acuerdo con la extensión que daremos a su tratamiento. En primer lugar, captar que el término de la vida puede tenerse como un delito o como la consecuencia legal de un delito muestra cuán impropio es acusar a la sanción capital de homicidio cuando está apegada estrictamente a un legítimo régimen normativo. En segundo lugar, cuando se toma a la institución de la pena de muerte como una sanción cruel e inhumana creemos que podría encubrirse una sospechosa conexión entre la gravedad e irreversibilidad del castigo con los predicados en cuestión. En otras palabras, defender que se le quite la vida a un infractor no es contrario a exigir que el proceso de ejecución sea totalmente controlado, dirigido a esquivar convertirse en un episodio sangriento y denigrante, empeñado en buscar las mejores maneras de evitar el dolor del condenado; es sensato defender un castigo que produzca "una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona del que la sufre".[34] Teniendo en cuenta ello, lo que parece quedar por decir es que, estimando la magnitud propia del castigo, el mero hecho del fin de la vida es cruel e inhumano. Sin embargo, que una vida se acabe no es cruel e inhumano, en realidad es la posibilidad más cierta que tenemos todos. ¿Será que lo que se quiere expresar es que lo "cruel", "inhumano" o "ruin" radica en que otro le quite la vida a alguien sin contar con la voluntad de éste? Empero, ¿verdaderamente esto es así en el caso de la pena de muerte? ¿No depende ella de la voluntad de los individuos cuando es consecuencia clara y legítima dentro de un ordenamiento? Sobre este asunto hablaremos luego.

En tercer lugar, defendemos que tanto establecer límites claros al uso de la fuerza por parte del Estado como respetar y cuidar con celo los derechos humanos básicos son signos de progreso de la humanidad. Pero aturde por repetida la aseveración que nos informa de la supuesta violación de los derechos humanos, y más específicamente del derecho a la vida, que se manifiesta con la

[33] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *supra* nota 18, p. 1.
[34] KANT, *supra* nota 2, p. 168 (333).

institución de la pena de muerte. Sin entrar en mayor disquisición sobre el fundamento de los derechos humanos, nos queda claro que con ellos no se pretende proponer que el individuo es intocable o que intentan asegurar de forma absoluta el valor que protegen: como la pena de prisión no implica inmediatamente una violación del elemental derecho a la libertad o las multas no implican inmediatamente una violación al derecho de propiedad, la pena de muerte no implicaría inmediatamente una violación del derecho a la vida. A lo sumo éstas serían circunstancias donde existiría una legítima restricción del derecho en cuestión. Internalizar la importancia de los derechos humanos al punto de hacernos rechazar todo tipo de fisura al bien que pretenden proteger es exagerado. Por lo tanto, si se quiere que la vida escape del rango de bienes que pueden ser afectados por el castigo, es meritorio aportar otro tipo de argumentos.

La estrechísima relación que existe entre fuerza y Estado ya supone que éste tendrá la facultad de ocasionar daños a determinados individuos en algunas situaciones, potestad que en un marco liberal y democrático ha de estar limitada mediante instrumentos normativos provenientes de las instancias legislativas. El punto álgido se encontraría, sin obviar el problema del contenido de las penas, en el nítido establecimiento a través de leyes de las condiciones de aplicación del daño y de los individuos que pueden sufrirlo. Con esto en mente tenemos herramientas para desestimar otra frecuente observación cercanamente relacionada con la anterior: la pena de muerte se opone al Estado de Derecho.[35] Aquí debemos detenernos. De asumir la acepción formal de "Estado de Derecho", que queda reflejada en la celebérrima frase de KELSEN de que todo Estado es un Estado de Derecho,[36] avizoramos fácilmente que no habría mayor restricción para la implantación de la pena de muerte que el procedimiento jurídico de rigor. Pero los detractores que achacan una oposición entre los conceptos que nos ocupan creemos que se hacen de una extendida concepción sustantiva del Estado de Derecho, el cual sería un Estado que cuenta entre sus característica esenciales el amparo de los derechos humanos.[37] Mas, cuando nos liberamos del lastre de una noción errada de los derechos humanos como la presentada anteriormente, se disipa la aparente dificultad que residía en afirmar que un Estado que acabe con la vida de algunos sujetos mediante instituciones puede ser un Estado protector de los derechos humanos incluyendo el derecho a la

[35] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *supra* nota 18, p. 177. Vid. GARCÍA/PÉREZ "La pena de muerte ante la construcción de un orden civilizatorio global.", en *Documento de opinión, Instituto Español de Estudios Estratégicos,* vol. 108, 2015, p. 8.
[36] Dice KELSEN: "[s]i se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho, dado que esta expresión es pleonástica". Vid. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto VERNENGO), México, Porrúa, 2000 [1934], p. 315.
[37] DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática,* Madrid, Taurus, 1981.

vida. Insistimos, derechos humanos y pena de muerte no son nociones irreconciliables, por lo que pena de muerte y Estado de Derecho tampoco lo son.[38]

Algo especialmente llamativo que notamos en toda esta problemática es la existencia de un verdadero, y tremendamente grave, conflicto conceptual si accedemos a la visión ingenua de los derechos humanos y estimamos la importancia de la fuerza para cualquier concepción del Estado. Planteado estridentemente: la concepción errónea de los derechos humanos impide que haya Estado de Derecho. La concepción errónea era vital para favorecer una oposición entre pena de muerte y Estado de Derecho, pero resulta ser que una oposición se da realmente y de modo dramático entre esa visión de los derechos humanos y el constructo llamado Estado que se encargaría de garantizarlos. ¿Podemos decir de alguna entidad incapaz de administrar la violencia y de dañar algún bien protegible por algún derecho, que es un Estado? Al parecer no, pero si la extraña concepción de los derechos humanos pretende la imperturbabilidad de los bienes en cuestión, ¿cómo entenderse ese potencial uso de la fuerza? Más interesante aun, ¿cómo a partir de esta concepción de los derechos humanos se puede aspirar a que el Estado cumpla su primordial labor de reaccionar ante las lesiones de derechos si no puede acudir al daño que implicaría esa tarea? El deje sacro que impregna los valores cobijados por los derechos básicos del individuo, que lleva a tenerlos como absolutamente imperturbables, puede terminar afectando duramente la reprensión de sus violaciones. Y la entidad supuestamente encargada de esta labor se encontraría terriblemente afectada en su naturaleza. Se puede oponer Estado de Derecho con pena de muerte abrazando esta visión desatinada de los derechos humanos, pero abrazarla supondría la imposibilidad de sancionar las infracciones de derechos y la desaparición misma del Estado.

Intentemos finalizar con algunas breves palabras acerca del carácter no arbitrario de la pena de muerte.[39] En principio resulta ruin que un individuo le quite la vida a otro de modo autoritario y

[38] Puestas así las cosas, parecen criticables afirmaciones como la siguiente: "[d]e entrada el efecto disuasivo («deterrence efect») no es, ni puede ser, en ningún caso, un argumento a favor de la pena de muerte, porque por encima del principio preventivo se halla en el Estado de Derecho un valor cuyo peso es mucho mayor, que no es otro que la dignidad del ser humano, así como el derecho humano más importante, la vida, que quedan vulnerados por una pena que es intrínsecamente cruel". Vid. DEMETRIO CRESPO, "Sobre el presunto efecto intimidante de la pena de muerte", en GARCÍA MORENO (coord.), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria,* Cuenca, Ediciones de Castilla-La Mancha, 2014, p. 73. Es menester decir en este punto que el concepto de dignidad humana no es un recurso teórico todopoderoso, posibilitador de una afirmación sobre la intangibilidad incondicional del hombre. Sea vista esta compleja noción apuntando hacia un valor intrínseco inherente a la persona o hacia un estatus o rango generalizado, cuando se inserta en el plano jurídico el respeto que exigiría no sería un respeto inquebrantable. Varios bienes que seguramente demandarían respeto desde la perspectiva de la dignidad, como la libertad, son legítimamente afectables por el poder punitivo del Estado. Siendo esto así: ¿qué es, pues, lo que haría de la vida un valor inquebrantable?

sobre ello creemos que hay cierto consenso. Paralelamente, éste no parece ser el caso de la pena de muerte aunque muy posiblemente el sujeto que tendrá por terminada su existencia no presente el vínculo psicológico de desear este fin. Un individuo que viva dentro de un entramado que estipula conductas jurídicamente prohibidas tiene por consecuencia la percepción de algún daño bajo ciertas circunstancias y, de esta forma, el quebrantamiento de normas se convierte en un consentimiento de las penas dado su conocimiento:[40] no sólo decidiríamos en torno a los actos, también *asumiríamos voluntariamente* dichas implicaciones;[41] en las relaciones legales subyace la aceptación voluntaria e irrevocable de la asignación de un perjuicio al ser ejecutados determinados comportamientos.[42] Por tal razón, es de nuestro parecer que cuando la pena de muerte es consecuencia clara y legítima del sistema normativo los ciudadanos culpables, si bien pueden no llegar a desearla, la han aceptado voluntariamente. No vemos arbitrariedad; la ausencia del estado mental no haría a una institución abusiva. Y en todo caso, si llegamos a conceder su rasgo arbitrario por ser inútil esta apelación a la voluntad, ¿acaso las demás penas por los mismos fundamentos no lo serían? ¿Ellas serían criticables por eso? ¿Deberíamos entonces relativizar la aplicación de todas las sanciones a las aleatoriedades actitudinales de los sujetos culpables? Esto iría muy en contra de la naturaleza del derecho y de la permanencia que exigimos cuando acordamos vínculos institucionales de trato intersubjetivo.

Una discusión que se debe presentar en este punto, y que se encuentra latente en los anteriores si son abordados desde cierto ángulo, gravita alrededor de la cuestión sobre la disponibilidad del bien jurídico de la vida. Dado que el castigo es un tema delicado porque pone

[39] Los Colegios de Abogados de Madrid y Barcelona exponen en un breve manifiesto conjunto contra la pena de muerte una lista de razones para mantener su posición, entre ellas: "La pena de muerte es arbitraria e irreversible". ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID - ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA, *Manifiesto contra la pena de muerte*, 2014. Disponible en: http://web.icam.es/bucket/Manifiesto.pdf [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016]. En principio sentimos gran peso en la acusación de su carácter irreversible, pero se nos hace muy cuesta arriba apreciar su carácter arbitrario.

[40] Este elemento además podría motivar interesantes discusiones sobre todo considerando los casos de error y del principio *Ignorantia legis neminem excusat*, cuya validez es un tema controvertido CASS, "Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined", en *William and Mary Law Review*, n.º 17, 1976, pp. 671-699; SEGEV, "Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law *Is No* Excuse? It Might Be a Justification!" en *Law and Philosophy*, vol. 25, 2006, pp. 31-79; VALDÉS, "El aforismo 'ignorantia iuris non excusat' una propuesta de justificación clásica", en *Ars Iuris*, n.º 39, 2008, pp. 303-342.

[41] Vale recalcar que no es mi interés defender aquí una fundamentación consensual de la pena. Sólo destaco un hecho que parece común y en principio no muy difícil de aceptar: la voluntad no se relaciona meramente con nuestros actos sino también con la certeza sobre las consecuencias de nuestros actos.

[42] La pregunta inmediata es: ¿cómo justificar la sujeción hacia dicha irrevocabilidad? Esto tal vez nos remitiría directamente a la condición de la aprobación ciudadana de la distribución de los perjuicios y ello a un Estado democrático de Derecho.

en el tapete justamente la lesión de elementos indudablemente protegibles, vale entonces preguntarnos qué eximiría al bien de la vida de una intervención estatal. Cuando el mero compromiso con una singular concepción de los derechos humanos no luce ventajoso, vale cambiar la estrategia: ¿es acertado incluir el acabamiento de la vida dentro de los linderos del asentimiento? ¿Podemos apelar a la autodeterminación y legislar su fin? ¿Es admisible igualar la vida con algún otro bien como la libertad? Los debates sobre el suicidio o la eutanasia se ciernen con cierta frecuencia alrededor de ello y los razonamientos ofrecidos en estas parcelas de discusión tal vez sean de ayuda para aclarar la prolongación del margen de asuntos de posible afectación penal. HEYMANN, por ejemplo, encuentra en KANT convincentes elementos contrarios al argumento defensor de la disponibilidad de la vida que descansa sobre el suelo de la autodeterminación. El deber kantiano de autorespeto no sólo expresaría la congruencia y acuerdo con nosotros mismos sino fundamentalmente nuestro propio alejamiento y desacuerdo, consecuencia al parecer inevitable dado el tejido temporal de nuestra existencia y la patente susceptibilidad a alterar nuestras convicciones en su transcurso:

> "no hay vida estrictamente momentánea, sino solo retoma de un pasado y comprometiendo un futuro […] El compromiso que constituye la continuidad de la vida es de índole esencialmente 'inacabada', imperfecta como caracteriza KANT toda obligación consigo mismo […] en general, no somos y no podemos pretender en ningún momento dado ser dueños de nuestra vida integral".[43]

La irreversibilidad de la muerte derivaría en limitaciones a las diferencias propias del potencial creador y electivo que mi *yo* autónomo posterior pueda reportar respecto de mi *yo* presente. No podemos asentir contra nuestra vida aduciendo un supuesto señorío de sí porque no nos pertenecemos en el presente. De esta manera, un brillante filósofo como NINO comenta, resguardándose en una completa actitud hipotética, que si nos apoyamos en una noción de la identidad personal demandante de un espacio no constreñido por los cotos de nuestra actualidad —toma como referencia algunas consideraciones parfitianas que en lo esencial, observamos, apuntan a la ideas kantianas comentadas por HEYMANN—, la prohibición de la pena de muerte lejos de reducir nuestra capacidad decisoria podría ser apoyada precisamente por nuestra

[43] HEYMANN, "¿Cuál es la fundamentación kantiana de los derechos humanos?", en *Decantaciones Kantianas. Trece estudios críticos y una revisión de conjunto*, Caracas, Comisión de estudios de Postgrado FHE, 1999, p. 115.

"autonomía".[44] [45] Cierta limitación a las posibilidades de los individuos no se opondría al "principio de autonomía sino que estaría endosada por él". Luego dice:

> "[a]un cuando el yo presente de un individuo juzgue que al disponer de estos bienes realiza en grado máximo un ideal o proyecto personal, un eventual yo futuro, determinado por valoraciones, creencias, actitudes, etc., diferentes, podría sentirse grandemente frustrado por la pérdida de ese bien. En el caso de la disponibilidad de la vida, como es obvio, se impide el surgimiento de ese yo futuro [...] la restricción de la disponibilidad de ciertos bienes no limita sino que, al contrario, maximiza esa autonomía, de acuerdo con lo prescripto por el principio de inviolabilidad, si es que se adopta un punto de vista complejo de la identidad personal que admite que pueda haber distintas personas a lo largo de una misma vida humana [...] No obstante la controvertibilidad de este enfoque de la identidad personal, él parece proporcionar una vía para limitar la disponibilidad de algunos bienes en el marco de una concepción liberal de la sociedad como la que se defiende en este libro. Si ese enfoque se admitiera, él implicaría que no hay posibilidad de consentir válidamente la privación de esos bienes".[46]

El gran grosor de las columnas de estos atractivos argumentos,[47] a nuestro modo de ver las cosas, no se compararía con su fortaleza cuando los retrotraemos a la circunstancia de evaluación y aprobación de la sanción capital. ¿Por qué? La contestación me parece sutil pero no por ello de corto alcance: la instauración del castigo capital no es una decisión cuya motivación sea facultar a los ciudadanos para el acortamiento de sus vidas cuando lo asintiesen. En acordar la creación jurídica de una sanción mortal no subyace la permisión para la eventual abreviación de la vida de

[44] NINO, *supra* nota 7, pp. 473-474

[45] No repasaremos las consideraciones teológicas sobre la indisponibilidad de la vida debido a la extensión que ameritaría la crítica a sus problemáticas asunciones e implicaciones. El argumento de la autonomía me parece mucho más interesante como posible respuesta abolicionista tomando a su vez en cuenta una posible justificación que apunte hacia un Estado laico. Tampoco pasaremos revista a consideraciones que plantearían la extraña existencia de "valores intrínsecos" que generarían "deberes de absoluto respeto".

[46] NINO, *supra* nota 7, pp. 474-476.

[47] Atractivo pero no exento de obstáculos dada la misma variabilidad de nuestra subjetividad: el *yo posterior* igualmente puede frustrarse y lamentarse de no haber ejecutado ciertas decisiones que estaban en manos del *yo anterior*, siendo actualmente su situación irreversible. Limitar la autonomía en el presente no siempre asegura preservarla en el futuro. Por otro lado, imagínese que eliminamos la pena de muerte y la sustituimos, supóngase, por una prisión perpetua, tendríamos que el *yo posterior* igualmente se vería reducido en su autonomía sin mayor posibilidad de hacer modificaciones en su panorama.

los individuos que aprobarían afectar este bien, aunque, es claro, su afectación puede darse voluntariamente mediante la ejecución de determinados comportamientos. *Permitir* estatalmente a un individuo terminar voluntariamente con su vida consiste en el carácter legal de determinadas acciones que asentidas por él mediarían su extinción. De modo contrario, en el caso de la pena de muerte el Estado a pesar de ser la entidad fijadora de un marco fatídico accesible voluntariamente, *mantiene la prohibición* del tipo de conducta que acarrearía su consumación. No vemos entonces cómo la especial clase de "disponibilidad" vital en liza podría oponerse al principio de autonomía en el sentido amplio brevemente considerado, puesto que dicha desavenencia acudiría a un argumento cuyo aparente brío anclaría en lo que pareciera ser un error categorial: confundir el efecto de una sanción con el universo de acciones permitidas al individuo. Para una sociedad donde se estipule la pena de muerte, el atractivo argumento de la identidad continuada en el tiempo a lo sumo se constituiría como otra consideración para que los individuos eviten los delitos que sanciona y no como un elemento restrictivo de sus posibilidades instaurativas.

Permítasenos concluir examinando efímeramente una de las más vigorosas motivaciones contra el castigo máximo. Señalar que la polémica sanción tendría como efecto la ejecución de personas inocentes al considerar las debilidades del sistema judicial, la poca competencia de los jueces, la corrupción de los cuerpos policiales, etc., no luce del todo provechoso; sería un recurso que apela a específicas condiciones empíricas y que debe evaluarse al momento de cuestionarse su instauración efectiva. Visto superficialmente, el gran germen de éxito de este tipo de reclamo parece radicar en la insostenible afirmación sobre la necesidad del error, esto es, la idea de que es imposible en las decisiones por venir condenar únicamente a los sujetos culpables. Sin embargo, recalcamos el carácter superficial de dicha argumentación porque reconociendo el aspecto falible de la administración de justicia y entendiendo el tipo de daño irreversible que proporciona el castigo en discusión, a primera vista el señalamiento de la posible afectación de inocentes luce como una razón lo suficientemente poderosa para sostener serias dudas sobre lo idóneo de su aplicación.[48] No es baladí en este punto indicar que el elevado nivel de justificación que pudiera llegar a poseer la pena capital no es directamente trasladable a su pertinencia aplicativa: es concebible que un filósofo sea abolicionista dado un contexto jurídico-social mientras defienda enérgicamente con bases irrefutables la base ética de ese castigo. Es difícil la aceptación del

[48] SUNSTEIN y VERMEULE contrapesarían este hecho con la apreciable cantidad de vidas inocentes que pudiera salvar el Estado a causa del efecto de la aplicación del castigo capital. Vid. SUNSTEIN/VERMEULE, *supra* nota 18, pp. 26-27. La idea de fondo es que la fuerza del argumento que reprobaría moralmente la acción estatal de ejecutar ciudadanos mediante la institución de la pena de muerte, incluso reconociendo que el error es algo posible, podría ser inversamente utilizado frente a la perjudicial resistencia del Estado de instaurar su aplicación.

acontecimiento contrario: si nuestro filósofo reconoce que no puede ofrecer algún respaldo a la pena de muerte y rehúsa abiertamente cualquier justificación, la insistencia de su parte por la legislación capital haría a muchos dudar de su equilibrio psíquico.

La justificación exitosa de la pena de muerte parece ser razón necesaria pero no suficiente si afrontamos seriamente la pregunta por su establecimiento. La pena de muerte puede ser, pues, justificable mas no aplicable; en ese caso existiría gente que mereciera morir siendo al mismo tiempo razonablemente no ejecutables. Por tal razón, es de nuestro parecer que los defensores del castigo supremo, cuando lo asimilen no sólo como un genuino reto de fundamentación filosófica presto a ser satisfactoriamente respondido y pretendan su encarnación o permanencia institucional, necesitarían argumentar convincentemente a favor de la existencia de un eficiente y probo entramado institucional en el ámbito de la aplicación del castigo y de un diseño procesal que minimice drásticamente el error. La decisión sobre la instauración de la pena de muerte, como en la ingente mayoría de ámbitos donde cotidianamente nos desarrollamos y tomamos decisiones, deberá contar con evaluaciones contextuales entendiendo que su aplicación, sin ceder a posiciones lógicamente censurables, no puede evitar un espacio de incertidumbre y posibilidad. El asunto en este nuevo plano sería la ponderación entre el aspecto válido de la pena de muerte, asumiendo que ello se logre acreditar, y el nivel de eficacia de las actuaciones punitivas como del diseño de los sistemas de justicia. Si está justificada la sanción y tenemos un excelso entramado institucional que garantiza la aplicación justa de la pena, ¿por qué censurarla por algo que muy seguramente no pasará? En contraposición, ¿es posible que algún contexto judicial en el mundo logre o haya logrado un nivel de desarrollo apto para sostener la convicción suficiente sobre la estricta penalización de sujetos culpables? ¿Cuál es el nivel de convicción necesario para ser suficiente cuando el asunto en juego es la vida?[49] Dice LAUDAN: "[o] aceptamos que estamos preparados para aceptar algún grado realista de error en los casos capitales o bien eliminamos la pena de muerte".[50] Si la respuesta a la última pregunta demanda la absoluta certeza de la exclusión del riesgo, pretendiéndose defender el segundo cuerno disyuntivo por la vía de negación del

[49] LAUDAN, en un trabajo pionero que encara el difícil asunto metaepistemológico acerca de la evaluación —en el marco penal— de las reglas y los procedimientos legales de acuerdo con su idoneidad para alcanzar la verdad y reducir el error, aborda cuestiones de este tipo y dice cosas muy interesantes, por ejemplo, y con evidencia empírica en mano, sugiere que en Estados Unidos el sistema en el caso de los procesos capitales funciona probablemente mejor de lo que se debe razonablemente esperar. Aunque ello no obsta para reconocer que la tentativa de reconsiderar y debilitar el estándar de prueba "más allá de toda duda razonable" —que el autor considera una turbio obstáculo epistémico— encuentra en el especial, por irreversible, caso de la pena de muerte un hueso duro de roer. Vid. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology,* New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 57-61.
[50] LAUDAN, *supra* nota 49, p. 60.

primero, entonces habría que preguntarse cuán razonable es tan radical exigencia. No problematizaremos el asunto; me restringiré a la única y simple consideración de que muchas decisiones prácticas y actividades involucran posibles peligros para la vida sin que esto haga fácilmente injustificable la ejecución de tales acciones. Piénsese en algún caso donde alguien para evitar alguna no mortífera pero sí enojosa o dolorosa condición se somete a una intervención quirúrgica de mediana complejidad, o tal vez casos de operaciones militares o policiales que proyecten una baja posibilidad de ocasionar daños colaterales letales.

Me despido del lector recordando el carácter inconcluso de la discusión e insistiendo en su altísima dificultad. Un plano de complejidad tal vez empañado por las trabas afectivas que impone su espinoso objeto. Representarnos y discutir el fin de la vida como consecuencia penal ciertamente es difícil, pero quizá se tiende a descuidar el carácter limitado, frágil y continuamente interrumpible de la existencia; el incisivo proceder de Átropos es el anuncio más inflexible y latente de nuestra creación. Cuando entendemos que la muerte es algo normal, cuando "despojamos a la vida de toda trascendencia"[51] y aceptamos plenamente que el dominio ejercido por los individuos sobre su conducta puede generar beneficios o daños letales en los más diversos ámbitos de la vida, los proteccionismos poco fundamentados ordinariamente lucen cuestionables. Apropiarnos de nuestra finitud, hacerle frente y reconocer que en todo momento nuestras acciones pueden acelerar nuestra destrucción es parte de una mejor actitud reflexiva frente al engorroso tema brevemente abordado y, en general, de nuestra condición adulta.

V. Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Error Capital. La pena de muerte frente a los derechos humanos,* Madrid, Edai, 1999.

— La pena de muerte: preguntas y respuestas, abril de 2007, Índice AI: ACT 50/010/2007.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas* (trad. Juan Antonio DE LAS CASAS), Bogotá, Temis, 2003 [1764].

[51] Tomo la expresión de las conversaciones con el Prof. Francisco Delgado acerca de algunas objeciones que planteo en esta sección.

BERMAN, Mitchell, "Castigo y justificación" (trad. Julia PARRA y Marcelo FERRANTE), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, vol. 9, 2008. Disponible en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2935&id_item_menu=5858 [enlace verificado el día 4 de noviembre de 2016].

BOONIN, David, *The Problem of Punishment,* New York, Cambridge University Press, 2008.

BOWERS, William J./PIERCE, Glenn L., "The illusion of deterrence in Issac Ehrlich's research on capital punishment," en *Yale Law Journal*, n.º 85, Dec. 1975, pp. 187-208.

CAMUS, Albert, "Sobre la Guillotina" (trad. Miguel SALAHERT), en GUELBENZU, José María (ed.), *Albert Camus. Obras, 3*, Madrid, Alianza, 1996, pp. 465-599.

CARRITT, Edgar, *Ethical and Political Thinking,* Oxford, Clarendon Press, 1947.

CASS, Ronald, "Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined", en *William and Mary Law Review,* n.º 17, 1976, pp. 671-699.

COMMITTEE ON DETERRENCE AND THE DEATH PENALTY - NAGIN, D.S/PEPPER, J.V. (eds.), *Deterrence and the Death Penalty*, Washington, The National Academies Press, 2012.

CORLETT, Angelo, *Responsibility and Punishment*, Dordrecht, Springer, 2006.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Sobre el presunto efecto intimidante de la pena de muerte", en GARCÍA MORENO, Beatriz (coord.), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria,* Cuenca, Ediciones de Castilla-La Mancha, 2014.

DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática,* Madrid, Taurus, 1981.

DONOHUE, John/WOLFERS, Justin, "Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate", en *Stanford Law Rev*iew, vol. 58, 2005, pp. 791-845.

EHRLICH, Isaac, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death", en *The American Economic Review*, vol. 65, n.º 3, 1975, pp. 397-417.

FERRANTE, Marcelo, "Filosofía del Derecho penal", en FABRA, Jorge (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2015, vol. 3, cap. 57, pp. 2087-2108.

GARCÍA, Guillermo/PÉREZ, Joan, "La pena de muerte ante la construcción de un orden civilizatorio global", en *Documento de opinión, Instituto Español de Estudios Estratégicos*, vol. 108, 2015.

HART, Hebert L. A., *Punishment and Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2008 [1968].

HEGEL, George W. F., *Propedéutica filosófica* (trad. Eduardo VÁSQUEZ), Caracas, Equinoccio, 1980.

HEYMANN, Ezra, "¿Cuál es la fundamentación kantiana de los derechos humanos?", en *Decantaciones Kantianas. Treces estudios críticos y una revisión de conjunto,* Caracas, Comisión de estudios de Postgrado FHE, 1998.

HOBBES, Thomas, *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. Manuel SÁNCHEZ SARTO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005 [1651].

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID - ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA, *Manifiesto contra la pena de muerte*, 2014. Disponible en: http://web.icam.es/bucket/Manifiesto.pdf [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

KANT, Inmanuel, *Metafísica de las costumbres* (trad. Adela CORTINA y Jesús CORNILL), Madrid, Tecnos, 1989 [1785].

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto VERNENGO), México, Porrúa, 2000 [1934].

KRAMER, Matthew, *The Ethics of Capital Punishment. A Philosophical Investigation of Evil and Its Consequences,* New York, Oxford University Press, 2011.

LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology,* New York, Cambridge University Press, 2006.

MCCLOSKEY, Henry John, "A Non-Utilitarian Approach to Punishment", en *Inquiry,* vol. 8, 1965, pp. 249- 263.

MILL, John, S., "Speech in Favour of Capital Punishment", en SINGER, Peter (ed.), *Applied Ethics,* New York, Oxford University Press, 1986, pp. 97-104.

NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación.* Buenos Aires, Astrea, 1989 [1984].

OTTO REUSS, Carlos, "Entrevista a Pedro Oliver Olmo", en *Mi Ciudad Real*, 9 de marzo de 2009. Disponible en: http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1812 [enlace verificado el día 4 de noviembre de 2016].

RABOSSI, Eduardo, "Sobre la justificación moral de las acciones: El tema del castigo" en *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía,* vol. 4, n.º 10, 1970, pp. 3-46.

RACHELS, James, *Introducción a la filosofía moral* (trad. Gustavo ORTIZ MILLÁN), México, Fondo de Cultura Económica, 2006 [2003].

RAWLS, John, "Dos conceptos de reglas" (trad. Manuel ARBOLI), en FOOT, Philippa (ed.), *Teorías sobre la ética*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 210-248.

SEGEV, Re'em, "Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law *Is No* Excuse? It Might Be a Justification!", en *Law and Philosophy*, vol. 25, 2006, pp. 31-79.

SUNSTEIN, Cass, R./VERMEULE, Adrian, "Is Capital Punishment Morally Required? The Relevance of Life-Life Tradeoffs", en *John M. Olin Law & Economics,* Working Paper n.º 239 (2D SERIES), marzo de 2005.

VALDÉS, Jacinto, "El aforismo 'ignorantia iuris non excusat' una propuesta de justificación clásica", en *Ars Iuris*, n.º 39, 2008, pp. 303-342.

WOOD, David, "Retribution, Crime, Reduction and the Justification of Punishment", en *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 22, n.º 2, 2002, pp. 301-321.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y CONVICCIÓN JUDICIAL*

Prof. Dr. Wolfgang FRISCH**

Sumario

I. Recolección de prueba y valoración de la prueba; II. Reglas de prueba legales, su problemática y la transición hacia la libre valoración de la prueba; III. La convicción de la comisión del hecho como presupuesto de la condena. Crítica y alternativas; IV. Primera evaluación: La probabilidad objetiva ¿una alternativa productiva?; V. El retorno a la convicción y segunda evaluación; VI. Acerca de la estructura de la valoración de la prueba: la valoración de la prueba como examen de hipótesis a partir de fundamentos; VII. La convicción judicial como resultado de la valoración de la prueba, acorde a la razón práctica, que presupone una alta probabilidad.

La valoración de la prueba ha constituido desde siempre un aspecto central del proceso penal. Ella tiene lugar en todo proceso penal, incluso —según la jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional— en los casos en que la confesión se produce en el marco de un acuerdo. De este modo, los principios de la valoración de la prueba resultan significativos en muchos más casos que todas las teorías del derecho material, que sólo adquieren relevancia en alguno que otro caso. Aun para el acusado la valoración de la prueba tiene mucha mayor importancia que muchas teorías del derecho material. Por regla general, es la valoración de la prueba la que decide acerca de si un acusado debe ser condenado a una pena o absuelto. Esto resulta mucho más fundamental que cuando lo que se discute es si el condenado debe ser declarado culpable por autoría, instigación o participación.

---

* *Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung*, publicado en ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com), 10/2016, pp. 707-714, accesible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_10_1056.pdf. Traducción de Patricia S. ZIFFER (Universidad de Buenos Aires). *Nota del original alemán*: Texto, complementado con notas, de la conferencia dada por el autor el 23 de septiembre de 2015, en el marco de la "Escuela de Verano de Juristas de América Latina", en la Universidad de Göttingen (Director de la Escuela de Verano: Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos). El estilo original de conferencia fue conservado en su publicación.

** Profesor emérito de Derecho Penal, Procesal Penal y Teoría del Derecho, de la Universidad de Freiburg i.Br.

A esta importancia elemental de la valoración de la prueba se contrapone un tratamiento científico evidentemente insuficiente. Las investigaciones científicas sobre valoración de la prueba son poco frecuentes.[1] La ciencia deja este campo, en gran medida, en manos de la práctica. Este desinterés sería comprensible si, desde la perspectiva de la ciencia, no hubiera nada que decir sobre el tema "valoración de la prueba". Pero este no es el caso. La "valoración de la prueba" plantea una serie de cuestiones muy fundamentales, que sólo pueden ser respondidas en forma realmente convincente sobre la base de reflexiones teóricas y científicas intensas. Por lo demás, sólo sobre la base de ese sustento teórico es posible tomar posición fundadamente con relación a ciertos casos problemáticos de la valoración de la prueba, como por ejemplo, los casos de "declaración contra declaración".[2]

I. Recolección de prueba y valoración de la prueba

Sin embargo, antes de ingresar al análisis de estas cuestiones fundamentales de la valoración de la prueba, me parece necesario decir algo más acerca del propio objeto a tratar, esto es, respecto de qué se entiende por valoración de la prueba, qué es lo que ella presupone conceptualmente y cuál es su finalidad en el proceso penal.

La valoración de la prueba en sentido estricto —que es la que aquí nos interesa— se vincula con la producción de la prueba. Aquella presupone que las pruebas a ser consideradas en el caso concreto a ser considerado han sido producidas.[3] Es decir, se presupone que el tribunal ha escuchado a los testigos, que se ha tomado vista directa de posibles piezas probatorias y que el acusado, en tanto hubiera estado dispuesto a declarar, ya ha sido escuchado. En la medida en que

[1] Cf., de la muy inabarcable bibliografía, sobre todo, Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.ª ed., 1963, pp. 60 ss., 75 ss.; Erb, en: Hanack / Hilger / Mehle / Widmaier (comp.), *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002*, 2002, p. 77; Freund, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung"*, 1987; *idem*, en: Eser / Goydke / Maatz / Meurer (comp.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag*, 2001, p. 409; Frisch, en: Bruns / Kern / Münch / Piekenbrock / Stadler / Tsikrikas (comp.), *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 849; Frister, in: Samson / Dencker / Frisch / Frister / Reiß (comp.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 1999, p. 169; Hoyer, ZStW, t. 105 (1993), p. 523; Stein, en: Wolter (comp.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, 1995, pp. 233 ss.; del ámbito del proceso civil, p. ej., Greger, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, 1978; Walter, *Freie Beweiswürdigung*, 1979.

[2] Cf., al respecto, p. ej., Frisch, en: Wolter (comp.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK*, t. 7, 4.ª ed, 2014, § 337 n.° m. 130; Brause, NStZ 2007, p. 505; Sancinetti, en: Freund / Murmann / Bloy / Perron (comp.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 1233; Schmandt, StraFo, 2010, p. 446.

[3] Lo cual obviamente no escluye que, en el marco de la valoración de la prueba, sea necesario producir una vez más el recabamiento de la prueba.

resulten de interés, los documentos deben ser leídos; cuando se hubiera requerido un perito, éste debe haber presentado su dictamen. Brevemente: se hallan disponibles las informaciones para adoptar una decisión concluyente acerca de la acusación.

Ahora bien, con frecuencia se plantean las siguientes preguntas: ¿son suficientes las pruebas producidas (o bien, disponibles), como para declarar culpable al acusado en el sentido de la acusación? ¿Son suficientes para probar que el acusado realmente ha cometido el suceso fáctico que se le reprocha en la acusación? ¿O son muy débiles, o no alcanzan, para probar eso? Determinar esto, en cierta medida, es la finalidad de la valoración de la prueba.

Como se advierte sin dificultad, las cuestiones así planteadas sólo podrán ser respondidas, en el caso particular, si se tiene una idea clara acerca de cuándo existe, en este aspecto fundamental, prueba suficiente para una condena. Esta pregunta básica, a lo largo del tiempo, ha sido respondida de diferentes formas. En principio, aún hoy no existe un acuerdo completo acerca de cuál es la respuesta correcta.[4]

II. Reglas de prueba legales, su problemática y la transición hacia la libre valoración de la prueba

Durante mucho tiempo la ley decía en forma muy concreta qué pruebas tenían que darse para la condena del acusado. Es decir, que existían reglas de prueba legales que determinaban cuándo el acusado podía, o debía, ser condenado.[5] Tales regulaciones legales con relación a las pruebas que necesariamente conducían a una condena, o bien, que la fundaban en la ley, las encontramos en muchos países de Europa hasta la primera mitad del siglo XIX.[6] Por lo general, se consideraba prueba suficiente el testimonio de dos testigos directos del hecho, así como también la confesión

[4] Cf. las explicaciones de Geyer, en: Holtzendorff (comp.), *Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, 1879, t. 1, pp. 198 ss.; Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß*, 1883, pp. 12 ss.; Krieter, *Die historische Entwicklung der Prinzipien der freien Beweiswürdigung im Strafprozeß*, 1926, pp. 6 f.; Küper, *Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, 1967, pp. 125-141; Mittermaier, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, 1834, pp. 15 ss.; Thäle, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*, 1993, pp. 26 s., con otras referencias.

[5] En profundidad sobre esta sujeción del juez a las reglas de prueba legales, Küper (nota 4), pp. 127 ss.; *ídem*, en: Haddenhorst / Wasserburg (comp.), *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters zum 80. Geburtstag*, 1984, p. 23 ss.; Nobili, *Die richterliche freie Überzeugungsbildung*, 2001 (traducción de la versión original italiana: *Il principio del libero convincimento del giudice*, 1974), pp. 81 ss.; Walter (nota 1), pp. 37 ss., 56 ss.

[6] Cf. la exposiciones de Geyer (nota 4), pp. 198 ss.; Glaser (nota 4), pp. 12 ss.; Krieter (nota 4), pp. 6 s.; Küper (nota 4), pp. 129-141; Mittermaier (nota 4), pp. 15 ss.; Thäle (nota 4), pp. 26 s. con otras referencias.

del autor.[7]

En su forma originaria, estas reglas eran la expresión de una teoría positiva de la prueba. Las pruebas mencionadas, al menos en la medida en que estuvieran cumplidos ciertos requisitos formales, producían plena prueba (positiva) de que el acusado había cometido el hecho que se le reprochaba. Por tanto, si estas pruebas estaban presentes, el juez tenía que condenar. Por mucho tiempo, no se veía en esto nada problemático.[8] Sólo paulatinamente se fue imponiendo la idea de que una teoría positiva de la prueba encierra un alto peligro de conducir a la condena de inocentes:[9] los dos testigos pudieron haber mentido, o quizá ni siquiera había habido testigos directos del hecho, así como también la confesión podía ser falsa, especialmente porque —como era admisible en ese entonces— ella había sido obtenida mediante tortura.

Por cierto, estas opiniones no condujeron en forma directa e inmediata a un rechazo de las reglas de prueba legales. En general, sólo produjeron que, en el lugar de una teoría positiva de la prueba, apareciera una teoría negativa de la prueba.[10] Conforme a esto, el testimonio de dos testigos directos del hecho o la confesión ya no *obligaban* al juez a condenar —en el sentido de una condición suficiente—. Antes bien, tales elementos sólo eran una condición necesaria para que el juez *pudiera* condenar a una pena (ordinaria).[11] Por tanto, aun cuando estas pruebas estuvieran presentes, si el juez tenía dudas de peso acerca de que el acusado hubiera cometido el hecho, podía absolver. Sólo que no podía condenar, si no estaba presente el testimonio de cargo de dos testigos directos o una confesión. Es decir, que tenía una libertad a medias, que fue defendida con énfasis

[7] Cf., al respecto (para la confesión), art. 22, y (para la prueba de testigos), art. 67, de la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532; en profundidad sobre el derecho probatorio, Schoetensack, *Der Strafprozeß der Carolina*, 1904, pp. 41-82.

[8] Como ejemplo de un ordenamiento procesal que obligaba a una teoría positiva de la prueba aún a comienzos del siglo XIX, se puede dar el Ordenamiento Criminal Prusiano, de 1805 (allí, §§ 370 ss.).

[9] Cf., p. ej., las diferenciadas reflexiones de Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen* (*Dei delitti e delle pene*, 1765), versión alemana de Alff, 1966, sobre la prueba de testigos (Capítulo XIII), de indicios (Capítulo XIV), y, sobre la tortura (Capítulo XV); Filangieri, *System der Gesetzgebung* (*La sciencia della legislazione*, 1780-1785), versión alemana de J. C. Siebenkees, 2.ª ed., 1788-1791, t. 3, pp. 228 ss.; Voltaire, en: Moland (comp.), *Oeuvres completes*, 1785–1789, t. 19, § XXIII, p. 264; otras referencias sobre las tomas de posición de la filosofía de la Ilustración en Nobili (nota 5), pp. 99 ss.

[10] Significativo en este contexto, Filangieri (nota 9), pp. 228 ss.; sobre la recepción de este punto de vista en la bibliografía alemana, Küper (nota 4), pp. 140 ss., 236 ss.; Walter (nota 1), pp. 66 s.; sobre la distinción entre teoría de la prueba positiva y negativa, v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (481 ss.); Krieter (nota 4), pp. 3 s., 7 ss.; Nobili (nota 5), pp. 154 ss. Como ejemplo de una realización de la teoría negativa de la prueba, se puede dar el Ordenamiento Procesal Penal de Baden, de 1845 (allí, § 270).

[11] Cf. Küper (nota 4), p. 191: "Función de control" de la convicción judicial.

por significativos procesalistas aún hasta mediados del siglo XIX.[12] No se le quería conceder al juez libertad plena para la valoración, porque se temía que, sin los presupuestos legales mínimos para una condena (dos testigos o la confesión), se podría llegar a condenas arbitrarias,[13] y no en último término, debido a que, por ese entonces, los jueces no contaban con independencia y estaban sometidos a la influencia de los señores feudales.

Finalmente, la época de esta teoría negativa de la prueba, con su prescripción de concretos elementos mínimos de prueba también quedó superada. La teoría se vio obligada a ceder, en razón de que quedaron a la vista sus debilidades, y la necesidad de sostenerla fue desapareciendo paulatinamente. Las falencias de la teoría saltan a la vista: ella impide una condena, aun a pesar de la existencia de pruebas contundentes (p. ej., un testigo del hecho y numerosos indicios claros), cuando faltan las pruebas definidas legalmente como necesarias.[14] Y la disposición a continuar asumiendo estas consecuencias, iba desapareciendo cada vez más, a medida en que disminuía la preocupación ante la arbitrariedad judicial y la manipulación de la judicatura. La garantía de la independencia judicial, que fue quedando plasmada en muchas constituciones europeas durante el curso del siglo XIX,[15] y la confianza creciente en la capacidad de juicio de los jueces, fueron importantes presupuestos en esa dirección. Así, no sorprende que a lo largo del siglo XIX, la concepción de reglas de prueba legales se haya ido abandonando cada vez más y haya sido sustituida por una libre valoración de la prueba —al principio, en los ordenamientos procesales penales de los Estados particulares;[16] posteriormente, también en el Ordenamiento Procesal Penal

[12] Cf., p. ej., Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, 1813, pp. 132 ss.; Mittermaier (nota 4), pp. 84 ss.; Zachariä, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, 1846, pp. 185 ss.; para el proceso civil, p. ej., Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 1801, t. 2, p. 255; v. Grolmann, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, 1800, p. 120; Reinhardt, *Handbuch des gemeinen teutschen ordentlichen Processes*, t. 1, 1823, p. 372.

[13] Así, Mittermaier (nota 4), pp. 120 s.; otras referencias, en profundidad, Küper (nota 4), pp. 218 s.; véase también Nobili (nota 5), pp. 144, 153 ss.; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª ed., 1965, pp. 329, 333 (reproducción de una toma de posición de v. Gagern), 334, 335, 339 s., 341 s.; v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (474, relativizaciones).

[14] Acerca de tales casos, su problemática y los enfoques de solución desarrollados primeramente para su solución, cf. Frisch (nota 1), pp. 865 ss.

[15] Cf., p. ej., las constituciones de Baviera (1818, allí, el Título VIII, § 3); Baden (1818, allí, § 14), Württemberg (1819, allí, § 93), Chur-Hessen (1831, allí, § 123), Sachsen (1831, allí, § 47), Prusia (1848, allí, § 85) y la Constitución de Frankfurt *(Paulskirchenverfassung)*, de 1849 (allí, § 175); al respecto, en profundidad, Kotulla, DRiZ, 1992, p. 285.

[16] Cf., p. ej., para Prusia, la ley del 17/7/1846 (allí, § 19) y la Ordenanza del 3/1/1849; al respecto, con mayor detalle, Küper (nota 4), pp. 221 ss., 238 s., y Krieter (nota 4), pp. 24 s.; respecto de otros Estados particulares, Geyer, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafverfahrens*, 1880, pp. 700 s.; v. Kries, *Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, 1892, pp. 61 s.; Krieter (nota 4), pp. 12-18 y 27-65; Sundelin, *Sammlung der neueren deutschen Gesetze und Strafverfahren*, 1861, pp. 158 s. (Hannover, § 156), 204 (Hessen, Título 1.°, art. 5), 436 (Sachsen-Altenburg, art. 238), 494 (Oldenburg, Título 1.°, art. 5) y 641 (Sachsen, Cap. 1.°, art. 10); acerca de la introducción (impuesta) muy anterior, de la libre valoración de la

del *Reich* de 1877[17]—. A partir de ese momento, los jueces, al valorar las pruebas, ya no debían estar sujetos a reglas de pruebas legales, sino que contaban con libertad para hacerlo.

Como es natural, no fueron sólo las evidentes debilidades prácticas y la modificación de circunstancias externas las que allanaron el camino hacia el principio de la libre valoración de la prueba. También las ideas en materia de teoría del conocimiento y de la ciencia favorecieron esta transformación.[18] La ciencia del derecho penal, con formación en filosofía, y la legislación de fines del siglo XVIII y del siglo XIX,[19] vio con toda claridad que en la valoración de la prueba, de lo que se trataba era de problemas a cuya solución las reglas legales poco podían aportar.[20] En lo central, de lo que se trata es de reconstruir una parte del pasado: si la situación de hecho que se le reprocha al acusado ocurrió en el pasado, o bien, si es posible partir de ello.[21] A este respecto, cumplen un papel las más diversas opiniones sobre la experiencia, las cuales, en su complejidad, nunca se pueden reducir a unas pocas reglas de pruebas legales.

III. La convicción de la comisión del hecho como presupuesto de la condena. Crítica y alternativas

Por cierto, al pasar de la concepción de reglas de prueba legales al principio de la libre —de reglas de prueba legales— valoración de la prueba, se produjo un vacío: ¿qué podía reemplazar a aquellos requisitos concretos de prueba de los cuales dependía la condena, en la concepción de la

prueba para jueces profesionales en Italia, cf. Nobili (nota 5), pp. 164 ss.; un panorama sobre el ulterior desarrollo, en v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (482 s.).

[17] Allí, hasta 1924, como § 260; después, como § 261.

[18] Cf., al respecto, p. ej., Küper (nota 5, *Festgabe für Karl Peters*), pp. 33 ss.

[19] Cf., con relación al presente contexto de problemas, p. ej., Jarcke, Neues Archiv des Criminalrechts, t. 8 (1825), p. 97 (100 ss.); *ídem*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), p. 129 (144 ss., 149 ss., 158); Mittermaier (nota 4), p. 126 ss.; *v. Savigny*, GA, t. 6 (1858), p. 471 (476, 481 ss., 485 s.); Weber, Neues Archiv des Criminalrechts, t. 8 (1825), p. 557 (568 s.).

[20] Así, con toda claridad, ya (en contraposición con una así llamada teoría de la prueba legal) el Dictamen de la Comisión de Justicia Inmediata del Reino de Prusia sobre el Tribunal de Jurados, 1819, Parte 1.ª, pp. 8 ss.; Feuerbach (nota 12), p. 126; Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, t. 1, 1883, pp. 740 ss.; Grävell, *Prüfung der Gutachten der Preußischen Immediatkommission*, 1819, t. 2, pp. 106 s., 142 (quien, empero, se halla en los límites de abogar en favor de una teoría de la prueba legal); v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (488 ss.); de la doctrina procesal civil del siglo XIX, Endemann, *Die Beweislehre des Civilprozeses*, 1860, pp. 67 s., 623 ss.

[21] Así, Sobre el paralelismo sobre el trabajo del juez al valorar la prueba y el del historiador, cf., p. ej., Jarcke, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), p. 129 (144 s.); Abegg, *Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses*, 1855, pp. 140 s.; otras referencias de la bibliografía italiana, *Nobili* (nota 5), pp. 38 s., quien, sin embargo, él mismo es escéptico, debido a la desvinculación del contexto normativo (pp. 40 s.).

teoría de las pruebas legales?

La respuesta del legislador —no sólo del alemán, sino del de muchos otros Estados— no consistió, ni consiste, en la sustitución de la antigua plena prueba por otros requisitos diferenciados objetivamente. La ley produjo un giro radical, casi copernicano. A partir de ese momento, el presupuesto para una condena debía ser —hasta hoy— una situación subjetiva.[22] Lo decisivo es la convicción del juez. El tribunal sólo puede condenar, si llega a la convicción de que el acusado ha cometido el hecho que se le reprocha. Por cierto, si tiene esa convicción, también tiene que condenar. Usualmente, por convicción se entendía, y se sigue entendiendo, la certeza personal del juez.[23] Otros hablan de un "tener por cierto" subjetivo fundado en razones.[24]

La decisión legal de hacer depender una condena de la convicción del juez, ya al momento de ser introducida esta concepción, no estuvo exenta de discusiones.[25] Incluso hoy, no pocos continúan atacándola.[26] Tanto en ese entonces como hoy, los críticos de la ley objetan el peligro y la irracionalidad del requisito de la convicción. Según esto, el requisito resultaría peligroso, porque se conforma con un estado subjetivo, la convicción o la *"intime conviction"*, a pesar de que para ese estado subjetivo pudiera no haber absolutamente ningún fundamento suficiente desde una perspectiva objetiva (tal como elementos de prueba con una alta probabilidad). En opinión de sus críticos, tal requisito es irracional, porque los elementos de prueba, desde una perspectiva objetiva (de las ciencias naturales), en todo caso, sólo podrían aportar, con respecto al suceso a ser probado, una determinada probabilidad más o menos alta. Resultaría racionalmente incom-

[22] Excelente panorama sobre la evoluación en los Estados particulares, en Geyer (nota 16), pp. 146 ss.; 155 ss.; en Austria, allí mismo, p. 182 ss., y en Krieter (nota 4), pp. 12-65; véase además en Kunz, ZStW, t. 121 (2009, p. 572 (583 s.: otros Estados); Nobili (nota 5), pp. 147 ss. (Estados alemanes); v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (472 s., 482 s.); Schmidt (nota 13), pp. 332-337; Schwinge, *Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*, 1926, pp. 6 pp., 66 ss. Respecto de Francia, cf. art. 342 del *Code d'instruction criminelle* de 1808; anteriormente, ya el Decreto de 1791 y las leyes de 1795 y 1801; exposición del desarrollo en Nobili (nota 5), pp. 119 pp., 139 ss., y Walter (nota 1), pp. 68 ss.

[23] Cf., p. ej., Krug, *Von der Überzeugung nach ihren verschiedenen Arten und Gründen*, 1797*pássim*, que está muy citado en la doctrina procesal de su tiempo; Stübel, *Über den That-bestand der Verbrechen*, 1805, §§ 181-183 (pp. 243-246), §§ 188 s. (pp. 249 s.); Weber, Neues Archiv des Criminalrechts, t. 8 (1825), p. 557; Mittermaier (nota 4), pp. 73 s.; asimismo, la doctrina hoy dominante, cf., p. ej., Frister (nota 1), p. 184; Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (593 ss.); en cada caso, con otras referencias.

[24] Así, Mittermaier, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, t. 1, 4.ª ed., 1845, § 86 (pp. 524 s.); de modo similar ya en la 2.ª ed., 1832, t. 1, pp. 357 s.; anteriormente, ya Jarcke, Neues Archiv des Criminalrechts, t. 8 (1825), p. 97 (115), e *ídem*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), pp. 129 (150, 152 s.).

[25] Cf., p. ej., Schede, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 8 (1828), pp. 31 ss. (suficiente con la probabilidad).

[26] Cf., p. ej., del tiempo reciente, Freund (nota 1, *Tatsachenfeststellung*), pp. 47, 102; Hoyer, ZStW, t. 105 (1993), pp. 523 (533); Stein (nota 1), pp. 253 ff., 256 s.

prensible de qué manera el juez, sobre la base de esa situación objetiva, pudiera llegar a la certeza o a la convicción subjetiva. En lugar de pedirle al juez conclusiones no comprensibles racionalmente, se deberían precisar los presupuestos objetivos necesarios, pero también suficientes, para una condena.[27]

IV. Primera evaluación: La probabilidad objetiva ¿una alternativa productiva?

La crítica esbozada, en parte, está justificada. Naturalmente, para una condena no podría ser suficiente con que el juez estuviera subjetivamente convencido, sin que hubiera una base objetiva suficiente para esa convicción. Por cierto, en este punto, la crítica resulta, además, algo anacrónica. Pues antes de la introducción del requisito de la convicción se discutió intensamente con respecto a cuál sería una base adecuada para una condena: la existencia de determinada probabilidad o la convicción.[28] La decisión a favor de la convicción no fue pensada en el sentido de una renuncia a una determinada medida de probabilidad objetiva. Antes bien, se pensaba que únicamente una cierta probabilidad de comisión del hecho por parte del acusado no podía ser suficiente para la legitimación de una condena. El juez debía no sólo considerar probable aquello que se le reprochaba al acusado, sino que debía "tenerlo por verdadero", y en este sentido, estar convencido de la comisión del hecho por parte del acusado.[29]

La decisión así adoptada en contra del concepto de la probabilidad como presupuesto central de la condena merece aprobación aún desde una perspectiva actual. Su corrección queda puesta de manifiesto a partir de reflexiones adicionales. En efecto, para la legitimación de la condena y la punición del acusado nunca podría ser suficiente una probabilidad cualquiera. En todo caso, podría ser suficiente una probabilidad muy alta. Pero ¿cómo debe ser definida realmente, en forma más precisa, esta alta probabilidad, de modo tal que se sepa exactamente a qué se está haciendo referencia con este requisito y que todos los tribunales partan de la misma medida de probabilidad como presupuesto de una condena? La idea quizá más obvia, de precisar un cierto grado de

[27] Cf. Freund (nota 1, *Tasachenfeststellung*), pp. 56 ss.; Stein (nota 1), pp. 247 ss.; acerca del intento de una precisión numérica del *"reasonable doubt-standard"* en el proceso penal, Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (595 ss.).

[28] Acerca de la discusión sobre esta cuestión, cf. sobre todo la discusión entre Schede, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 8 (1828), pp. 31 ss. (suficiente con la probabilidad), y Jarcke, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), p. 129 (necesidad de la convicción).

[29] Un hito rector, sobre todo, Jarcke, Neues Archiv des Criminalrechts, t. 8 (1825), p. 97 (115 ss.) y, a su vez –en la contraposición mit Schede, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 8 (1828), 31 ss.–, *ídem*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), p. 129 (149 ss., 156 ss.); pero antes también ya Stübel (nota 23), pp. 249, 334; posteriormente, resumiendo, Mittermaier (nota 4), p. 74 s.

probabilidad exigida,[30] no sirve de demasiada ayuda.[31] Esto, no sólo porque ya la determinación de este grado —¿90, 95 ó 98%?— conduciría a una decisión en blanco, dado que no se puede argumentar a favor de ninguno de estos valores numéricos de manera realmente convincente. Además, la fijación de tales grados de probabilidad carecería de sentido. Pues sólo en muy pocos casos[32] es posible explicitar en números el valor probatorio de los elementos de prueba disponibles en el sentido de un grado de probabilidad.[33] Brevemente: por esta vía no es posible avanzar,[34] como lo demuestra, además, una serie de intentos fallidos. El único enfoque que queda como posible, entre los puntos de partida de la probabilidad que pueden ser discutidos seriamente, es, en principio, el de la "probabilidad lindante con la seguridad".[35] Me parece que también con esto se hace referencia a una medida suficiente de probabilidad para la legitimación de una condena. Sin embargo, también este concepto es mucho menos claro que lo que aparenta al comienzo. Pues, ¿qué es lo que convierte a la probabilidad en una "probabilidad lindante con la seguridad"? ¿Se trata de un grado especialmente alto de probabilidad? Como ya se dijo, por esta vía no es posible avanzar demasiado hacia una precisión practicable. ¿O de lo que se trata es de otra cosa? La probabilidad lindante con la seguridad ¿es ofrecida (representada) por otra cosa? Pero ¿qué es eso que debe estar presente para que exista una probabilidad suficiente para una condena?

V. El retorno a la convicción y segunda evaluación

Vale la pena volver aquí a la alternativa del enfoque de la probabilidad, es decir, a la convicción. Este concepto resulta mucho más fructífero y adecuado que lo que sostienen sus críticos. Esto se advierte, paradójicamente, al examinar una de las críticas en contra de la

[30] Cf., p. ej., los enfoques en la doctrina escandinava, en Ekelöf, ZZP, t. 75 (1962), p. 289 (292); en Alemania, especialmente, Bruns, ZZP, t. 91 (1978), p. 647; Schreiber, *Theorie des Beweis-werts für Beweismittel im Zivilprozeß*, 1968; otras referencias en Greger (nota 1), pp. 93 ss. y Walter (nota 1), pp. 142 ss.

[31] Al respecto, con mayor profundidad sobre lo que sigue, Frisch (nota 1), pp. 872 s.

[32] Así, p. ej., cuando existen expresiones estadísticas sobre la seguridad de acierto de determinados resultados de investigaciones; cf., p. ej., sobre los análisis de ADN, Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (598).

[33] Piénsese sólo en la cuestión del valor probatorio de los indicios particulares de círculos de indicios o cadenas de indicios de diferente constitución.

[34] Acertadamente, Frister (nota 1), pp. 180 s.; Greger (nota 1), pp. 49 ss., 102 ss.; Stürner, en: Picker / Wilhelm / Richardi (comp.), *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010*, 2010, p. 809 (816); Walter (nota 1), pp. 175 ss.

[35] Cf., a favor de eso, p. ej., Fincke, GA, 1973, p. 266 (272); Kühne, Strafprozessrecht, 9.ª ed., 2015, § 56, n.° m. 947; Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (594 s.); de la jurisprudencia del RG, p. ej., RGSt, t. 61, p. 202 (206).

exigencia de la convicción. La objeción ya fue mencionada, y reza:[36] los elementos de prueba sólo aportan, por regla general, una mayor o menor probabilidad. Frente a esto, no se entendería cómo el juez, no obstante, podría llegar a la convicción. Aquí se estaría exigiendo, en el fondo, algo irracional, que no serviría como base para una condena. Esta objeción sólo sería correcta si el juez realmente construyera su convicción sólo a partir de la (alta) probabilidad objetivamente dada. De hecho, sería irracional tener simplemente por cierto (y estar convencido), sin más fundamentos, de algo que, objetivamente, en los esquemas de la probabilidad, sólo resulta muy probable. Pero posiblemente esto no sea así. Posiblemente el juez, cuando tiene algo por cierto y está convencido de ello, tiene fundamentos completamente racionales, a pesar de que la situación que tiene por acreditada, según los parámetros de cómputo de la probabilidad, sólo resulte más o menos probable. Para anticipar el resultado: esto es efectivamente así y se perfila ya en la delimitación conceptual de la convicción. Ella es descripta, una y otra vez, como una certeza o como un "tener fundadamente por verdadero",[37] con lo cual, naturalmente, a lo que se hace referencia siempre es a fundamentos que justifiquen, que sean "objetivamente suficientes".[38] Estos fundamentos, que sostienen la convicción, se patentizan cuando, para concluir, volvemos a darle un vistazo a la estructura de la valoración judicial de la prueba.

VI. Acerca de la estructura de la valoración de la prueba: la valoración de la prueba como examen de hipótesis a partir de fundamentos

Mucho se ha pensado y escrito acerca de la estructura de la valoración de la prueba —en relación con investigaciones de filosofía—, sobre todo, en la bibliografía procesal de fines del siglo

[36] Cf., p. ej., del tiempo reciente, Freund (nota 1, *Tatsachenfeststellung*), pp. 47, 102; Hoyer, ZStW, t. 105 (1993), p. 523 (533); Stein (nota 1), pp. 253 ss., 256 s.

[37] Cf., p. ej., Abegg (nota 21), pp. 138 ss.; Jarcke, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), pp. 129 (133 y *pássim*, p. ej., 138, 140 s., 144 s., 150 s.); también v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (484 s.); Mittermaier (nota 24), § 86 (pp. 524 s.); de modo similar, ya en la 2.ª ed., 1832, t. 1, pp. 357 s.; anteriormente, ya Jarcke, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 8 (1828), p. 97 (115), e *ídem*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), p. 129 (150, 152 s.); posteriormente, Glaser (nota 4), pp. 132-153; ídem (nota 20), pp. 344 ss., 736 ss.; Planck, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, t. 2, 1896, pp. 165 ss., 190 ss.; Rumpf, *Der Strafrichter*, t. 1, 1912, pp. 182 ss.

[38] Fundamental, Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, esp. *Transzendentale Methodenlehre*, Parte principal 2.ª, Cap. 2.° (en las Obras de Kant de Weischedel, t. 2, 1956, p. 677), y Cap. 3° (Weischedel, *ibídem*, pp. 687 ss.); véase además Krug (nota 23); Mittermaier (nota 24), § 86 (pp. 524 s.); de modo similar, ya en la 2.ª ed., 1832, t. 1, pp. 357 s.; anteriormente, ya Jarcke, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), p. 97 (115), e *ídem*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), p. 129 (150, 152 s.); por ulteriores influencias de la filosofía en la discusión procesal en torno al hallazgo de la verdad, cf. Paulus, en: Seebode (comp.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, p. 687 (688 ss.).

XIX.[39] Luego, en el siglo XX, representantes de la filosofía[40] y renombrados teóricos del derecho[41] se ocuparon intensamente de esta temática. En estas investigaciones se ha sostenido con mucha claridad que una valoración judicial adecuada de la prueba no consiste en una toma de posición intuitiva acerca de la cuestión probatoria. Tampoco se trata de un mero "sopesar" las circunstancias que hablan a favor y en contra de la comisión del hecho, como se lee no pocas veces.[42] Una adecuada valoración de la prueba es un procedimiento estructurado de modo mucho más preciso,[43] y ello, no sólo desde la perspectiva de la teoría del derecho, sino también en la visión de nuestros tribunales superiores.

En el centro de este procedimiento estructurado se halla una determinada hipótesis, que debe ser examinada desde la perspectiva de su contenido de verdad. En el proceso penal, es la hipótesis formulada en el escrito de acusación, según la cual el acusado realmente habría cometido el hecho que se le reprocha, y esto, por tanto, es parte de la realidad pasada.[44] Este análisis se realiza, por lo demás, a partir de circunstancias que tengan o pudieran tener, según nuestra experiencia, una cierta fuerza convictiva con relación al contenido de verdad de la hipótesis; justamente, aquellos conocimientos posiblemente relevantes que pudieran surgir del juicio oral: declaraciones testimoniales, piezas de prueba, el reconocimiento por parte del acusado, etc.

Para asumir la verdad de la hipótesis de comisión del hecho, en primer lugar, se requiere que, por lo menos, existan elementos de prueba que confirmen esta hipótesis; p. ej., declaraciones testimoniales de cuya verdad se pueda partir[45] porque cumplen determinadas condiciones,[46]

[39] Cf., p. ej. Jarcke, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 8 (1828), p. 97 (100 ss.); *ídem*, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), pp. 129 (144 ss., 149 ss., 158); Mittermaier (Fn. 4), S. 126 ff.; *v. Savigny*, GA 6 (1858), 471 (476, 481 ff., 485 f.); Weber, Neues Archiv des Criminalrechts, t. 8 (1825), p. 557 (568 s.).

[40] Cf., especialmente Kraft, *Erkenntnislehre*, 1960, pp. 241 ss.; de la bibliografía filosófica, véase además Lotze, *Logik*, 1874, t. 2, Cap. 9.°, pp. 421-425 (n.° 278-280); Sigwart / Maier, *Logik*, t. 2, 4.ª ed., 1911, § 99 (pp. 613 ss.).

[41] Cf., al respecto, en profundidad, Engisch (nota 1), pp. 60 ss., 75 ss.; Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, 1965, S. 12 ff.; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 11.ª ed., 2012, pp. 75 s.

[42] Cf., p. ej., Mittermaier (nota 4), p. 14; Jarcke, Zeitschrift für Criminalrechtspflege, t. 10 (1828), p. 129 (134); Geyer (nota 4), p. 93; Mezger, Suplemento de AcP, t. 117 (1918), p. 158. Al respecto, críticamente, Frisch (nota 1), p. 857 s.

[43] Sobre lo que sigue, detalladamente, ya Frisch (nota 1), pp. 857 ss.

[44] Examinado con mayor precisión en esta hipótesis, ciertamente, de lo que se trata es de toda una serie de hipótesis más específicas (p. ej., sobre la realización de un acontecer externo, que se corresponde al tipo objetivo de un delito determinado, sobre el actuar en determinada actitud subjetiva, sobre que no estarían dadas determinadas situaciones de hecho excluyentes de la pena, etc.; con mayor detalle al respecto, Frisch (nota 1), pp. 858 s.

[45] Eso es, en el fondo, una hipótesis ulterior que, por su parte, requiere prueba (o bien un análisis). Sobre los presupuestos de la verdad de esa hipótesis, cf. Frisch (nota 1), pp. 859, con otras referencias.

[46] Al respecto, con mayor detalle, Frisch (nota 1), p. 859; Engisch (nota 1), pp. 69 ss., y Glaser (nota 4), pp. 214 s., 230 ss., 246 ss., 257 ss.

rastros encontrados en el lugar del hecho u otros indicios. Ya si esto falta, nunca será posible tener por verdadera la hipótesis de comisión del hecho y fundarla racionalmente. Esto es lo que sucede, p. ej., cuando los testigos en el proceso penal ya no pueden recordar o se enredan en contradicciones, y el acusado guarda silencio.

La presencia de ciertas circunstancias (elementos de prueba) que hablan a favor de la comisión del hecho por parte del acusado y que cumplen determinadas condiciones,[47] por cierto, sólo constituye una primera condición que tiene que darse para que se pueda partir de la veracidad de la hipótesis correspondiente. Tiene que darse un segundo elemento: esto deviene especialmente claro en casos en los cuales, entre los elementos de prueba, se hallan algunos que se contraponen a la hipótesis de comisión del hecho por parte del acusado; como por ejemplo, un testigo que le da al acusado una coartada al momento del hecho.[48] En tanto tales pruebas opuestas a la veracidad de la hipótesis de comisión del hecho no puedan ser refutadas, existirán dudas serias (*reasonable doubts*) con respecto a la veracidad de esta hipótesis, que no permitirán partir de su veracidad.

El ejemplo recién mencionado, del testigo que da una coartada opuesta a la comisión del hecho, en el fondo, constituye sólo un caso de un grupo mucho mayor de situaciones. Éstas obligan al tribunal a examinar no sólo la hipótesis a ser probada, sino también una serie de otras hipótesis concurrentes que resultan incompatibles con la hipótesis de comisión del hecho.[49] Esto es así no sólo cuando el acusado, al momento del hecho, no estaba en el lugar, sino en lo del testigo de la coartada. También cuando el acusado afirma que no fue él, sino otra persona de apariencia similar la que debió haber cometido el hecho, surge una de esas hipótesis concurrentes. Lo mismo se aplica cuando el acusado de abuso sexual coactivo, si bien reconoce los actos sexuales, afirma no haberlos realizado contra la voluntad de la víctima sino con su consentimiento, y al respecto, aduce la correspondiente conducta precedente de la víctima. En todos estos casos y en muchos parecidos, el tribunal no puede eludir, en el marco de la valoración de la prueba, el ocuparse

[47] Se hallan consideraciones interesantes sobre estos presupuestos referidos a los medios probatorios particulares y su contenido de verdad (valor de verdad), en abundante medida, en la bibliografía procesal del siglo XIX; cf., p. ej., Mittermaier (nota 4), pp. 215 ss. (sobre el valor probatorio de dictámenes periciales), pp. 347 ss. (valor probatorio de una declaración testimonial), pp. 432 ss., 435 ss. (prueba de indicios); Glaser (nota 4), pp. 194 ss.; Planck (nota 37), pp. 190 ss.

[48] Cf. ya Mittermaier (nota 4), p. 73.

[49] Respecto de ésta, la (o bien una) contrapartida de la hipótesis que configura la tesis a demostrar y su exclusión, con mayor detalle, Engisch (nota 1), pp. 74 ss.; Glaser (nota 4), pp. 138 s.; Klug, *Juristische Logik*, 4.ª ed., 1982, pp. 151 s.; Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (588, con referencias de la doctrina anglo-americana); Scheinder / Schnapp, *Logik für Juristen*, 6.ª ed., 2006, pp. 180, 182 ss.; en profundidad, Bucher, en: Heldrich / Prölss / Koller (comp.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 991.

también de estas otras hipótesis acerca de lo verdaderamente acontecido. Esto rige especialmente en los casos de prueba de indicios.[50] Por lo demás, no es necesario que las respectivas hipótesis hayan sido planteadas *expressis verbis* por el acusado o por su defensor. Basta con que las respectivas posibilidades existan seriamente, tal como ocurre cuando, de la totalidad de las circunstancias del caso, surge que el hurto imputado al acusado también pudo haber sido cometido por otra persona.

En todos esos casos, la hipótesis de comisión del hecho no puede ser tenida por acreditada por el solo hecho de que existan elementos de prueba que la apoyen. El tribunal también tiene que examinar las hipótesis y posibilidades concurrentes, incompatibles con la de la comisión del hecho por parte del acusado. En tanto estas hipótesis, como posibilidades, puedan ser tomadas en consideración seriamente, el tribunal no podrá partir de la base de la verdad del reproche de la acusación. Antes bien, esta asunción (como asunción racional) sólo estará justificada, cuando no sólo la hipótesis de la acusación esté sustentada en elementos de prueba, sino que, a la vez, puedan quedar excluidas las hipótesis concurrentes como posibilidades serias.[51]

En el marco de una valoración racional de la prueba, para la exclusión de las hipótesis concurrentes, no es suficiente con simplemente no dar crédito a las hipótesis alegadas por el acusado, o –con apoyo en intuiciones–, afirmar que al tribunal le parece más creíble la declaración de la víctima que la del acusado. Las intuiciones pueden ser muy diferentes y a menudo engañosas, como para poder legitimar sobre esa base la condena de una persona. Para excluir en forma realmente convincente las hipótesis concurrentes con la hipótesis de la acusación se necesitan fundamentos; fundamentos que sean comprensibles intersubjetivamente y que refuten en forma convincente las hipótesis concurrentes, en razón de que ellas se apoyan en la lógica y la experiencia.[52] Esto es lo que sucede, p. ej., en el caso del hurto, cuando se acredita que, al momento del hecho, ninguna persona, salvo el autor, tuvo acceso a la cosa hurtada, o cuando el testigo de la coartada, al momento del hecho, fue visto por terceros, solo, y no en compañía del acusado. El postulado de tal valoración de la prueba racional, comprensible intersubjetivamente, tiene importantes consecuencias en los casos en los que sólo la declaración de la presunta víctima

[50] Respecto de esto, en profundidad, ya Glaser (nota 20), pp. 736 ss.; Mittermaier, (nota 4), pp. 402 ss.; de la bibliografía más reciente, Engisch (nota 1), pp. 71 ss.

[51] Acerca de este procedimiento apagógico, absolutamente significativo en la práctica jurídica, además de las referencias de nota 49, con mayor detalle, también Glaser (nota 20), pp. 743 ss. (esp. 744 s.); Lotze (nota 40), Cap. 9, §§ 279 f.; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, t. 4, 1911, pp. 116 ss.; Rumpf (nota 37), pp. 182 ss.; Sigwart / Maier (nota 40), pp. 616 ss. (esp. 621 s.).

[52] Respecto de que la valoración de la prueba en su totalidad está regida por la lógica y la experiencia, cf., con mayor detalle, Frisch (nota 1), pp. 857 ss., 862 s.

(de un hecho sexual) se opone a la del acusado.[53] En este caso, la mera impresión del juez de que la versión de la víctima es más creíble que la del acusado no es suficiente para asumir racionalmente la veracidad de una versión y la inveracidad de la otra,[54] sino que, para ello, también aquí serán necesarios fundamentos objetivamente comprensibles y convincentes, tales como el hecho de que la víctima presenta lesiones que no tenía antes y que sólo pueden explicarse como producto de la violencia.

VII. La convicción judicial como resultado de la valoración de la prueba, acorde a la razón práctica, que presupone una alta probabilidad

Hasta aquí con respecto a la estructura de la valoración de la prueba y los requisitos de una valoración racional de la prueba. Naturalmente, sería posible continuar con otras distinciones más finas, pero debo renunciar a ello por razones de tiempo.[55] Sólo quisiera señalar que lo que dije con relación a la estructura y a los requisitos de la valoración de la prueba no es exclusivamente la opinión de un científico del derecho procesal, sino que, en puntos esenciales, se corresponde con la más reciente jurisprudencia de los tribunales superiores de Alemania. En ella, las sentencias de los jueces de mérito son examinadas en detalle, en cuanto a si se han examinado en forma amplia las alternativas que entran en consideración o si sólo se ha hecho una valoración superficial.[56] Se analiza si las hipótesis y posibilidades concurrentes fueron excluidas con fundamentos razonables y si se han dado buenas razones para sostener su convicción, esto es, si la convicción del fallo se sustenta en una base objetiva suficiente.[57]

Con el trasfondo de esta estructura de la valoración de la prueba y teniendo en cuenta las exigencias de racionalidad con respecto a una valoración judicial de la prueba adecuada, también caen las críticas al concepto de la convicción. Esto resulta especialmente aplicable a la objeción según la cual al juez se lo obliga a tener por cierto algo que es meramente probable. La convicción del juez no surge a partir de que algo que en un primer momento había tenido sólo por probable, sin más ni más, luego lo tiene por cierto. Antes bien, la convicción y el "tener por verdad" son el

[53] Respecto de tales caso de "declaración contra declaración", con mayor detalle, Velten, en: Wolter (comp.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK*, t. 5, 4.ª ed., 2014, § 261, n.° m. 36; Frisch (nota 2), § 337, n.° m. 130, y Sancinetti (nota 2), pp. 1233 ss.
[54] En esto coincido completamente con Sancinetti ([nota 2], pp. 1248, 1250).
[55] Reflexiones de mayor alcance al respecto, en Frisch (nota 1), pp. 857 ss.
[56] Cf. Frisch (nota 2), § 337, n.° m. 128 ss., 130 s., con profunda exposición de la jurisprudencia.
[57] Cf. Frisch (nota 2), § 337, n.° m. 125, con profundas referencias ulteriores.

resultado de un procedimiento completamente racional, autónomo, en el cual se analiza la hipótesis de la acusación, especialmente la fuerza de los argumentos que se le oponen, y las hipótesis concurrentes son descartadas tomando en cuenta las leyes del pensamiento y los principios de la experiencia.[58] Cuando el juez, al culminar este complejo y exigente procedimiento de la razón práctica, sobre la base de fundamentos razonables, está "convencido" de la verdad de la hipótesis acusatoria, esto no es irracional, sino una caracterización completamente adecuada de aquello que constituye el resultado de ese procedimiento. Este procedimiento y su resultado, obtenido y exigido de ese modo, tampoco quedan disminuidos frente a exigencias objetivas de probabilidad. En verdad, contiene una garantía adicional de la corrección de la sentencia judicial y le brinda a la sentencia penal la mejor legitimación posible.[59] Pues, como es natural, en un procedimiento en el que se debe examinar la pretensión de verdad de una hipótesis según las reglas de la razón práctica, la convicción acerca de la verdad sólo puede ser obtenida por algo que ––en los esquemas de análisis de la probabilidad––, al menos, resulta altamente probable.

[58] Respecto de que aquí se trata de un procedimiento sustancial y estructuralmente por completo distinto del computar y evaluar probabilidades, cf. Frisch (nota 1), pp. 857 ss., 868 ss., 871 s.

[59] En las consecuencias coincidiendo, Erb (nota 1), pp. 77 ss.; Greger (nota 1), pp. 113 ss.; Hanack, JuS, 1977, p. 727 (728 ss.); Krausbeck, *Konfrontative Zeugenbefragung*, 2010, pp. 204 ss., 206; Volk, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, 1980, pp. 11 s.

LA RELEVANCIA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO MODERNO*

Prof. Dr. Hans KUDLICH**

Sumario

I. Introducción; II. Los aspectos extensamente controvertidos; 1. La función de sistematización del concepto de bien jurídico; 2. La función rectora de la interpretación del concepto de bien jurídico; III. La función legitimadora, limitada y crítico-sistemática de la punibilidad del concepto de bien jurídico; 1. Planteo del problema y objeciones contra un concepto crítico del sistema del bien jurídico; 2. La (supuesta) tradición liberal y las diferentes formas de aplicación del concepto de bien jurídico; 3. Limitaciones al concepto de bien jurídico en la doctrina dominante y la cuestión sobre los tipos penales sin bien jurídico legítimo; 4. El concepto de bien jurídico en el derecho penal vs. el principio jurídico de proporcionalidad del Estado de Derecho; a) Punto de partida: el examen de proporcionalidad como concepto alternativo en la dogmática constitucional; b) ¿Limitación a un examen (de dos partes) de la proporcionalidad también en el Derecho Penal?; c) Alegato a favor de una ponderación uniforme de la norma de comportamiento protegida penalmente; d) La singularidad parcial del dogma penal del bien jurídico frente al principio constitucional de proporcionalidad; 5. ¿El dogma penal del bien jurídico como asunción fundamental razonable y como "*space of reasons*"?; V. Conclusión.

I. Introducción

> "*El derecho sirve a la protección del bien jurídico. Los bienes jurídicos son bienes materiales e ideales que pueden ser protegidos con ayuda del derecho. Un conjunto de bienes adquiere relevancia cuando se sitúa bajo la protección del Derecho penal (bienes jurídicos protegidos penalmente)*".

* Ponencia presentada en el 36.° Congreso de Profesores de Derecho Penal en la ciudad de Augsburg, publicada en idioma alemán en la Revista para las Ciencias Jurídico-Penales Conjuntas, tomo n.° 127, cuaderno n.° 3, año 2015, pp. 635-653 (*Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*; [Nota del traductor: la cita de la revista, de aquí en adelante, al igual que las demás citas bibliográficas, será abreviada en su idioma originario, en este caso: "ZStW"]). La forma de la ponencia y especialmente también el "diseño" de la ponencia se mantuvo. Agradezco afectuosamente por la traducción al idioma castellano a Darío N. ROLÓN.

** Prof. de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen).

Así figura en el manuscrito entregado en el semestre de invierno de 1990/1991 por el decano y profesor de derecho penal de Augsburg que hoy oficia de anfitrión, el profesor HERMANN. Se trata de un manuscrito con el que comencé a aprender derecho penal en los cursos de grado y que además ha despertado en mí la pasión por ese ámbito del derecho durante mi primer semestre aquí en Augsburg.

Luego de esa reseña bibliográfica, para mí no sólo es un gran honor —lo sería de todos modos—, sino también una alegría personal muy especial que se me permita hablarles hoy aquí a ustedes.

En sí mismo —a pesar de esa distinción positiva— una conferencia en el Congreso de Profesores de Derecho Penal (especialmente sobre un tema ya tan extensamente discutido)[1] no sólo es un honor y una alegría para mí, sino también una cierta carga. Una carga que ha comenzado a quitarme el sueño a comienzos de año, desde que recibí la confirmación —seguramente pensada con finalidad motivadora— de que "tu ponencia ya es segura".

Y cuando durante una noche de marzo sin calma, una y otra vez, aquí y allá daba vueltas y reflexionaba sobre conceptos inmanentes y trascendentes del sistema del bien jurídico,[2] sobre lesividad social y sobre la capacidad de rendimiento del principio de proporcionalidad, de repente apareció: allí estaba él en nuestra cama (afortunadamente él estaba situado del lado de la cama donde duerme mi esposa): el espectro del Congreso de los Profesores de Derecho Penal [3].

Estaba situado en nuestra cama y me miraba en forma sarcástica. Dependiendo de cómo le

[1] *Roxin*, AT, I, 4. ed. 2005, § 2 n.° m. 9 y ss. habla de una "jungla de cuestiones discutibles", sobre la discusión en detalle: *Frisch*, FS-Stree/Wessels, 1993, pp. 69, 71 y ss.; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 1972; *del mismo* en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Editores), Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 155 y ss.; *Beckemper*, ZiS 2011, pp. 318 y ss.; *Gimbernat Ordeig,* GA 2011, pp. 284 y ss.; *Greco*, FS-Roxin II, 2011, pp. 199 y ss.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, pp. 5 y ss.; *del mismo* en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Editores), Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 119 y ss.; *del mismo* GA 2002, p. 21; *Jahn* GA 2007, p. 579; *Jakobs*, FS-Frisch, 2014, p. 81; *Lampe*, FS-Welzel, 1974, pp. 151 y ss.; *Koriath* GA 1999, p. 561; *Stratenwerth*, FS-Lenckner, 1998, p. 377; *Swoboda* ZStW 122 (2010), pp. 24 y ss.; *Vogel,* StV 1996, pp. 110 y ss.; *Wohlers* GA 2002, pp. 15 y ss.; *Hassemer/Neumann* en Nommos Kommentar, 4. ed. 2014, comentario previo al § 1 n.° m. 108 y ss.; *Zabel* ZStW 122 (2010), pp. 833 y ss.

[2] Sobre la distinción: Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, p. 19 y ss.; del mismo, en Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Comentario 1), pp. 57, 59; Roxin prefiere el giro "crítico legislativo", Parte General I (Comentario 1), §2 n.° m. 12 (en nota al pie 26); ver también: Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, 2002, p. 19; von Hirsch, GA, 2002, 2.

[3] Comparar con la pintura de *Johann Heinrich Füssli* "Der Nachtmahr", 1781, actualmente en el Detroit Institute of Arts. Agradezco al Dr. Klaus Gattermeier la importante inspiración para el espectro [*Nachtmahr*] como símbolo de desolación interna —aunque en un contexto muy diferente—.

daba la luz parecía ponerme una u otra cara familiar que aparentaban decirme: "Lo del bien jurídico no tiene sentido".

"¿Y entonces?", pensaba él de manera arrogante, "¿reflexionas sobre el uso del dogma del bien jurídico en el Estado constitucional moderno de Derecho? Lo puedes dejar ahora mismo, pues de allí nada resulta. ¿Cómo te puedes meter con semejante tema y encima contra alguien tan inteligente como Engländer?[4] Cualquiera que esté en sus cinco sentidos sabe que eso es pura trivialidad retórica".

"Escucha", dije indignado. "Se puede leer en casi cada manual estándar que el derecho penal sirve para la protección de los bienes jurídicos y cuán importante es el concepto de bien jurídico para la legitimación del derecho penal".[5]

"¿Eh?", me cerró la boca. "Es conocido que en los manuales estándares que mencionas todo se presenta en forma simplificada. Probablemente allí se encuentren aún cosas tales como la fórmula de la *conditio sine qua non*. No, no, si se quiere estar en boga, se debe ser crítico del bien jurídico".[6]

"No quiero ni erigir el dogma del bien jurídico por la tradición" desvié, "ni tampoco estar en contra de lo que está de moda. Pero si un concepto en nuestra ciencia está tan difundido desde hace décadas, tiene para mí *prima facie* ya una cierta 'presunción de sentido'. Si bien sabemos de *Thomas Fischer* que el estudio del derecho no es realmente difícil,[7] sin embargo, ello no significa que todos los juristas sean tontos".

[4] Comparar con ZStW 127 (2015), p. 616.

[5] *Roxin,* AT, I, 4. ed. 2005, § 2 n.° m. 2 y ss.; *Jescheck/Weigend* AT, 5. ed. 1996, § 1 n.° m. 1; *Baumann/Weber/Mitsch* 10. ed. 1995, § 3 n.° m. 10 y ss.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT, 44. ed. 2014 n.° m. 6; *Rengier* AT 6. ed. 2014 § 3 n.° m. 1; sobre la tarea del Derecho penal de proteger los bienes jurídicos (con numerosas diferencias en los detalles) SK/*Rudolphi,* comentario previo § 1 n.° m. 2; MK-StGB/*Joecks* n.° m. 30 y ss.; *Baumann/Weber/Mitsch,* AT § 3 n.° m. 10 y ss.; *Kindhäuser*, AT § 2 n.° m. 6; Lackner/Kühl comentario previo § 13 n.° m. 4; *Otto* AT § 1 n.° m. 21 y ss.; *Hefendehl* (2002), *del mismo* GA 2007, pp. 1 y ss.; *Swoboda* ZStW 122 (2010), pp. 24 y ss.; *M. Heinrich*, FS-Roxin II (2011), pp. 131 y ss.: diferenciando, aunque, en síntesis, aprobatorio del concepto de bien jurídico *Kühl*, en: Hilgendorf/Rengier (eds.), Heinz-FS, 2012, pp. 766 y ss.; *Dubber* ZStW 117 (2005), pp. 499 y ss.

[6] *Jakobs*, AT, 2. ed. 1993, n.° m. 2/16 y ss.; *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000; *Stratenwerth* ZStW 105 (1993), pp. 679 y ss.; *Frisch*, FS-Stree/Wessels, 1993, pp. 71 y ss.; *v. Hirsch*, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 22 y ss.; *Wohlers* GA 2002, pp. 13; *Pawlik* ZStW 121 (2009), p. 680; *Stuckenberg* GA 2011, p. 660; *Gärditz*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, en: Der Staat 49 (2010), p. 331; *Appel*, Verfassung und Strafe (1998), pp. 385 y ss.

[7] http://www.zeit.de/campus/2014/06/thomas-fischer-jurastudium-vorurteile-auswendig-lernen.

II. Los aspectos extensamente controvertidos

1. La función de sistematización del concepto de bien jurídico

"Pero tú sabes", continué, "no quiero discutir seriamente que la parte especial de nuestro Código Penal está estructurada de manera evidente, al menos en lo esencial, a partir de una amplia referencia al 'bien jurídico'".[8]

"¡No tiene sentido!", suspiró el espectro, y durante un momento lució como si por lo menos me considerara un idiota debido a esa respuesta. "En primer lugar, el sistema no siempre es correcto —fácilmente se podrían mencionar aquí varios ejemplos—. Y en segundo lugar, ante todo, eso sería, en todo caso, algo técnico —una ayuda clasificatoria no tiene nada que ver con la libertad y el derecho penal en un Estado constitucional—".

"Seguramente, eso no será el núcleo de mi ponencia", concedí. "Pero" —complementé— "tales 'ayudas clasificatorias' aportan claridad al sistema y, por ende, a un derecho penal de un Estado de Derecho".

El espectro sonrió, porque *él* supo que *yo* también supe que eso no era un argumento muy fuerte, aunque luego pensó en forma lacónica. "De acuerdo. Si alzas tan intensamente la 'juridicidad del Estado de Derecho', incluso el concepto de bien jurídico puede aportar algo. Pero ¿consideras eso como algo espectacular?".

2. La función rectora de la interpretación del concepto de bien jurídico

"No, probablemente, no. Pero tú no puedes cuestionar el argumento según el cual el bien jurídico puede ser útil para la interpretación de las disposiciones legales, y que esto también coadyuva a definir los límites que se le imponen a la coerción penal estatal".[9]

[8] *Jescheck/Weigend*, AT § 26 I 3b; *Roxin* AT I § 2 n.° m. 4; *el mismo* ZStW 116 (2004), p. 929; SSW/*Kudlich* comentario previo § 13 n.° m. 5; sobre la construcción de la parte especial *Dedes*, FS-Oehler, 1985, pp. 265 y ss.; LK/*Weigend*, 12. ed. 2012, § 1 n.° m. 52 y ss.

[9] *Maurach/Zipf*, AT/I § 13 n.° m. 14; *Gaede*, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Editores), Die Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 183 y ss.; NK/*Freund*, comentario previo § 13 n.° m. 42; LK/*Walter*, comentario previo § 13 n.° m. 26; *Roxin* AT I, 4. ed. 2005, § 2 n.° m. 4; LK/*Weigend,* Introducción, n.° m. 7; SSW/*Kudlich*, comentario previo § 13 n.° m. 5; SK-StGB/*Rudolphi* § 1 n.° m. 33; *Eser/Hecker*, en: Schönke/Schröder § 1 n.° m. 48; Wessels/Beulke/Satzger, n.° m. 6;

"¿Ah, sí?, entonces, ¿una delimitación mediante una interpretación que recurre al bien jurídico?", preguntó el espectro irónicamente. "Entonces eso funciona según el eslogan: 'una norma penal *X* protege el bien jurídico *A*. Por medio de la acción, deviene afectado el bien jurídico *A*. Entonces, se cumple la norma penal *X*'. ¡Menuda delimitación de la violencia penal estatal!".

"No", repliqué *yo* un poco molesto, "la referencia al bien jurídico no puede devenir en un super-argumento punitivo. No obstante, esto no significa automáticamente que el argumento no sea *per se* de ayuda. También es conocido desde hace mucho tiempo el peligro de semejante abuso al que se puede llegar mediante la interpretación teleológica,[10] sin que por ello se haya considerado a la interpretación teleológica como inaplicable o irrelevante en derecho penal, por el contrario.[11]

Y además no afirmé tampoco que con el bien jurídico pueda responderse siempre en forma adecuada a todas las cuestiones de interpretación. Con esto se exigiría demasiado de un único criterio en la interpretación.

Sin embargo, pienso que ejemplos como el énfasis en el cálculo económico para la determinación de daños formulada por el Tribunal Constitucional Alemán,[12] junto con la jurisprudencia posterior especial de ese ámbito jurídico sobre defraudación y estafa,[13] evidencian

Heinrich AT, 2. ed. (2010) n.° m. 3; SSW/*Satzger*, 2. ed. (2013) § 1 n.° m. 43.; comparar también: *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, p. 135: La "interpretación del tipo penal según su 'bien jurídico' es una obviedad"; *Stratenwerth*, FS-Lenckner, 1998, pp. 377 y 378: "Significado central (…) como directriz de la interpretación"; *Jescheck/Weigend*, AT § 26, I: "El bien jurídico es un fundamento reconocido (…) de la interpretación de los tipos penales".

[10] Comparar por ejemplo en el contexto del ejemplo siempre esforzado del carruaje como vehículo de fuerza (BGHSt 10, 375) NK/*Hassemer/Kargl* § 1 n.° m. 92, 109d; SK/*Rudolphi* n.° m. 31 (con referencia a Radbruch); *Herzberg,* JuS 2005, p. 1; MK-StGB/*Schmitz* § 1 n.° m. 81, p. 92; sobre el cierre teleológico en el derecho penal comparar también *Kudlich*, FS-Stöckel, 2010, pp. 93 y ss.

[11] BVerfGE 64, 396; BGHSt 1, 75; 6, 396; 10, 83; 24, 40; 43, 346; 4, 354; *Wessels/Beulke/Satzger*, n.° m. 57; *Rengier* PG § 5 n.° m. 14; Rogall en: KK-OWiG § 3 n.° m. 78; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, pp. 401, 471y ss.; *Maurach/Zipf* AT § 9 n.° m. 21 y ss.; *Jescheck/Weigend* § 17 IV. 1.; LK/*Dannecker* § 1 n.° m. 247 y ss., p. 316; NK/*Hassemer/Kargl* § 1 n.° m. 109; *Sax*, Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953, pp. 94 y ss., y pp. 142 y ss.; *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache", 2. ed. 1982, pp. 52 y ss., y pp. 62 y ss.; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, pp. 50 y ss., y pp. 140 y ss.; *Schünemann*, Nulla poena sine lege, 1978, pp. 17 y ss.; crítico *Herzberg* NJW 1990, p. 2525.

[12] Comparar BVerfGE 126, p. 170=NJW 2010, p. 3209; además *Beckemper*, ZJS 2011, pp. 88 y ss.; *Krüger*, NStZ 2011, pp. 369 y ss.; *Kuhlen*, JR 2011, pp. 246 y ss.; *Radtke*, GmbHR 2010, pp. 1121 y ss.; *Saliger,* NJW 2010, pp. 3195 y ss.; *Safferling*, NStZ 2011, pp. 376 y ss.; *Steinberg/Dinter*, JR 2011, pp. 224 y ss.

[13] BGH NStZ 2012, p. 629 (neumáticos plagiados); NStZ 2013, p. 37 (acreedor de un concurso KfZ); NStZ 2012, p. 698 (Kick-Back); NStZ 2013, p. 234 (apuestas deportivas); NStZ 2014, p. 640 (servicio de asistencia); NStZ 2014, p. 457

que la referencia al bien jurídico protegido —aquí también al 'patrimonio'— puede ser adecuada para la delimitación del comportamiento punible, incluso cuando el bien jurídico en la interpretación no es obviamente un medio sanador de todos los males, ni se puede disponer de elementos de definición autosuficientes para el tratamiento correcto de una cuestión interpretativa. No obstante, ello rige para todos los criterios de interpretación, sin que por eso debamos cuestionar en general su razonabilidad".

El espectro me miró brevemente en silencio y se levantó. Creí que estaba todo bien, y caí en un profundo y poco abstraído sueño.

III. La función legitimadora, limitada y crítico-sistemática de la punibilidad del concepto de bien jurídico

Pero me alegré demasiado rápido. Era abril y tuve la sensación de que no había trabajado en forma suficiente el tema que me había propuesto. El espectro lo veía en forma similar, pues cuando me senté de nuevo durante uno de los días de Pascuas en mi cuarto de estudio, luego de un breve paseo al aire fresco, justo cuando mis ojos querían caerse debido a muchas noches sin dormir, volvió a sentarse sobre mi escritorio.

1. Planteo del problema y objeciones contra un concepto crítico del sistema del bien jurídico

"Escucha", le dije muy tranquilo. "Lo que tú me has contado hace un par de semanas es lindo y está bien. Pero, tú mismo sabes que ése no es el quid de la cuestión".

[Justo quise decir "tú engreído, lo que dices con el quid de la cuestión lo dices ahora sólo porque recién llegas de un paseo de Pascuas",[14] pero él no me permitió continuar con la palabra, sino que continuó].

"Pero la pregunta realmente interesante es si puede decirse de tales bienes jurídicos del

(negocios de riesgo); NStZ 2014, p. 578 (viaje gratuito); NStZ 2014, p. 517 (venta inmobiliaria); NStZ 2013, p. 404 (estafa de insolvencia); sobre la jurisprudencia posterior de los tribunales superiores también *Kudlich* ZWH 2011, pp. 1 y ss.

[14] Comparar *Goethe*, Faust der Tragödie erster Teil, V 903 y ss. (Paseo de Pascuas), esp. V 1147 y ss. (Aparición del perro caniche) y V 1178 y ss. (Habitación de estudios).

derecho penal que son un presupuesto de legitimación para la promulgación de normas penales. Y esto fracasa en todos los niveles: primero, nadie sabe exactamente cómo se deben ver tales bienes jurídicos;[15] segundo, existen normas penales para las cuales no pueden ser mencionados con seriedad tales bienes jurídicos;[16] y tercero, para ello no es necesaria una doctrina del bien jurídico, aquí son suficientes ponderaciones generales de proporcionalidad de derecho constitucional. —¿Por qué piensan ustedes, penalistas, que este es un problema específico de ustedes?—".

"Pues…", quise comenzar, pero el espectro cerró mi boca.

"¡Detente!, ¡aún no he terminado!". Y con ese trasfondo concluyó triunfante, "a nadie puede sorprender tampoco que el gran relato de la tradición liberal del bien jurídico no sea nada más que una leyenda".[17]

2. La (supuesta) tradición liberal y las diferentes formas de aplicación del concepto de bien jurídico

Por suerte, él propuso esa discusión. Además, podía decir algo simple. "Sí, también lo he leído. Aquí las fuentes evidentemente se interpretan en forma diferente. Pero creo que ese sentido, en todo caso, actualmente no importa más. Si —y esto debería ser indiscutible— al menos alrededor de los últimos cincuenta años, y probablemente mucho antes, se asocia la idea de la limitación de las normas penales legítimas mediante el concepto de bien jurídico y se vincula esa idea con la

[15] Panorama sobre las diferentes opiniones relativas a las definiciones en Sch/Sch/*Eisele*, comentario previo § 13 n.° m. 9, 10; allí también sobre la crítica a la indeterminación del concepto de bien jurídico, aquí también LK/*Walter,* comentario previo § 13 n.° m. 9; Jakobs, Rechtsgüterschutz, 2012, p. 37; *Frisch*, FS-Stree/Wessels, 1993, pp. 71 y ss.; *Koriath* GA 1999, p. 561; la tendencia "desmaterializadora" (comparar *Krüger*, 2000) o la "disolución" del concepto de bien jurídico (NK/*Hassemer/Neumann*, comentario previo § 1 n.° m. 123) se "encuentra" en parte con una doctrina personal del bien jurídico, comparar además: NK/*Hassemer/Neumann,* comentario previo 126, 127 antes del § 1; *Marx*, Definition des Begriffs Rechtsgut, p. 80 hasta p. 83; MK-StGB/*Joecks* Introducción, n.° m. 32; *Hassemer* NStZ 1989, p. 553 y especialmente p. 557; *el mismo*, ZRP 1992, p. 378 y especialmente p. 383; *el mismo*, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Eds.), Die Rechtsgutstheorie, p. 57; *Köhler* ZStW 104 (1992), p. 3; *el mismo*, MDR 1992, p. 739; *el mismo*, NJW 1993, p. 762 y especialmente pp. 763 y 764; *Hohmann* GA 1992, p. 76 y especialmente pp. 77 hasta 79; *Paeffgen*, FS-BGH, 2000, p. 695.

[16] Sobre la "perversión" del tópico del bien jurídico hacia un modelo de legitimación afirmativo para un Derecho Penal ilimitado por medio de la simple mención de los bienes jurídicos: NK/*Hassemer/Neumann,* comentario previo § 1 n.° m. 147 bajo referencia a *Hassemer*, Gründe und Grenzen des Strafrechts, en: Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte, tomo 2 (2000/01), p. 478; comparar también: *Volk*, FS-Hassemer, 2010, pp. 916 y ss.

[17] Cf. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 91 y ss.; *el mismo,* Begriff des Rechtsguts, pp. 173 y ss.; *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000.

tradición liberal desde el iluminismo, no cumple ningún rol decisivo la cuestión de si el *concepto* ha sido aplicado durante los últimos doscientos cincuenta años siempre en forma uniforme. Lo que entendemos actualmente como concepto crítico-sistemático de bien jurídico es, en todo caso, en principio, liberal, y se encuentra presente en las respectivas tradiciones".[18]

El espectro levantó las cejas: "¿no es ésa una aplicación arbitraria del concepto?".

"Pero", insistió el espectro, "¿cómo puedes creer en el poder liberal efectivo de un concepto que, por ejemplo, a pesar de que ya era conocido, no pudo oponerse, según consta, a la degeneración del derecho penal contraria a los derechos humanos en tiempos del nacionalsocialismo[19]?".

Pero eso también era un punto sencillo para mí: "Si se argumenta de ese modo, también tendría que dudar de la función potencialmente coercitiva de los tribunales independientes, o de las constituciones que consagran derechos humanos. Éstos también existían antes de 1933, y tampoco han impedido el injusto nacionalsocialista.[20] Existen pocos conceptos que no pueden ser pervertidos, o quedar sin sentido, bajo la conservación de la máscara del nombre. Esto rige también para el concepto de bien jurídico. Si tú por tu parte elevas la 'potencia crítica' tan alto", dije haciendo señas con los ojos, "el concepto de bien jurídico no aporta nada a ello".

El espectro no se dio por vencido tan fácilmente: "Pero tal vez esa disponibilidad para fines deseados en el concepto del bien jurídico radica en que nadie sabe qué es. ¿Cómo defines tú 'bien jurídico'? ¿Cuándo es legítimo un 'bien jurídico de derecho penal'? ¿Y quién lo determina?".

"Pues", comencé e intenté disimular gradualmente mi inseguridad, "es claro que la incertidumbre sobre el concepto del bien jurídico se fundamenta en que el concepto puede ser empleado en forma diversa. Incluso si dejamos de lado la indiscutible e inadmisible confusión

[18] NK/*Hassemer/Neumann*, comentario previo § 1 n.° m. 115; *H. Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten (1957), pp. 122 y ss.; *Marx*, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut" (1972), pp. 70 y ss.; *Rudolphi*, FS-Honig, 1970, pp. 167; *Otto* en: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (1971), pp. 1, 14 y ss.

[19] Comparar sobre esa problemática detalladamente *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, pp. 216 y ss.

[20] Resumidamente *Holste* JA 2009, p. 359; *Vogel* ZStrW 115, p. 638; *Höpfel*, ZStW 115 (2003), p. 906; *Weinkauff*, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, tomo I, 1968, p. 19 y especialmente pp. 152 y ss.; *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, pp. 725 y ss.; sobre la "colectivización" de las concepciones personales en el nacionalsocialismo comparar también *Lüderssen*, Kriminologie, 1984, n.° m. 104, 110 con otras referencias.

entre 'bien jurídico' y 'objeto de la acción',[21] los bienes jurídicos quedan, por un lado, como bienes de protección que resultan de las reglas penales existentes y, por el otro, como bienes jurídicos que son concebibles típico-idealmente también como 'pre-penales', es decir, en principio, el concepto inmanente del sistema y el concepto trascendente del sistema.[22] En el caso ideal, ambos concuerdan en que los bienes jurídicos inmanentes del sistema emergen a la superficie, si también están legitimados por los bienes jurídicos trascendentes del sistema, aunque no siempre emergen, lo que conduce ya a las primeras confusiones conceptuales".

"¿Por qué?, ¿eso no importa?", quiso saber.

"Porque nuestro mundo no siempre se corresponde con el caso ideal y porque también se puede explicar constructivamente la protección del bien jurídico de modo diferente: sea por la identificación del bien jurídico, sea por el modo del ataque.[23] Expresado de otro modo: la protección contra un ataque directo hacia un bien jurídico muy abstracto, o contra un ataque directo a un bien jurídico concebido de manera concreta, posiblemente puede ser construida por el legislador".

3. Limitaciones al concepto de bien jurídico en la doctrina dominante y la cuestión sobre los tipos penales sin bien jurídico legítimo

"De acuerdo, de acuerdo", se apresuró el espectro con impaciencia, "pero con esto aún no se aclaró cuándo existe un bien jurídico penal legítimo trascendente del sistema, con total independencia de si debe ser concreto o abstracto".

Noté lentamente que debí reconocer el matiz: "Obviamente esto no es sencillo", y me aproximé cuidadosamente a la cuestión. "A primera vista un bien jurídico trascendente del sistema es una construcción de derecho natural.[24] Si, y debido a que, no creemos en un derecho natural dado por Dios o fundado en el propio derecho natural, se nos hace más difícil. Para no limitarnos

[21] *Baumann/Weber/Mitsch* AT § 3 n.° m. 18; *Stratenwerth/Kuhlen* AT/I § 8 n.° m. 12; *Amelung*, Rechtsgüterschutz, pp. 198 y ss.; *Jescheck/Weigend* AT § 26 I; *Maurach/Zipf* AT/I § 19 n.° m. 14 y ss.

[22] Cf. NK/*Hassemer/Neumann*, comentario previo § 1 n.° m. 113, por lo demás cf. ya nota 2.

[23] Para graficar la "forma de ataque" comparar *Staechelin*, en Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, tomo I, 1998, pp. 239 y ss.

[24] *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, 4. ed. 2000, § 2 n.° m. 6; *Swoboda* habla de una doctrina "naturalista" del bien jurídico, ZStW 122 (2010), pp. 24 y ss.

únicamente a un '*I know it when i see it*',[25] podría ser suficiente para mí afirmar tal como lo hace Roxin: se trata de tales 'particularidades y finalidades (…) que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema basado en tales representaciones finales'".[26]

El espectro me miró expresando cinismo y piedad al mismo tiempo: "Ah, ésta es una definición original del bien jurídico que realmente *nadie* ha escuchado o leído en una conferencia".[27]

Repliqué despechadamente: "No te sorprenderá que al mismo tiempo haya añadido que lo inmoral o amoral no puede ser suficiente *per se* para la delimitación,[28] a pesar de que no dudaría de que una comunidad funciona mejor cuando todos los ciudadanos se comportan entre sí de forma honrada, justa y considerada".

"Ah…, la trampa 'del caso moral'", se alegró el espectro. "No pasó mucho tiempo desde que tu colega, el profesor PAWLIK, señaló la falta de sentido de esa diferenciación. Primero, las prohibiciones penales comprenden casi siempre una acción que se considera inmoral, de modo que allí no hay ninguna contradicción. Segundo, evidencia que, por ejemplo, en el ámbito jurídico relativo a los derechos sexuales, interesa el potencial aparentemente crítico del concepto del bien jurídico recién cuando se han quebrantado las representaciones morales".[29]

"No, no, no", detuve su afán, "aquí tú me interpretas mal: obviamente que la mayoría de los comportamientos bajo pena se valoran como inmorales. Pero esto no significa que, a la inversa, todo lo inmoral sea punible. Un déficit ético-social es un presupuesto habitual, tal vez incluso necesario, aunque, seguramente, no sea suficiente para la punibilidad. Bueno…, y la cuestión de la moral sexual quebrantada —creo que eso no es del todo acertado—. En parte, seguramente se

[25] Cf. el conocido dictum del juez *Potter Stewart* en el caso *Jacobellis v. Ohio* ante la US Supreme Court (1964) sobre la descripción del concepto de pornografía.
[26] *Roxin* AT I, § 2 n.° m. 7.
[27] Otra objeción se basa en un concepto de bien jurídico difícilmente subsumible debido a la concentración que, dado el caso, cae a simple vista, detrás del dogma del bien jurídico. Entre tanto: si en el caso individual son tan fáciles de "pasar por alto", es dudoso que se las considerase, si no se viera más en un bien jurídico penal legítimo ningún tópico generalmente significativo; próxima a esa cuestión se encuentra la asunción según la cual se desvía la atención hacia aspectos individuales en el examen de la cuestión sobre si se protege un bien jurídico idóneo con la disposición.
[28] Cf. por todos *Kühl*, capítulo quinto del libro sobre Derecho Penal y Moral, pp. 157 y 164.
[29] Cf. *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, p. 135.

han dado históricamente tipos penales al respecto, porque las formas de comportamiento penalizadas en las sociedades antiguas eran más peligrosas para la estabilidad social de entonces que para la estabilidad social actual, que no gira en torno a un orden previo central sostenido divinamente. Eso era más que 'inmoral'. Y, por el contrario, creo que, a pesar de la liberalización de la moral sexual, al igual que antes, ciertas cosas son percibidas en la valoración social general como más problemáticas que algunas otras formas de comportamiento reprimidas penalmente, aunque, en todo caso, reprimidas con multa y, a pesar de ello, el derecho allí no interviene.

Con seguridad, sin embargo, lo correcto es: lo que un sistema estatal percibe como necesario está sometido a los márgenes de los cambios muy seguros en la representación social; en ese sentido, hasta cierto grado es dinámica la valoración de qué es un bien jurídico y qué no lo es, y el concepto no procede, por ende, estrictamente del derecho natural. Incluso se podría considerar —por ejemplo, según previsiones internacionales— que existen 'cuasi *mandatos*' de protección sobre lo que debe elevarse como bien, incluso si ello pudiera ser dudoso mediante una valoración puramente nacional, como, por ejemplo, la 'integridad de la administración internacional' en el proyecto actual [de reforma] del §335a, StGB.[30] Sin embargo, allí se debe discutir nuevamente qué límites hay para la admisibilidad de tales mandatos de protección probablemente similares a…".

"Está bien, no tengo toda la noche", me increpó el espectro agresivamente. "Debo ir después a Frankfurt y preguntarle a tu colega, el profesor Jahn, si cree realmente en un 'juicio justo'.[31] Has hablado ahora en forma muy inteligente, hagámoslo más concreto: el §130 III, StGB —mentira sobre Auschwitz—. ¿Hay un bien jurídico legítimo?,[32] ¿o evitas ese ejemplo en tu conferencia?".

"Qué significa 'evitar'?" comencé vacilante. "Ya tengo una opinión, aunque ésa es una pregunta realmente compleja, y, después de todo, tú no tienes toda la noche…".

"¿Y muy tosca?", dijo el espectro sin dejar pasar la cuestión.

[30] Y ésta sería una fórmula manejable para la fundamentación tautológica en BR-Drs.25/15. p. 28: "La nueva disposición propuesta en el §335a, StGB ('Servicios extranjeros e internacionales') sirve a la finalidad de incorporar en el ámbito de aplicación de los §§331, StGB y ss., además a determinados servicios y jueces extranjeros y funcionarios internacionales y tribunales".

[31] Cf. ZStW 127 (2015), p. 549.

[32] Cf. la discusión sobre la base de las referencias que están en *Fischer*, § 130 n.° m. 24 y SSW/*Lohse*, § 130 n.° m. 2; en detalle *Stegbauer* NStZ 2000, p. 281y especialmente pp. 282 y ss.

"Muy tosca", repliqué, "creo que ni la singularidad del terror del nacionalsocialismo, ni tampoco la posición especial de Alemania pueden justificar el castigo de la expresión de afirmaciones fáctico-históricas incorrectas como tales. No existe el bien jurídico 'derecho a una representación correcta de la historia', ni tampoco ningún bien jurídico —que vaya más allá de los delitos de protección del honor— 'derecho al reconocimiento de la prehistoria personal o colectiva'. También que resulte 'envenenado el clima político' sería para mí demasiado vago".

"Entonces, ¿un tipo penal ilegítimo?", interrogó curioso el espectro.

"Pues, a lo mejor, así se lo entiende de vez en cuando. También obviamente puede tomarse más seriamente el texto y realmente exigirse una aptitud para poner en peligro la 'paz pública'. Para ello, evidentemente no es suficiente recalentar un clima psíquico, o provocar una decepción pasajera y puntual.[33] Pero la libertad frente a agresiones reiteradas y significativas, o en zonas suburbanas peligrosas ya me parece ser un bien digno de protección. La sola negación de los hechos de violencia del nacionalsocialismo regularmente no es seriamente adecuada para fundamentar el peligro de tales regímenes —y mucho menos la imagen de un crucifijo como trampa ratonera[34]—".

"¿Hablas ahora de la legitimidad o de nuevo de la interpretación?", insistió el espectro.

"En realidad, de ambos. Un bien jurídico legítimo tiene lugar, cuando no se apoya ni en verdades históricas, o en usos y costumbres religiosos, ni en un simple 'clima de malestar', sino en una 'paz pública' interpretada restrictivamente. Esto obviamente también debe ser observado en la interpretación".

[33] Cf. sobre las definiciones pertinentes de la "propensión a la afectación de la paz pública", por ejemplo BGHSt 29, 26; 34, 329 (331); 46, 212 (219); referencias en *Fischer*, §130 n.° m. 32 en relación con n.° m.13a; SSW/*Lohse*, §130 n.° m.37 en relación con n.° m.9. Crítico sobre la fórmula de la afectación de la paz pública (en el contexto del párrafo 4 que no admite ninguna propensión) *Fischer*, Puppe-FS 2011, pp. 1119 y ss.

[34] Sobre ese ejemplo como caso posible de aplicación del §166, StGB, cf. LG Bochum NJW 1989, p. 727; además también Beck-OK/*Valerius* § 166 n.° m. 9 con otros ejemplos de la jurisprudencia. En general sobre la discusión sobre el bien jurídico legítimo del §166, StGB cf. *Fischer* GA 1989, p. 445; *Stumpf* GA 2004, p. 104; *Hörnle* JZ 2015, p. 293; *Rox*, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat? (2012); sobre las raíces tradicionales de la prohibición de incriminación divina *Pawlik*, FS-Küper (2007), pp. 411 y ss.

4. El concepto de bien jurídico en el derecho penal vs. el principio jurídico de proporcionalidad del Estado de Derecho

a) Punto de partida: el examen de proporcionalidad como concepto alternativo en la dogmática constitucional

"Se subordina, es correcto", concedió el espectro con picardía. "Sobre todo cuando se trata de la cuestión de proteger un interés suficientemente importante —como, por ejemplo, 'tu concepción' de la paz pública— por medio de una norma penal; se trata, finalmente, de ponderaciones de proporcionalidad como las que formulan también los constitucionalistas, como especialistas en el tratamiento de injerencias en los derechos fundamentales. Y aquí rige pues lo siguiente: la jurisdicción constitucional, junto con la teoría del Estado que le pertenece, autoriza injerencias en situaciones constitucionalmente protegidas,[35] siempre que sirvan para la persecución de una finalidad legítima —bajo el presupuesto de que sean adecuadas, necesarias, proporcionadas—. Tales 'finalidades legítimas' desde el comienzo no pueden ser ilegítimas o constitucionalmente inválidas.[36] De 'valores elementales de la vida en comunidad',[37] ni hablar".[38]

"Sí, todo eso ya lo sé", respondí enervado. "¿Pero puede ser eso suficiente para legitimar la punibilidad?".

b) ¿Limitación a un examen (de dos partes) de la proporcionalidad también en el derecho penal?

"En tu cofradía también hay un par de personas inteligentes que también ya han reflexionado sobre esto", enseñó el espectro, "si quieres presentar una ponencia en Augsburg, lo deberías saber".

---

[35] Elemental en la literatura *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1999; en detalle también *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundlagen des Übermaßverbots, 1995 como también *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001; de la jurisprudencia del BVerfG en lugar de muchos se puede ver sólo BVerfGE 19, 342, 348 y ss.; 23, 127, 133; 55, 159, 165; 65, 1, 44; 80, 109, 120.

[36] Cf. con las respectivas referencias de la jurisprudencia del BVerfG *Bleckmann*, § 12 n.° m. 114; *Gentz*, NJW 1968, p. 1600, y p. 1602; *Manssen*, n.° m. 147.

[37] Sobre la representación de los bienes jurídicos penales como valores elementales de la comunidad, cf. sólo *Wessels/Beulke/Satzger*, n.° m.7 ("significado relevante para la sociedad").

[38] Sobre la cuestión inversa de un deber de criminalización como consecuencia de una prohibición de una medida menor, Cf. sólo *Müller-Dietz*, en: Jescheck/Lüttge (eds.), Dreher-FS, 1977, pp. 97 y ss.

"Está claro", pensé, un poco de mal modo, "*Ivo APPEL* —aunque, primero, él no está más en Ausgburg y, segundo, él se ha cambiado al lado oscuro del poder y es actualmente especialista en teoría del Estado—[39]".

"Parecen salirte los argumentos técnicos", afirmó el espectro satisfecho, e ilustró impasible luego: "Él, aunque también otros, han aclarado cómo se puede examinar la cuestión en derecho penal: tú diferencias exactamente entre norma de comportamiento y norma de sanción y, en la última, entre la pretensión de un reproche penal en sí y la imposición de un mal.[40]

La norma de comportamiento se pondera en los respectivos derechos fundamentales que corresponden según su tema y, en caso necesario, en la libertad general de acción, según el art. 2 I GG;[41] la sanción primaria en la forma de un reproche ético social específicamente penal en el derecho general a la personalidad según el art. 2 I, 1 i GG; y la sanción secundaria como pena privativa de libertad de la persona según el art. 2 II GG, o como multa en la libertad de acción económica según el art. 2 I GG".[42]

c) Alegato a favor de una ponderación uniforme de la norma de comportamiento protegida penalmente.

[39] Además, fuertemente influenciado desde el punto de vista constitucional, aunque también en lo esencial desde el punto de vista de la teoría del Derecho penal por *Tiedemann,* como surgió de la tesis doctoral de *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998.

[40] Cf. *Appel*, Verfassung und Strafe, pp. 559 y ss. (allí también pp. 167 y ss., referencias sobre la jurisprudencia del BVerfG); *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, pp. 6, 72 y ss. (que habla de mandatos de comportamiento y de sanción, porque no quiere argumentar "desde el punto de vista de la teoría de las normas"; una diferencia con los autores que hablan en la tradición de Binding de normas de comportamiento y de sanción no está vinculada con esto, debido a esa variación); *Paulduro,* Die Verfassungsmäßigkeit von Strafrechtsnormen, insb. der Normen des Strafgesetzbuches, 1992, p. 112 así también en la presentación, pp. 178 y ss. o, pp. 181 y ss. y pp. 195 y ss., o pp. 198 y ss., así como *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, pp. 111 y ss.

[41] Cf. *Appel*, Verfassung und Strafe, pp. 574 y ss.; *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pp. 96 y ss., así como *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, pp. 112 y ss.

[42] Así *Appel*, Verfassung und Strafe, pp. 590 y ss. y *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pp. 133 y ss.; *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, p. 114, por el contrario, ve infringida en el caso de las penas de multa la garantía de la propiedad del art. 14 GG; si se fundamenta en la jurisprudencia del BVerfG sobre derecho tributario, los deberes de pago en la multa no pueden afectar el patrimonio en general, sino, por regla, sólo el patrimonio no protegido por el art. 14 GG (comparar sobre la problemática también *Lagodny*, en el sitio ya mencionado, que alude también al sistema de días de multa, que se opone fundamentalmente a una relevancia sub especie del art. 14 GG); cf. también *Böse*, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Eds.), Die Rechtsgutstheorie, pp. 89, y 95, que en ese contexto alude a las medidas penales extraordinarias, que pueden afectar mucho más fuertemente al individuo que una pena y que no se pueden generalizar de allí en virtud del principio penal de *ultima ratio*.

"Estoy a favor de un proceder sistemático y de partes reducidas", respondí, "pero temo que aquí se oculta más de lo que se aclara. Aunque, a primera vista, los fines últimos de las normas de comportamiento penalmente protegidas no se diferencian de otros.[43] Sin embargo, la norma penal también se tiene que observar en su *conjunto* —o sea, *como norma de comportamiento protegida penalmente*—, como una unidad:[44] entonces, cuando primero se examina muy generosamente en la norma de comportamiento si un determinado comportamiento es más razonable y mejor para la comunidad que otro, y aisladamente se examina la norma de sanción con ayuda de las garantías poco delimitadas del campo del art. 2 I GG,[45] se pierde fácilmente de vista que también se hace una diferencia para el derecho fundamental afectado, cuya consecuencia trae aparejada la infracción de una norma de comportamiento. Y justo el punto de vista de la adecuación de una norma de comportamiento relacionada con una amenaza penal de sanción tiene en consideración la exigencia de un bien jurídico penal. En el concepto se encuentra el examen sintético de —y para la formulación ahora busco adicionalmente en la tesis doctoral de *Staechelin*, que ahora ya no es sospechosa de ocuparse acríticamente del dogma del bien jurídico—'[si] el comportamiento que protege el bien jurídico debe poder ser motivado con ayuda del derecho penal' o '[si] el interés a proteger por la norma de comportamiento es proporcional a la seriedad y a la violencia del derecho penal'".[46]

El espectro no pareció estar convencido —pero parecía que al menos había despertado su curiosidad—: "¿Quiere decir entonces que la doctrina penal del bien jurídico no es otra cosa que un examen especial estricto de la proporcionalidad?".[47]

[43] *Appel*, Verfassung und Strafe, p. 569, quien dice: "considerada en sí misma como penalmente neutral".

[44] Cf. convincentemente (en otro contexto) *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, pp. 163 y ss., así como en lo sucesivo ya *Kudlich*, JZ 2003, pp. 127, 128 y ss.

[45] Cf. también de nuevo *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, pp. 145 y ss., y p. 157 y *el mismo* en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Die Rechtsgutstheorie, pp. 83 y ss., según el cual la doctrina de los bienes jurídicos no debe jugar ningún rol para el examen de la norma de comportamiento; dado que, sin embargo, la ubicación de la finalidad de la norma de comportamiento y de sanción es la misma o la finalidad legítima de un aseguramiento de sanciones jurídicas de las normas de comportamiento ya resulta de la finalidad de la pena (cf. loc. cit., pp. 424 y ss.; en ese sentido, aprobatorio *Appel*, Verfassung und Strafe, pp. 577 y ss.), debe mantenerse como prácticamente irrelevante la doctrina de los bienes jurídicos para el derecho constitucional en su totalidad.

[46] *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, pp. 163 y ss.

[47] Cf. sobre esa discusión especialmente en las consecuencias de la sentencia sobre el incesto del BVerfG (E 120, 224) *Greco*, ZIS 2008, pp. 234 y ss.; *Kühl*, en: Hilgendorf/Rengier (eds.), Heinz-FS 2012, pp. 766, 767 y ss.; *Roxin*, StV 2009, pp. 544, 545 y ss.; *Stuckenberg*, GA 2011, pp. 653 y ss.

d) La singularidad parcial del dogma penal del bien jurídico frente al principio constitucional de proporcionalidad

"Sí y no", respondí algo vicariante: "Pienso que debemos distinguir tres niveles: desde el punto de vista histórico-dogmático, ante todo, ambos conceptos existen en forma paralela, porque se han desarrollado independientemente en los discursos, en gran medida defendidos entre sí desde hace cerca de veinte años.[48] *En sus efectos*, un examen de proporcionalidad que considera las particularidades del derecho penal descripto de algún modo como 'estricto' llega seguramente a los mismos resultados que la doctrina del bien jurídico. En tanto que no es el caso si *la implementación fáctica en la dogmática de los derechos fundamentales* aún no ha sido realizada en forma completa, por lo que, según mi parecer, el dogma del bien jurídico allí tiene una justificación completamente independiente".[49]

"Pero, una 'justificación independiente', ¿de qué?", insistió.

"Pues al menos como exigencia de la teoría de la pena y como exigencia jurídico-política", avancé lentamente. "Pero realmente me parece poco comprometida. La exigencia suficiente de un bien jurídico penal, en principio, no sólo es un criterio para evaluar si las leyes penales son adecuadas o inadecuadas al fin, sino que además es un presupuesto para una legislación penal

[48] A diferencia de lo que sucede con el derecho procesal penal, que *Sax* (comparar *del mismo*, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner [eds.], Die Grundrechte, tomo III/2, pp. 909, 910 y 967, según la cual también ya el ordenamiento del StPO estaba difundido como "Ley Explicatoria de la Ley Fundamental") lo designó ya en 1959 como como un emprendimiento similar al de un "derecho constitucional aplicado" (incluido por ejemplo en BVerfGE 32, 373, 383; similar al giro idiomático de los procesos penales como "sismógrafo de la constitución estatal", comparar KK-StPO/*Fischer*, 7. ed. 2013, Introducción n.° m. 103; *Roxin/Schünemann,* Strafverfahren, 28. ed. 2014, § 2 n.° m. 1), los aspectos constitucionales del derecho penal material —al menos con respecto a los derechos fundamentales materiales (no procesales)— recién desde la mitad de la década del noventa se ubican *en el centro* (sobre los campos problemáticos específicos cf. ya antes *Kohlmann,* Der Begriff des Steuergeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969, o *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; ejemplar sobre la discusión constitucional en la punibilidad de los delitos impropios de omisión, por todos, sólo *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, pp. 46 y ss.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, pp. 313 y ss., o *Welp*, Vorausgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, pp. 140 y ss.) de los intereses científicos (cf. por ejemplo *Appel*, Verfassung und Strafe; *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte; *Paulduro*, Die Verfassungsmäßigkeit von Strafrechtsnormen, insb. der Normen des Strafgesetzbuches, así como *Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat; como pionero de la discusión también la breve monografía de *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; recientemente *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014).

[49] Cf. también *Kühl* en: Hilgendorf/Rengier (eds.), Heinz-FS, 2012, pp. 766, 767, y 775 (que habla de una sobrevaloración del principio de proporcionalidad por un lado, y por el otro, de que sería "razonable orientarse a un concepto jurídico elaborado").

legítima".

"¿Qué debe significar 'en principio'?", quiso saber el espectro. "¿Son entonces ineficaces las leyes penales sin un bien jurídico suficientemente legítimo?".

"Pienso que sí —y si se quiere admitir formalmente la ineficacia de una ley sólo a causa de su inconstitucionalidad, se debe decir que el dogma del bien jurídico preexiste, por así decirlo, al derecho constitucional, y que en el caso de las normas penales se debe realizar el examen de proporcionalidad. Esto es un postulado de la teoría del derecho penal que tiene que aceptarse como asunción fundamental[50]—".

5. ¿El dogma penal del bien jurídico como asunción fundamental razonable y como "*space of reasons*"?

El espectro se mostró ahora dubitativo: "¿Cómo puede una asunción fundamental de derecho penal preexistir al derecho constitucional? ¡Esto tiene que ser al revés según la jerarquía jurídico-estatal de las normas!".

"Esto no es de ninguna manera extraordinario", contraaargumenté. "Actualmente, por ejemplo, se puede leer en todas partes que la autonomía privada se encuentra anclada en el art. 2 I GG.[51] Sin embargo, obviamente la idea de la autonomía privada y de sus expresiones son mucho más viejas que el principio legal. El postulado de la autonomía privada no rige *porque* existe el art. 2 I GG, sólo encuentra allí su ubicación constitucional. Y de una forma similar me represento el dogma del bien jurídico penal y el principio de proporcionalidad".

[50] Obviamente, tales "presupuestos" deben estar fundados y legitimados (y quedan sin embargo finalmente siempre postulados jurídico-políticos sobre los que se puede discutir). Naturalmente, el requerimiento de un bien jurídico penal legítimo en la tradición ya muy conocida de un derecho penal liberal y racional que debe ser la última ratio de la protección de los bienes jurídicos es cualquier otra cosa que contra-intuitivo. Que se deba recurrir a la exigencia fundamental, dándole prioridad a una sistemática de legitimación jurídica constitucional, no se presenta —más allá de los aspectos principales aludidos— de ninguna manera como evidente. Por lo tanto, bajo la vigencia de una constitución que coloca en el centro de sus reglas a la protección de los derechos fundamentales materiales contra la violencia estatal, y que quiere describir la violencia penal estatal evidente también en otros lugares, sería no obstante sorprendente que los mecanismos de aseguramiento reconocidos con respecto a los requerimientos de una finalidad penal legítima debieran ser licuados con un *argumento ex constitutione*.

[51] Cf. entre muchos otros Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 73. Ergänzungslieferung 2014, Art. 2 n.° m. 19, pp. 76 y ss. (también con otras referencias de la jurisprudencia del BVerfG); Sachs/*Murswiek*, GG, 7.ª ed. 2014, Art. 2 n.° m. 55; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG, 13.ª ed. 2014, Art. 2 n.° m. 12, p. 22; cf. también Dreier/*Dreier*, GG, 2.ª ed. 2004, Art. 2 n.° m. 38 (con especial énfasis en la libertad de acción económica, pero también relacionada con la autonomía privada).

"Sí, ya", se quejó el espectro. "Pero eso es algo diferente: ¿Cómo puede ser algo una asunción fundamental si su justificación y sobre todo sus límites están discutidos en particular?".

La duda me afectó poco: "Hacemos eso continuamente en derecho. Toma, por ejemplo, la dogmática de la doctrina de la autoría:[52] en ninguna parte está prescripto normativamente que rige. No resulta indiscutida. Es un postulado dogmático penal, con el cual muchos pueden vivir, porque existen buenas razones para ello. Y es difusa en sus contornos, porque de ella nadie puede *deducir* en un caso determinado el concepto de 'autoría', ni las definiciones que resultan de ella, tampoco si en un determinado caso existe un supuesto de autoría, o sólo uno de participación. Sin embargo, como asunción fundamental suministra argumentos de los cuales nos tenemos que ocupar y a partir de los cuales debemos juzgar el caso. Y algo similar se da en el supuesto del concepto del bien jurídico: como criterio no es indiscutible, pero muchos pueden vivir bien con él. Y para aquellos que lo aceptan, despliega un '*space of reasons*', dentro del cual debemos discutir sobre la legitimidad de las normas penales.

Y tal vez incluso 'dos promotores' generales del bien jurídico llegan en virtud de una cuestión muy concreta —como, por ejemplo, la 'legitimidad de una prohibición penal del auto-doping'— a resultados diferentes. Pero ya la circunstancia de que en ese caso se discute una justificación sobre la existencia de un bien jurídico suficiente, muestra que es un caso problemático para una regla penal".

El espectro me miró desilusionado. Quedó taciturno: "¿Y eso es suficiente para ti?"

"Sí, sólo en casos raros tenemos algo más que eso en derecho".

"¿Cómo piensas eso?"

"Incluso en el nivel más concreto y aparentemente comprensible de la aplicación de la ley debemos vivir con figuras dogmáticas difusas y también con lo difuso del texto legal redactado en lenguaje natural,[53] a partir del cual debemos realizar una subsunción sin más en pocos pasos. Esto

[52] Fundamentalmente extendido en *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, (actual) 9.ª ed. 2015 (1.ª ed. 1963); hoy en la literatura muy extendido, cf. sólo las exposiciones en *Kühl*, AT, 7.ª ed. 2012, § 20 n.° m. 25 y ss.; Maurach/Gössel/Zipf/*Renzikowski*, AT II, 8.ª ed. 2014, § 47 n.° m. 85 y ss.

[53] Cf. *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, pp. 127 y ss.; *los mismos*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 2008, pp. 80 y ss.

sucede a menudo en forma sencilla, y en los casos limítrofes debemos discutir a partir de la argumentación y saber, al fin y al cabo, que alcanzamos un resultado que probablemente también podría haber sido otro.[54] ¿Cómo debería ser eso de otro modo y más sencillo en un nivel de abstracción más elevado? Al igual que en la interpretación, podremos identificar casos muy simples en los cuales existe un bien jurídico penal idóneo, otros en los cuales evidentemente falta (y sobre el que prácticamente sin embargo poco se discute, al igual que sobre las subsunciones manifiestamente inadecuadas) y también aquellos en los que se puede y se debe discutir.

Pero considero que esa necesidad de discusión y los argumentos importantes que surgen de ella son consecuencias muy importantes del dogma del bien jurídico".

El espectro me miró seriamente: "Sin embargo, eso es —expresémoslo así— un entendimiento bastante defensivo del bien jurídico. Entonces, finalmente se encuentra todo en discusión: su aceptación, sus presupuestos y sus consecuencias".

"Sí", confesé. "Que así sea. Pero pienso que eso se da frecuentemente cuando no podemos medir con los métodos de las ciencias naturales. No es algo que me asuste".

V. Conclusión

"¿Y cuál será el núcleo de tu ponencia?", quiso saber finalmente el espectro.

"Contaré que el concepto de bien jurídico adquiere un significado prácticamente no discutido en la sistematización e interpretación de las prohibiciones penales, lo que, sin embargo, no estará en el centro de la cuestión. Y, como se sostiene extensamente en la literatura, que acepto un concepto de bien jurídico también con una función sistémica trascendente y, por lo tanto, con una potencia crítica, sin que, por ello, el concepto proceda realmente del derecho natural. Se trata, antes bien, de una asunción fundamental puesta en una tradición liberal, sobre cuya justificación, límites y consecuencias se puede discutir en el caso individual, lo que no se diferencia de otras asunciones jurídicas fundamentales.

Y que el bien jurídico es, en todo caso, un concepto de la teoría del derecho penal y es un

[54] Sobre la idea de la vigencia argumentativa de una tesis también sin una aceptación multilateral, cf. *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, (comentario 53) pp. 244 y ss.

concepto jurídico-político, pero también un criterio de legitimidad para la legislación penal que se tiene que realizar dogmáticamente, debido a que el examen jurídico-constitucional de las normas penales debe armonizar el requerimiento de una finalidad legal legítima con la doctrina penal del bien jurídico".

Sí, exactamente eso les quisiera transmitir en los próximos treinta minutos…. No puedo exponer más debido a la hora, pero posiblemente podrán leerlo en la ZStW.[55]

[55] Confirmo esa prognosis con la publicación en ZStW (2015), tomo n.º127, cuaderno n.º3, pp. 635-653.

FILOSOFÍA MORAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL*

Prof. Dr. Ulfrid NEUMANN**

Sumario

I. Derecho y moral. Ciencia jurídica y filosofía moral; II. De la estructura metaética de la discusión sobre eutanasia; III. Elementos deontológicos y consecuencialistas en la regulación del estado de necesidad jurídico-penal.

I. Derecho y moral. Ciencia jurídica y filosofía moral

En relación con la discusión sobre los presupuestos bajo los cuales una acción *prima facie* moralmente mala puede estar justificada o exculpada, John L. Mackie ha sostenido que aquí, como también en otros contextos, "la ética aparece como el pariente pobre de la ciencia jurídica".[1] Eso podrá ser correcto, en tanto uno se base en el haber de argumentos, casuística y criterios de diferenciación; en estos puntos la ciencia jurídica se revela como el pariente pudiente, y, en esa medida, la ética podría beneficiarse muy bien de una compensación dentro de la familia. Por otro lado, se impone la impresión de que la ciencia jurídica, tendría algo que aprender de sus parientes pobres en punto a la administración de los bienes. Respecto de la convalidación y sistematización de los argumentos, la filosofía moral dispone de una visible ventaja. Desde ambos puntos de vista, parece útil reactivar las relaciones familiares. Las siguientes reflexiones deben ser entendidas como un alegato en favor de intensificar la colaboración entre ciencia jurídica y filosofía moral, que en los últimos años se divisa, principalmente, en relación con la explicación de cuestiones de

* Traducción de Marcelo A. SANCINETTI (Universidad de Buenos Aires) de la contribución del autor: "Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik", en *Achiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.° 44, 1991, pp. 248 ss. Revisión de la traducción de Eduardo RIVERA LÓPEZ (Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires). Se ha mantenido, en la medida de lo posible, el estilo de citas de la publicación original.

** Al tiempo de la publicación del original alemán, Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho y Sociología del Derecho de la Universidad de Saarbrücken; desde 1994, profesor de las mismas áreas de Universidad de Frankfurt a.M., República Federal de Alemania. Sobre el autor, véase la página *web*: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42778578/lehrstuhlinhaber.

[1] J. L. Mackie, *Ethik. Auf der Suche nach dem Richtigen und Falschen*, 1983, p. 210.

política jurídica sobre los complejos temas de tecnología genética, tecnología de reproducción y eutanasia.[2]

En esta cooperación de las disciplinas "filosofía moral" y "ciencia jurídica", se continúa una evolución que se caracteriza por una reestructuración del ámbito temático de "Derecho y Moral" en la discusión de la ciencia jurídica de la República Federal de Alemania. Aquí, primeramente, el tema surgió como signo del renacimiento, generado también por el Tribunal Supremo Federal, de un renacimiento impregnado preponderantemente de la teoría moral católica del derecho natural tras el final del dominio nacionalsocialista.[3] La sentencia sobre la punibilidad del coito entre prometidos (BGHSt., t. 6, p. 46), en las que el Tribunal Supremo Federal fundó la condena penal sobre la base de las "normas de la ley moral" y sobre el "orden de valores preexistente, que debe ser tenido en cuenta, y las reglas del deber que rigen la convivencia humana", y la sentencia sobre la punibilidad de la no evitación de un suicidio, en la cual la condena moral del suicidio se fundamenta en que nadie podría disponer de su propia vida como señor de sí mismo (BGH St., t. 6, p. 147), son sólo los ejemplos más conocidos. Es como consecuencia de esta orientación de la posición iusnaturalista a un sistema normativo represivo, especialmente fijado en la moral sexual, que la liberalización del derecho, especialmente del derecho penal, se pudo realizar sólo en la forma de una desmoralización del derecho.[4] Por contraposición, la discusión más reciente se refiere de modo totalmente preponderante a la relación entre el derecho y los sistemas o principios seculares de filosofía moral.[5] La discusión sobre derecho natural se ha emancipado de sus premisas teológicas.[6]

En el curso de esta evolución, el problema de la relación entre derecho y moral se desplaza también en la perspectiva de la dogmática jurídica y de la política jurídica. Si en la discusión de los tiempos del "renacimiento del derecho natural" posterior a 1945 era característica la pregunta de si el derecho, especialmente el derecho penal, tenía que proteger *la* moral, ahora se plantea el

[2] Del lado filosófico, p. ej., Patzig, en: Universitas, 1988, pp. 638 ss.; Hoerster, NJW, 1986, pp. 1786 ss.; del lado jurídico, p. ej., Arthur Kaufmann, JZ, 1982, pp. 481 ss.; Giesen, JZ, 1990, pp. 929 ss. En favor de una comprensión de la ciencia jurídica como rama de la teoría de la razón práctica aboga Kirele, *Recht und praktische Vernunft*, 1979.

[3] Referencias en Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, 1972, pp. 106 ss.

[4] Al respecto, cf. Jung/Müller-Dietz/Neumann, en: *ídem* (comp.), *Recht und Moral*, 1991.

[5] Como ejemplo en favor de una teoría ética orientada a la ética del discurso (Habermas), Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª ed., 1991.

[6] Como ejemplo, Dreier, NJW, 1986, pp. 890 ss.

problema de la legitimidad moral de determinadas regulaciones jurídico-penales. La *ética jurídica*[7] concebida para tratar este problema conforma *un* punto esencial en el ámbito de competencia común entre ciencia jurídica y filosofía moral. Ella trata de cuestiones normativas acerca de la legitimidad moral de normas jurídicas existentes o imaginables. Un segundo punto esencial podría residir en la comparación estructural entre argumentaciones morales y dogmático-jurídicas, o bien en el análisis de argumentaciones dogmático-jurídicas con ayuda de categorías de la filosofía moral analítica.[8] Desde este punto de vista se trata de reconstruir, con ayuda de categorías desarrolladas por la ética, determinadas estructuras de la argumentación de la ciencia jurídica y de analizar a partir de allí las razones de los problemas, rechazos e inconsistencias, con los cuales debe luchar la dogmática jurídica en ámbitos-límite del derecho. En esa medida se exige el instrumental de una ética analítica normativamente indiferente,[9] no la existencia de reglas de un sistema normativo.

La siguiente exposición versará sobre la capacidad de rendimiento de este instrumental en la reconstrucción de las argumentaciones jurídico-penales. A este respecto, las reflexiones serán puntuales en un doble sentido: por un lado, por la restricción temática a problemas de la ayuda a morir y del estado de necesidad jurídico-penal, por otro, respecto de la concentración a estructuras de argumentación que se relacionan con la distinción entre estructuras de regulación orientadas a las consecuencias (consecuencialistas) y orientada a principios (deontológicas).

II. De la estructura metaética de la discusión sobre eutanasia

Las discusiones sobre el límite entre conducta punible e impune en los casos de ayuda a morir se caracterizan por una visible tensión entre el resultado ampliamente aceptado y las fundamentaciones dadas para él. Existe un amplio acuerdo en el sentido de que no existe una acción de homicidio punible cuando la muerte del paciente se produce sin intención, aun cuando sea un efecto colateral conocible de una medida terapéutica del dolor.[10] Pero también existe amplia unidad de criterios acerca de que esta consecuencia sólo difícilmente puede ser fundamentada constructivamente.[11] Las dificultades dogmáticas sólo pueden ser abordadas aquí

[7] Sobre la determinación de la misión de la ética jurídica, cf. Bydinski, en: Bydinski/Mayer-Maly (comp.), *Rechtsethik und Rechtspraxis*, 1990, pp. 11/96.

[8] Principios sobre un análisis del nivel moral de las reglas jurídico-penales y de las argumentaciones dogmáticas jurídico-penales sobre la base de la teoría de la evolución del juicio moral (Kohlberg), en Rottleuthner, *Das moralische Niveau des Strafrechts*, en: Bryde/Hoffmann-Riem (comp.), *Rechtsproduktion und Rechtsbewußtsein*, 1988, po. 155171.

[9] Sobre el concepto: Frankena, *Analytische Ethik*, 1972, pp. 7 ss.

[10] En lugar de muchos: Schönke/Schröder/Eser, *Strafgesetzbuch*, 23ª ed., 1988, n.° m. 25 ss., previo a los §§ 211 ss.

[11] A modo de ejemplo: Arzt, *Strafrecht, Besonderer Teil, Delikte gegen die Person*, 3ª ed., 1988, n.° 181, n. 5.

brevemente. El *negar una acción de homicidio doloso* en estos casos[12] no es compatible con las reglas generales de la dogmática del dolo, según las cuales el dolo también se extiende a las consecuencias de la acción no intencionales, pero previstas como seguras, así como a las consideradas seriamente posibles y asumidas. El recurso a la disposición legal del *estado de necesidad justificante* (§ 34, StGB*)[13] tiene que luchar con la dificultad de que la ponderación de intereses requerida en el marco del § 34, StGB, en vista del valor supremo absoluto que se le reconoce al bien jurídico vida,[14] escasamente puede ser resuelta sobre la base de las reglas dogmáticas reconocidas, en desmedro de los intereses que le son atribuidos a este bien jurídico. La idea de *"riesgo permitido"*[15] en todo caso no puede ser invocada, según las reglas generales, cuando el efecto de acortar la vida de la medida terapéutica del dolor está previsto como seguro. La propuesta de extraer los casos de eutanasia indirecta de los límites del ámbito de protección de la norma en vista de la *ética profesional de los médicos*,[16] entrega el derecho penal estatal al poder de disposición de un determinado grupo profesional, y, por ello, es prácticamente inaceptable.

Parece digno de destacar que se pueden comprobar claras mayorías negativas con relación a la insuficiencia de todos los caminos individuales de fundamentación, pero igualmente existe una amplia unidad de criterios, en cuanto al resultado. En estos casos, de un amplio consenso sobre el resultado y un importante disenso en la fundamentación, no se debe rechazar la sospecha de que los criterios determinantes para producir el consenso no se pueden hacer explícitos, porque no son compatibles con las premisas del sistema de reglas que determinan las posibilidades de la argumentación.

Para la discusión sobre el tema de la "ayuda a morir", estas premisas están marcadas por la rígida regulación del § 216, StGB, y por la tesis de la indisponibilidad de la vida humana ajena. A

[12] Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, 1968, pp. 25,70 s.

* El § 34, StGB *(Estado de necesidad justificante)*, dice: Quien, hallándose en peligro actual para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, que no pueda conjurar de otro modo, comete un hecho para aventar el peligro de sí o de otro, no actúa antijurídicamente si, en la ponderación de los intereses en conflicto, especialmente de los bienes jurídicos afectados y del grado de los peligros que los amenacen, el interés protegido prepondera esencialmente sobre el afectado. Sin embargo, esto rige sólo si el hecho es un medio adecuado para conjurar el peligro. [Nota del Traductor].

[13] P. ej., , NJW, 1986, p. 1635.

[14] En lugar de Herzberg muchos: Schönke/Schröder/Lenckner, § 34, n.° 23.

[15] Schönke/Schröder/Eser, n.° 26, previo a los §§ 211 ss.

[16] *LK*, Jänke, n.° 17, previo al § 211.

este respecto, la regulación del § 216, StGB,[17] está legitimada por la tesis de la intangibilidad de la vida humana en un doble sentido. Por un lado, el punto de vista de la indisponibilidad se funda en que dar muerte a otro sigue siendo punible, aun en caso del consentimiento de éste; en esta función, le corresponde la caracterización del bien jurídico vida como bien jurídico "no disponible". Por otro lado, ella apoya la estructura categórica de la prohibición del homicidio. En este sentido, "indisponibilidad" significa que el peso normativo de la vida es completamente indiferente frente a las circunstancias de la vida concreta individual. La cuestión de si se trata de una vida plena y feliz o de una existencia dolorosa, como la que padece de modo insoportable un enfermo incurable, es irrelevante.

De esta manera, el bien jurídico vida es explicado, en la terminología de la filosofía moral, como un bien *intrínseco*.[18] La vida tiene valor no como presupuesto biológico (como "medio") de una existencia feliz, sino que porta en sí su valor; no es *bonum utile*, sino *bonum honestum*.[19] A los bienes o valores intrínsecos les corresponden normas que proscriben u ordenan determinadas acciones como tales, sin consideración a las concretas consecuencias de las acciones que resultan de las circunstancias. La prohibición del homicidio representa una *normación deontológica*[20] de esta índole, en tanto pretende validez aun en los casos en los cuales las consecuencias del respeto a la prohibición son peores, para todos los participantes, que las consecuencias de su lesión.[21]

En vistas de estas consecuencias contraintuitivas, la aceptación de valores intrínsecos, así como el correspondiente reconocimiento de normas morales deontológicas, requieren un esfuerzo especial de fundamentación. Para una moral orientada a la capacidad de vivencias y padecimientos de los individuos, los valores pueden ser concebidos "sólo como correlato de intereses, deseos y necesidades de seres sensibles".[22] Según esta concepción, "valor" es un

[17] El § 216, StGB, reza: I. Si alguien ha sido determinado al homicidio por medio de la petición expresa y seria del muerto, será reprimido con pena privativa de libertad de 6 meses a 5 años. II. La tentativa es punible.
[18] Al respecto, cf. Trapp, *„Nicht-klassischer" Utilitarismus*, 1988, p. 30.
[19] Cf. Kuhse, *Die Lehre von der „Heiligkeit des Lebens"*, en: A. Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 75 ss., 89.
[20] Sobre la estructura deontológica de las teorías morales, cf. J. L. Mackie, *Ethik*, pp. 189 ss.; Frankena, *Analytische Ethik*, 1972, pp. 35 ss.; C. D. Broad, *Five Types of Ethical Theory*, 9ª ed., 1967, p. 206 *("Deontological theories hold that where are ethical propositions of the form: 'Such and such a kind of action would always be right [or wrong] in such and such circumstances, no matter what its consequences might be'")*. Cf. también Trapp, *„Nicht-klassischer" Utilitarismus*, pp. 27 ss.
[21] Ello resulta especialmente claro en la teología moral católica. Cf. p. ej. Schüller, *Direkte Tötung - indirekte Tötung*, en: *Theologie und Philosophie*, 1972, pp. 341 ss. "El normar deontológicamente el matar significa *eo ipso* que puede haber situaciones en las cuales la conducta adecuada al deber tiene por consecuencia una proporción de males no-morales mayor que la conducta contraria al deber" (p. 356).
[22] Patzig, *Wertrelativismus und ärztliche Ethik*, en: Universitas, 1988, pp. 638 ss., 640.

predicado de dos cifras. Aun la vida tiene valor —o, justamente, ningún valor— sólo para alguien, para el afectado mismo o para otros individuos.[23] Correspondientemente, para la valoración moral de una acción que atañe al valor en cuestión, sólo puede importar si está menoscabado el "para qué" de este valor o no. En contraposición con los modelos deontológicos, que obtienen el juicio moral mediante la subsunción de la descripción de la acción ("acción de matar") bajo la regla respectiva de un sistema deóntico, para la posición consecuencialista que se corresponde a la concepción relacional del valor, decide, sobre el valor moral de esa acción, la totalidad de las consecuencias que resultan de ella.

1. La idea de que, para el enjuiciamiento de la cualidad moral de una acción, no puedan importar sus consecuencias concretas, se puede fundamentar de modo convincente en el marco de un modelo que vincula la identificación normativa de reglas de conducta o de prescripciones de conducta con el criterio de su establecimiento por una instancia competente —entendidos los conceptos de *"establecimiento"* y de *"instancia competente"* en un sentido amplio—. Por ello, son prototipos de teorías deontológicas los códigos morales ligados a la religión o fundamentados de modo metafísico.[24] Sobre la base de una concepción moral teísta la identificación de la vida como valor "intrínseco" puede ser fundamentada de modo concluyente: la teoría de la "santidad de la vida" se deriva como consecuencia de la aceptación de que sólo Dios tiene el derecho de disponer sobre la vida humana.[25] El mismo resultado logra la concepción que, sin recurrir expresamente a premisas teológicas, le atribuye a determinados valores un *status* trascendente. Así, la indisponibilidad de la vida humana se fundamenta, en parte, mediante una "significación trascendente del sentido", con el carácter "pleno de sentido del ser humano".[26] Al igual que en el caso de una moral ligada a la religión, resultan aquí consecuencias normativas de la aplicación de un esquema de significación específico, que le proporciona un significado trascendente a los estados de cosas biológicos y sociales.[27]

[23] Patzig, *ibídem*.

[24] Frankena, *Analytische Ethik*, p. 48.

[25] Acerca de la idea de la santidad de la vida en la teología moral católica y en las transformaciones secularizadas de esta idea, ampliamente, Kuhse, *The Sanctity-of-Life Doctrine in Medicine*, *A Critique*, Oxford, 1987; *idem*, *Die Lehre von der „Heiligkeit des Lebens"*, en: A. Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 75-106. Cuando Helga Kuhse le atribuye a la vida en esta deducción sólo un valor extrínseco, porque procede de la voluntad de Dios, eso es posible, sin duda, en caso de una concepción correspondiente de los pares de conceptos extrínseco/intrínseco. Pero es decisivo que en esta concepción el valor vida no está fundamentado por medio de su utilidad.

[26] Stürner, JZ, 1990, pp. 709 ss.

[27] Al respecto, H. Tr. Engelhardt, *Consensus in the Use of Human Reproductive Technologies: How Much can we Hope for?*

Para un ordenamiento jurídico sujeto al principio de la neutralidad respecto de las concepciones del mundo, la indisponibilidad de la vida humana no se puede fundamentar mediante premisas ligadas a la religión. El recurso a una trascendencia sin una impronta religiosa sigue siendo no vinculante, mientras la relación con esta trascendencia no sea fundamentable a partir del ordenamiento jurídico mismo. La función de unión la asume en este punto el principio de la dignidad del hombre. Según la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el aborto, toda injerencia en la vida humana contendría a la vez una lesión a la dignidad del hombre (BVerfGE, t. 39, pp. 1, 42). Frente a esta concepción, en la doctrina constitucional se ha expresado la sospecha de un punto de vista "biologista".[28] Esta sospecha parece fundada; empero, no se trata aquí de una crítica a la argumentación basada en el principio de la dignidad del hombre.[29] Se trata del valor de posición [relativo] del argumento, no de la validez de la invocación a la dignidad del hombre. El principio de la dignidad del hombre configura, en la argumentación de la dogmática jurídica, el equivalente funcional de la "santidad" de la vida. Como principio igualmente sustraído a toda ponderación,[30] asume la función de una premisa ético-jurídica y jurídico-positiva, la cual, al igual que ocurre con el principio de la santidad de la vida, no puede exponerse a una valoración mediante las consecuencias que se producen en el caso concreto.

2. Una normación moral o jurídica que, como principio, no pueda ser corregida por la valoración de las consecuencias, tropieza con serias dificultades en la medida en que su orden de preferencias orientado a la *acción* entre en colisión con un orden de preferencias ético-social orientado a las *consecuencias*. Esto vale también para sistemas morales ligados a la religión. Por cierto, desde el *punto de vista moral-teológico*, una concepción moral deontológica no se refuta por el hecho de que la conducta adecuada al deber pueda tener como consecuencia una proporción de males no-morales mayor que la conducta contraria al deber.[31] No obstante, en determinados casos de aplicación de prohibiciones normadas deontológicamente no se puede seguir manteniendo una posición heroica. Ello es evidente, en tanto se incluya en el ámbito deontológicamente normado de la prohibición del homicidio, también los casos de legítima defensa;[32] pero aun cuando se restrinja la prohibición deontológica a dar muerte a un hombre que actúa *inculpablemente*, sigue ha-

[28] W. Graf Vitzthum, JZ, 1985, pp. 201 ss., 203.
[29] Acerca de la crítica a la utilización del argumento de la dignidad del hombre en la discusión sobre tecnología genética y medicina reproductiva, cf. Neumann, en: Klug/Kriele (comp.), *Menschen- und Bürgerrechte*, ARSP-n.° 33 (1988), pp. 139 ss. Críticamente sobre el intento de derivar la validez sin excepción de la prohibición del homicidio (directo) a petición, a partir del principio de la dignidad del hombre en Kant, Hoerster, ZRP, 1988, pp. 185 ss.
[30] En lugar de muchos, *AK*-Podlech, 1984, art. 1, párr. 1, n.° 73.
[31] Schüller, *Direkte Tötung - indirekte Tötung*, *ibídem* p. 356.
[32] Referencias en Schüller, *ibídem* p. 353.

biendo casos, como los de una indicación vital ante la interrupción de un embarazo, que no pueden ser resueltos de modo razonable sin la introducción de premisas morales adicionales.

Si se introdujera estas *premisas adicionales* en la forma de *reglas de ponderación abiertas*, se le estaría prendiendo fuego al punto de partida deontológico: si un aborto está permitido sin más restricción para salvar la vida de la madre, entonces la acción de abortar es valorada moralmente según el criterio de una relación de medio a fin y, con ello, según parámetros consecuencialistas. La esperanza de poder restringir a ámbitos marginales el pasarse al campo del consecuencialismo sería engañoso; pues ya la fundamentación para efectar la comprobación de que en determinadas constelaciones de casos (p. ej.: la amenaza a la salud, pero no a la vida de la madre) *no* entra en consideración una ponderación de medio a fin, seguiría inevitablemente la lógica del cálculo consecuencialista. De este modo, una *moral estructurada deontológicamente*, tal como es enseñada por la Iglesia Católica, se halla ante el dilema de o bien tener que asumir consecuencias que incluso desde el punto de vista de los administradores de esta moral no parecen admisibles, o bien, si no, tener que bombardear el propio punto de partida mediante concesiones a una concepción moral teleológica.

La salida para este dilema la da la doctrina del doble efecto de las acciones humanas y la distinción unida a ella entre homicidio directo e indirecto. Sigue estando prohibida sin excepción (deontológicamente normada) toda acción en la cual aquello de lo que se trata para el agente es el producir la muerte de otro. Ese es el caso, aun cuando la muerte de otro haya de ser producida como medio para determinado fin deseado. En cambio, existe un homicidio indirecto, accesible a una justificación según criterios teleológicos, cuando la muerte solamente es el efecto colateral, aun cuando previsto como seguro, de una acción que tiende a la evitación de un mal.[33] Por ello, está permitida la eutanasia indirecta, que tiende a mitigar el dolor, pero no la directa, la cual, mediante la muerte, tiende a librar al moribundo de su tormento.[34]

La perspectiva moral teológica sobre el problema de los límites de la prohibición del homicidio tiene aquí especial interés por el hecho de que, por un lado, respecto de la admisión de la eutanasia ella está en amplia consonancia con la concepción dominante en la dogmática jurídico-

[33] Sobre la doctrina del doble efecto en la teología moral católica, cf. Mausbach/Ermecke, *Katholische Moraltheologie*, t. I, 8ª ed., 1954, p. 237; Schüller, *ibídem*.

[34] Pius XII, en Utz/Groner (comp.), *Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens - Soziale Summe Pius XII*, t. 3, n.° 5535.

penal,[35] pero, por otro, todavía desempeña un papel esencial incluso en la discusión de la ética analítica.[36] La pregunta decisiva es la de si la diferencia entre homicidio directo e indirecto puede caracterizar aún una delimitación éticamente relevante también para la moral secular y para una dogmática jurídica fundada en ella.

Respecto de los casos de *aborto*, a los cuales fue aplicada, en la teología moral católica, la doctrina del doble efecto, con resultados en parte grotescos,[37] la cuestión no se plantea, al menos en la discusión dogmática del derecho penal.[38] Respecto de los casos de ayuda a morir, en los cuales la distinción entre eutanasia directa e indirecta, junto a la de eutanasia activa y pasiva, traza el límite entre punibilidad e impunidad, la fuerza de convicción moral de esta delimitación está cada vez más discutida.[39] El hecho de que la relevancia de la distinción difícilmente pueda ser fundamentada a partir de las reglas generales de la dogmática del derecho penal está fuertemente probado por los múltiples intentos dogmáticos de fundamentación.[40] Sobre la base de una concepción que parte de la santidad o de la indisponibilidad de la vida humana, se plantean problemas paralelos para el enjuiciamiento ético-jurídico y filosófico-moral. Pues el hecho de que el valor, concebido como intangible, haya de estar a disposición de una ponderación de bienes en el instante en que el autor lo asuma sólo como "efecto colateral" no se puede fundamentar. La doctrina del doble efecto conduce a una solución aparente de los problemas que resultan de la

[35] Se remite expresamente a la discusión moral teológica Eser, en: Eid (comp.), *Euthanasie oder Soll man auf Verlangen töten?*, 2ª ed., 1985, p. 62.

[36] Como ejemplo: Mackie (n. 1), pp. 205 ss.; Kuhse, 1987 (n. 25), así como los aportes de Leist (pp. 9 ss., 31 s.) y Foot (pp. 196 ss.), en Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990.

[37] Cf. el ejemplo en Schüller (n. 212), p. 356: Puesto ante la elección de extirpar, para salvar la vida de la madre, el útero junto con el feto, o, en cambio, sólo el feto, conservando el útero, el médico tiene que decidirse, según la doctrina del doble efecto, en favor de la primera posibilidad. El considerar la conservación de la capacidad de reproducción de la madre no puede jugar ningún papel. El ejemplo es especialmente grosero, porque si bien justifica la destrucción del feto sólo lo hace bajo el presupuesto, que desde el punto de vista médico carece de todo sentido, de que haya una lesión a la madre que vaya más allá.

[38] Incluso el trabajo de C. Beling (*Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a StGB haltbar?*, 1989), que respecto del aborto asume el punto de vista de la teología moral católica de modo bien acrítico, niega la relevancia jurídico-penal de la distinción entre homicidio directo e indirecto en el marco de la problemática del aborto y del estado de necesidad (pp. 137 ss.). Acerca de la discusión filosófico-moral, cf. Foot, *Das Abtreibungsproblem und die Doktrin der Doppelwirkung*, en: A. Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 196-221.

[39] Cf. p. ej., R. Merkel, *Teilnahme am Suizid - Tötung auf Verlangen - Euthanasie, Fragen die Strafrechtsdogmatik*, en: R. Hegelsmann / R. Merkel (comp.), *Zur Debatte über Euthanasie*, 1991.

[40] Véase un panorama en R. Merkel (n. 39), pp. 92 ss.

rigidez de normaciones deontológicas, porque sus criterios de diferenciación orientados a la motivación del agente no se pueden integrar en el modelo deontológico.[41]

Entonces, aún está sin decidir la cuestión de si el diferente enjuiciamiento de la eutanasia directa e indirecta no puede ser plausible sobre la base de una interpretación alternativa del § 216, StGB. Por un lado, aquí entra en consideración una explicación que apunta a los intereses individuales de la víctima potencial, por otro, una interpretación que se basa (también) en intereses colectivos de bienes jurídicos.

a) Dado que el § 216, StGB, interviene precisamente cuando la voluntad libre y responsable de la víctima se dirige a la producción de su muerte, una interpretación del § 216, StGB, orientada a los intereses individuales presupone que los intereses del afectado pueden jugar con éxito contra su voluntad (libre). Desde esta perspectiva, el § 216, StGB, es una norma *paternalista*, porque protege los intereses del individuo incluso contra su voluntad[42]. La cuestión de si, desde este punto de vista, la disposición es legitimable depende de qué posición se defienda en la discusión por la admisibilidad de tipos penales paternalistas.[43] Dado que, desde la perspectiva de esta interpretación, se trata de la definición y ponderación de intereses del individuo protegido por el tipo penal, se pueden derivar también restricciones de la prohibición del homicidio sólo desde el punto de vista de una situación de intereses atípica. Sobre la base de una interpretación paternalista del § 216, StGB, la admisibilidad de las medidas que acortan la vida se decide, por ello, según el criterio del valor que tenga para el afectado el seguir viviendo;[44] traducido en términos de dogmática jurídica: según puntos de vista del estado de necesidad.[45] Las preguntas por la motivación del actuante carecen de significación a ese respecto.

b) La cesura entre la eutanasia directa e indirecta es fundamentable, a lo sumo, sobre la base de una concepción que refiera la prohibición estricta del homicidio del § 216, StGB, a intereses

[41] Una crítica aguda a la teoría del doble efecto en J. Bennett, en: Analysis 26 (1965/66), pp. 83 ss., 91; diferenciando, pero, en los resultados, rechazándola del mismo modo, P. Foot, *Das Abtreibungsproblem und die Doktrin der Doppelwirkung*, en: A. Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 196 ss.

[42] En favor de una justificación "paternalista" del § 216, StGB, expresamente, Hoerster, NJW, 1986, pp. 1786 ss., 1789 s. Dado que la protección jurídico-penal no se refiere aquí a una autolesión, sino a una heterolesión consentida, se puede hablar de una norma paternalista "indirecta".

[43] Al respecto, v. a. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, t. 3, *Harm to Self*, 1986; otras referencias en Merkel (n. 39), pp. 81 ss. Cf. también Garzón Valdés, en: Rechtstheorie 18 (1987), pp. 274/290.

[44] La propuesta correspondiente, *de lege ferenda*, en Hoerster, NJW, 1986, p. 1792.

[45] Al respecto, Merkel (n. 39). Sobre el problema de si, *en el marco de la dogmática jurídico-penal sobre el estado de necesidad*, se debe afirmar un interés preponderante en el acabamiento de la vida, cf. *supra*, en nota 14.

colectivos. Para el muy citado "efecto de rotura de dique", el peligro de que el debilitamiento del tabú del homicidio pueda conducir, por la justificación de medidas que acortan la vida, a un debilitamiento de la prohibición del homicidio aun en otros ámbitos, así como también a la posibilidad de una puesta en peligro de la confianza en la medicina[46] *puede* desempeñar un papel la cuestión de si el ordenamiento jurídico aprueba, bajo determinados presupuestos, también acciones de homicidio realizadas adrede. Debido a la falta de una base empírica, la cuestión de cuán alto se estime ese riesgo es en gran medida una consecuencia del punto de vista, al que deba dar fundamento esa estimación.

III. Elementos deontológicos y consecuencialistas en la regulación del estado de necesidad jurídico-penal

La cuestión de bajo qué presupuestos una acción "en sí" prohibida puede estar justificada bajo *puntos de vista del estado de necesidad*, converge con la cuestión del límite que corre entre *normación deontológica* y *consecuencialista* en el sistema del derecho penal. Esta conexión halla creciente reconocimiento en la doctrina del derecho penal.[47] A este respecto, el rechazo por principio de una justificación fundamentada según puntos de vista de ponderación de bienes o de intereses se puede clasificar como una *posición puramente deontológica*. A la inversa, a partir de un punto de vista radicalmente utilitarista tendría que ser admitida sin ningún límite un cómputo de intereses. En el caso extremo, sería lícito matar a un hombre que (de modo inevitable) tiene una expectativa de vida extremadamente pequeña, para salvar —p. ej., mediante un trasplante de órganos— la vida de un hombre que (en ese caso) tendrá mayores expectativas de vida.

Un ejemplo de la *primera posición* lo ofrece el tratamiento del problema del estado de necesidad en Kant. Incluso el peligro para la vida del autor no puede justificar la acción de necesidad; pues no puede "haber una necesidad que convierta en conforme a derecho lo que es ilícito".[48] La acción tiene que quedar impune solamente por el hecho de que el temor a la pena no podrá preponderar ante el temor a la muerte segura en la situación de peligro agudo para la vida y, por ello, el mantener la conminación penal no sería racionalmente fundamentable en esos

[46] Acerca de ambos puntos de vista, en lugar de muchos: Giesen, JZ, 1990, pp. 929 ss.
[47] Cf. p. ej. Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 112 s.; Meißner, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34, StGB)*, 1990, passim.
[48] Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1789, p. 343 (citado según la edición de estudios de Darmstadt, 1968, t. 7).

casos. La prohibición de mentir reclama una obligatoriedad estricta incluso cuando una información falsa pudiera salvar la vida de un perseguido.[49]

La *posición contraria* radical acepta no sólo la posibilidad de que una prohibición moral pueda ser suspendida, en determinadas circunstancias, sobre la base de ponderaciones de intereses, sino que, para la valoración moral de una acción, se orienta exclusivamente por sus consecuencias. El hecho de que una afirmación sea una mentira, entonces, no sólo no es un argumento contundente, sino que ni siquiera es un argumento contra su licitud moral; importan exclusivamente las consecuencias y su evaluación moral. "Un utilitarista juzgará el mentir, bajo ciertas circunstancias, como bueno, bajo otras, como malo, según las consecuencias".[50] Las reglas a las cuales se oriente en todo caso son empíricas, no reglas normativas —reglas prácticas que se refieren a la cuestión de qué consecuencias tiene característicamente una acción—.[51] Dado que el mundo no está deónticamente estructurado de antemano ni por reglas normativas ni por posiciones jurídicas, en todos los casos decide, acerca de cuál es la acción moralmente mandada, una ponderación de las consecuencias de las acciones que entran en consideración. La ponderación de bienes e intereses marca el camino principal hacia el actuar moralmente correcto. Argumentos convincentes en favor de la existencia de intereses o de bienes que se sustraerían, por principio o en determinados ámbitos, a la ponderación, son tan incomprensibles como razones en favor de que (determinados) bienes o intereses sólo tuvieran que ceder en caso de una desigualdad cualificada de su importancia (esencial preponderancia de otros bienes o intereses).

La *regulación del estado de necesidad* del Código Penal alemán sigue un camino intermedio, que, sin embargo, pasa más cerca de una concepción consecuencialista que de una deontológica. El § 34, StGB, formula un principio de ponderación universal, que no está restringido, ni del lado del "bien que sufre la injerencia", ni del lado del "bien que se conserva", a determinados bienes jurídicos.[52] Puntos de contacto con una normación *deontológica* se hallan en el presupuesto de una preponderancia "esencial" del interés protegido frente al menoscabado por la acción realizada en estado de necesidad, y en la restricción de que el hecho tiene que ser un "medio adecuado" para la evitación del peligro (§ 34, 2ª oración, StGB).

[49] Kant, *Über ein vermeintes Recht, aus Menschenliebe zu lügen*, lug. cit., pp. 637 ss.
[50] P. Singer, *Praktische Ethik*, 1984, p. 11.
[51] Cf. al respecto, Smart, *Extremer und eigeschränkter Utilitarismus*, en: Höffe, *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1975, pp. 121 ss., 124: "Para un utilitarista extremo, las reglas morales son reglas prácticas".
[52] Terminología en Küper, JZ, 1976, pp. 515 ss., 516.

La cuestión de si el presupuesto de una preponderancia "esencial" del interés protegido efectivamente modifica el "principio de cómputo" consecuencialista, en el sentido de un correctivo deontológico está discutida en la doctrina jurídico-penal. *En parte* se argumenta que si, para la cuestión de la justificación de una acción desde el punto de vista del estado de necesidad, importa en última instancia la superioridad del valor del interés protegido, entonces, bastaría que exista una preponderancia sin más; el elemento "esencial" no se referiría al presupuesto de una preponderancia cualificada, sino que sólo aclararía que en la duda de si efectivamente se puede afirmar una preponderancia del interés protegido, no entra en consideración una justificación según el § 34, StGB.[53] En el sentido de un principio consecuencialista, esto es convincente: si se exigiera una preponderancia cualificada, entonces, podría estar mandada la conducta C 1 (omitir la acción de salvamento), aunque las consecuencias de la conducta alternativa C 2 (ejecutar la acción de salvamento) fueran más ventajosas (conservación del interés –ligeramente– superior ante la pérdida del interés —escasamente– inferior). Pero esto contradice el principio de que siempre es preferible la acción que conlleva las mejores consecuencias.

Frente a ello, la *concepción alternativa*, que exige una *preponderancia cualificada* del interés protegido,[54] presupone que la ponderación de intereses ocurre en un mundo que ya está estructurado de antemano normativamente y que puede ser dominada por sus preferencias. Esta estructuración ocurre, esencialmente, en la forma de la *transformación de intereses en derechos subjetivos*. El recurrir a la propiedad ajena no sólo afecta un interés, sino que lesiona a la vez un derecho de otro. Pero la concesión de un derecho implica la garantía de que los intereses correspondientes en todo caso están sustraídos a la posibilidad de cómputos discrecionales. A esta garantía se vincula necesariamente un cambio de perspectiva: para la cuestión de la conformidad al derecho de una acción en estado de necesidad que afecta derechos de terceros ya no puede importar solamente la pregunta de si desde el *punto de vista de la sociedad*, es más valiosa la conservación de un bien o de otro. Antes bien será decisiva la pregunta de si, *desde el punto de vista del afectado por la acción en estado de necesidad*, la injerencia en la posición que se le garantiza jurídicamente, aparece como excepcionalmente justificada. El que un interés esté asegurado jurídicamente le confiere al hecho de soportar una injerencia en este interés el carácter de acto de solidaridad. Pero sólo se puede exigir solidaridad, en tanto, para el otro, se trate de intereses esencialmente más importantes que para el "obligado a la solidaridad"[55].

[53] Lenckner, en: Schönke/Schröder, *StGB*, § 34, n.° 45.
[54] H. J. Hirsch, en: *LK*, 10ª ed., § 34, n.° 76; Jakobs, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, 1983, 13/33.
[55] Al respecto, Jakobs, *ibídem*.

La cuestión de si esta fundamentación jurídico-dogmática en favor de una interpretación restrictiva del derecho a una injerencia en situaciones de necesidad es vinculante para el enjuiciamiento filosófico-moral de situaciones de conflicto, depende de si se considera que, junto a intereses moralmente relevantes, también hay *derechos morales*. En la ética práctica esta cuestión está extraordinariamente discutida.[56] Desde la perspectiva de una posición consecuencialista, la concepción de un derecho moral es prácticamente inaceptable debido a la consecuencia unida a ella de que una acción pueda ser correcta moralmente aunque la forma de conducta alternativa conlleve las mejores consecuencias.[57] Más allá de ello, se plantean problemas de fundamentación que se remiten a diferencias estructurales entre argumentaciones jurídicas y morales. Las consideraciones orientadas a las consecuencias en la argumentación jurídica están insertas en un sistema de reglas estructurado de antemano deónticamente. La corrección de la decisión concreta es una función, en todo caso, *también* de la compatibilidad con este sistema de reglas. En esa medida, la *regulación jurídica* de acciones es el paradigma de una *normación deontológica*. Se presupone aquí una *teoría de la validez de la norma* que vincula la obligatoriedad de las normas, al menos como principio, al criterio formal de su correcta sanción. A una teoría moral que puede integrar reglas de acción sólo en la forma de reglas prácticas, de reglas *prima facie*, le falta ya el punto de referencia para admitir que una norma tiene obligatoriedad sin atender a sus consecuencias.

Del mismo modo, sólo desde puntos de vista deontológicas se puede interpretar la regulación del § 34, 2.ª oración, StGB, según el cual el hecho debe ser un medio adecuado para aventar el peligro. Al igual que el presupuesto de la "preponderancia esencial" del interés protegido, el § 34, 2.ª oración, StGB, modifica el cálculo consecuencialista de utilidades, como consecuencia de lo cual, para arribar al resultado positivo de una ponderación concluyente de intereses, solamente es posible basarse en un medio *idóneo* para producir el fin deseado. Los ejemplos que se dan del *efecto oclusivo de la cláusula del medio adecuado* ponen en claro que aquí se trata de la compatibilidad de una valoración orientada a una perspectiva basada en la ponderación de intereses con estructuras normativamente relevantes del ordenamiento jurídico y social. Esto es manifiesto en los casos en los cuales se deniega una justificación sobre la base de la regulación del § 34, 2.ª oración, StGB, porque el ordenamiento jurídico remite al titular del interés puesto en peligro a determinadas *medidas*, *concluyentemente concebidas, de la protección del interés* (ejemplo: concesión de un remedio de

[56] Cf. p. ej. los aportes en: R. G. Frey (comp.), *Utility and Rights*, 1984 y en: J. Waldron (comp.), *Theories of Rights*, 1984. Cf. también Hare, *Moral Thinking* 1981, pp. 147 ss., y recientemente Fehige, *Conceptual Rights for Moral Rights*, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (comp.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 39-51.
[57] Cf. p. ej., P. Singer, *Praktische Ethik*, 1984, pp. 113 s., 225 ss.

impugnación judicial contra una condena penal, con la consecuencia de que no pueden estar justificadas, según el § 34, StGB, las acciones de salvamento del bien jurídico menoscabado por la ejecución de una condena injusta[58]). Ello vale también para los casos de un *deber especial de soportar el peligro* por parte del titular del interés en peligro. El hecho de que un bombero, en determinadas circunstancias, no pueda salvar su vida a costa de la salud de otro, no se explica a partir de un resultado correspondiente de la ponderación de bienes o intereses, sino que es la consecuencia de una distribución de roles jurídica y social, normativamente relevante.[59] Finalmente, el punto de vista de la dignidad del hombre se puede clasificar más como perteneciente al ámbito de regulación del § 34, 2.ª oración, StGB, que al de la ponderación de intereses.[60]

Sobre la base de esta explicación de la regulación jurídico-penal del estado de necesidad justificante como normación consecuencialista con un correctivo deontológico (exigencia, por un lado, de una preponderancia *esencial* del interés protegido, y, por otro, del presupuesto de que el hecho sea un medio "adecuado"), queda sugerido que la eutanasia activa directa debe ser considerada justificada, en todo caso, cuando el paciente que sufre grandes tormentos le pide al médico la inyección letal y esta decisión en contra de seguir viviendo es comprensible incluso desde el punto de vista de un tercero. Si no hay ninguna otra posibilidad a disposición para acabar con el sufrimiento del paciente, la aplicación de la inyección letal difícilmente pueda ser considerada como un medio "inadecuado".[61] La justificación no podría fracasar por la exigencia de la preponderancia "esencial" del interés a proteger, porque, en los casos en los cuales se contraponen intereses distintos *de la misma* persona, ella cae necesariamente en el vacío. No es posible construir posiciones jurídicas ante uno mismo, que pudieran fundamentar en estos casos la exigencia de una preponderancia esencial.

[58] Al respecto y con relación a los casos siguientes, Jescheck, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1988, p. 326.

[59] En ambos casos se trata de las consecuencias normativas de instituciones sociales cuya existencia puede ser justificada de modo consecuencialista. No se pueden justificar a partir de un principio utilitarista de acto las valoraciones de la acción que se siguen de la existencia de estas instituciones. Acerca de la posibilidad que resulta de esto, de una justificación escalonada de la acción individual (justificación de la acción por medio de una institución-regla, justificación de la institución-regla por criterios sobre las consecuencias), cf. Rawls, *Zwei Regelbegriffe*, en: Höffe, *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1975, pp. 96-120.

[60] Del mismo modo, Jescheck, *ibídem*. Al igual que los demás puntos de vista clasificados aquí como correspondientes a la "cláusula de adecuación", la dignidad del hombre puede ser ubicada en la ponderación de intereses; el § 34, 2ª oración, StGB, sería entonces superfluo (en este sentido p. ej., Lenckner, en: Schönke /Schröder, *StGB*, § 34, n.° 2, pp. 42 s.). Pero eso no modifica en nada la constatación de que en el marco de la decisión sobre la justificación de una acción de salvamento que toma injerencia en los intereses ajenos, deben ser consideradas, junto a normaciones consecuencialistas, también deontológicas.

[61] En este sentido, al menos tendencialmente, también Herzberg, NJW, 1986, p. 1640.

Cuando la opinión dominante llega a otro resultado y rechaza igualmente un recurso al § 34, StGB, en los casos de la ayuda a morir activa directa[62], lo hace porque modifica el resultado de la ponderación de intereses por la introducción subliminal de elementos deontológicos. Eso sucede por la explicación, antes reconstruida, del bien jurídico "vida", como valor intrínseco. El bien jurídico "vida" no es interpretado como el interés jurídicamente protegido de una persona, sino como un valor autónomo digno de protección. No es el hombre lo protegido, sino la santidad de la vida, y, con ello, un dogma. De esta manera se aplica la protección del bien jurídico en contra de su "titular", se lo reduce a la función de un administrador de este bien. Este modelo de la relación entre bien jurídico y titular del bien jurídico se corresponde con precisión a la idea teológica de que el hombre no puede disponer de su vida, dada por Dios. Con la integración de elementos teológicos secularizados en la dogmática del estado de necesidad, la regulación del § 34, StGB, pierde parcialmente su capacidad para la regulación razonable de conflictos de intereses.

[62] En lugar de muchos: von Dellinghausen, *Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes*, 1981.

"TEORÍAS DE LA PENA" DE TATJANA HÖRNLE

Marcelo D. LERMAN*

Fecha de recepción: 1.º de noviembre de 2016
Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2016

HÖRNLE, Tatjana, *Teorías de la pena* (título original "Straftheorien", Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, trad. Nuria PASTOR MUÑOZ con la colaboración de Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 65 pp.

La rigurosa traducción de Nuria PASTOR MUÑOZ de esta obra de la profesora de la *Humboldt-Universität zu Berlin* permite conocer en español la renovada discusión que sobre este tema clásico ha existido en los últimos años. Se trata de un libro breve y su objetivo es esbozado al comienzo: la búsqueda de una aproximación normativa (por oposición a descriptiva) a la problemática de la fundamentación de la pena estatal, que tenga en miras brindar una justificación para la pena que no pueda ser considerada una mera "tapadera" aparentemente racional de lo que efectivamente se ha desarrollado en la realidad de modo irracional.

El presupuesto principal de la autora también es explicitado al inicio: entiende que no es posible una teoría de la pena que presente un "principio simple", "de una sola pieza". Desarrolla esta cuestión luego, al señalar que quien, a diferencia de ella, busque una fórmula uniforme para la teoría de la pena (como partidario de esta posición menciona a PAWLIK), parte de la base de que la limitación de la pena estatal se tiene que corresponder con la fundamentación de la teoría, en el sentido de que el fundamento de la pena brinda, a la vez, las razones para limitarla, lo que a su entender es un error. Por cierto, éste es, a mi juicio, un tema crítico de la obra, ya que tal renuncia a un fundamento único que brinde, a la vez, sentido y límite a la pena estatal determina el principal problema al que se verá sometida su postura: cómo dar coherencia a un sistema en el

* Doctor de la UBA (área derecho penal). *Magister Legum* (Universität Regensburg). Contacto: lermanmarcelo@hotmail.com.

cual el fundamento y el límite de la pena estatal sean buscados en principios múltiples, que resultan difíciles de conciliar.

La teoría que presenta HÖRNLE es compleja en un doble sentido. Por un lado, porque entiende que la tarea de fundamentación debe hacerse en diferentes planos; por otro, porque renuncia, como se dijo, a un principio único. Lo primero determina la estructura del trabajo y lo segundo el resultado final: la construcción de una teoría de la pena que recurre a fundamentos múltiples de índoles bien diversas, algunos de los cuales no son mencionados en las teorías usuales de fundamentación del castigo estatal.

HÖRNLE organiza su trabajo en función de cuatro preguntas, a las que le asigna cierto nivel de autonomía (p. 16):

I. ¿Cuál es el fin de las normas penales?

II. ¿Son las normas penales legítimas frente a los afectados?

III. ¿Qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales?

IV. ¿Es la imposición de la pena legítima frente a los afectados?

La autora deja expresamente de lado una quinta cuestión, que consiste en la pregunta por la ejecución de la pena. Tal restricción temática no le parece problemática, en tanto considera equivocada la idea de que la teoría de la pena prejuzga sobre las directrices de la determinación de la pena y entiende que el juicio de desvalor referido al caso concreto puede y debe seguir reglas distintas de las que debe seguir la fundamentación de la amenaza penal y la imposición de la pena (p. 17). Ahora bien, los lineamientos centrales de las respuestas a los cuatro interrogantes señalados que estructuran la obra son los siguientes:

I. La respuesta a la pregunta por el fin de las normas penales (esto es, la conminación penal) es para HÖRNLE clara: se trata de un acto de comunicación (p. 17). A su juicio, los destinatarios de tal acto no son exclusivamente las autoridades del Estado (como algunos proponen), sino también aquellos que están sometidos al poder punitivo del Estado. El contenido del mensaje resulta ser una llamada a comportarse de conformidad a la norma en interés de los conciudadanos.

Las normas penales expresan públicamente, entonces, valores esenciales para la sociedad y dan buenas razones a los ciudadanos para comportarse de una determinada manera (p. 18). A ello HÖRNLE lo denomina "Prevención general de anuncio" (p. 20), destacando con ello que no es relevante considerar las normas penales sólo como la formulación de una *amenaza*, pues para los ciudadanos dispuestos a cumplir la norma basta con el *anuncio* del legislador de la prohibición, para que se cumpla con la conducta esperada.

II. Con relación a la pregunta de si son legítimas las normas penales frente a los afectados (es decir, aquellos a quienes está dirigida la conminación penal), HÖRNLE entiende que sí lo son, en la medida en que sean comprendidas, tal como antes se explicó, como "anuncios de sanciones", que desempeñan un papel en complejos mecanismos de decisión. En tal sentido, considera que, por estar éstas dirigidas a personas, no puede entendérselas como un mero mecanismo de estímulo-respuesta. Es por ello que refiere que es decisivo que los destinatarios comprendan el sentido de la exigencia de conducta que se encuentra en la base de las normas (p. 21). Pero además entiende que deben tenerse en consideración "reglas de astucia" (*Klugheitsregel*) como motivos para la interacción entre personas de una forma determinada. Con esto último, lo que parece indicar la autora es que la norma penal que busca regular una conducta, si bien debe tener un fundamento ético comprensible para aquellos a quienes está dirigida, también puede funcionar como determinante de la conducta en un sentido práctico: los destinatarios podrán decidirse a obedecerla, no sólo por convicción, sino, además, porque es conveniente para ellos evitar el perjuicio anunciado por la norma para el caso de realizar la conducta prohibida. En este sentido, hay una referencia a la inteligencia práctica de los destinatarios de la norma (que no es tomada en sentido negativo, sino más bien como la habilidad para decidir lo más conveniente para la propia persona).

De esta manera HÖRNLE busca sortear los problemas habituales vinculados al concepto de amenaza en la fundamentación de la pena. Para ello, sostiene que mediante la conminación penal no se estaría amenazando a humanos "con un palo", como se lo haría con un perro (de acuerdo con la famosa crítica formulada por HEGEL a la prevención general negativa), sino que se les anuncia sanciones cuyo motivo ético los destinatarios pueden comprender, a la vez que se los reconoce como entes dotados de inteligencia práctica, que se pueden orientar hacia lo que les convenga. Este último modo de direccionar comportamientos no es algo que, a juicio de HÖRNLE, le está vedado al Estado, pues éste tendría permitido utilizar un estándar más práctico que presuponga "tanto la receptividad moral como la tendencia a la evitación de perjuicios".

III. Al analizar la pegunta relativa a qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales, HÖRNLE realiza inicialmente el recorrido clásico de todo trabajo sobre la materia: revisa las diferentes teorías de la pena históricas, exponiendo su criterio respecto de la capacidad de cada una para responder esta cuestión.

Lo primero que se destaca es una crítica a la habitual distinción entre teorías absolutas y relativas de la pena. Así, afirma que se etiqueta de "absoluta" toda teoría que no se orientan a fines preventivos. Ello, a criterio de la autora, ignora que existen fundamentaciones de la pena orientadas a intereses individuales o generales más allá del concepto de prevención. A juicio de HÖRNLE la asociación que se realiza en Alemania de las teorías absolutas con los textos históricos de KANT y HEGEL es problemática, ya que en la época en la que éstos fueron escritos, las intervenciones en los derechos fundamentales y la carga que éstas implicaban no tenían prioridad en la fundamentación. Si bien esta crítica a las referencias a KANT y HEGEL pretende ser constructiva, en el sentido de fomentar discusiones más amplias, entiendo que se subestima la relevancia de la lectura de los clásicos. Una profunda lectura de los autores clásicos siempre será productiva para la discusión actual en materia penal.[1]

El análisis continúa descartando ciertas versiones de teorías absolutas de la pena. Por empezar, HÖRNLE desecha la posibilidad de que se pueda dejar de fundamentar el motivo de una sanción, como si la pena fuera algo absoluto en el sentido de no requerir explicación. Para ello se

[1] Es cierto que hay una tendencia a leer a los clásicos de una manera segmentada. Por ejemplo, ROXIN señala en un trabajo relativamente reciente: "[a] la forma más pura de la teoría absoluta la encontramos en una muy conocida cita de Kant" (sigue una referencia al ejemplo de KANT de la sociedad que va a disolverse, la que, a juicio de KANT, debería aplicar, de todos modos, las penas pendientes), indicando inmediatamente luego ROXIN en nota al pie, "[d]esde ya que se discute -en virtud de otras citas- si Kant realmente sostuvo una teoría exclusivamente absoluta" (a esta frase le sigue una referencia justamente a HÖRNLE ["Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion" en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, *Strafe- Warum?*, Baden Baden, Nomos, 2011], lo que da cuenta de que la autora claramente no representa la visión simplista de los clásicos). Pero sigue ROXIN: "[e]llo, con todo, puede quedar pendiente, pues desde un punto de vista histórico, sólo han tenido influencia las citas de Kant a partir de las cuales puede afirmarse una teoría absoluta" (ROXIN, "Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena" (trad. Alejandra VERDE), en *Revista de derecho penal y criminología*, La Ley, año V, n.ª 6, julio 2015, p. 4 y nota 13). Este recorte de KANT, en función de lo que fue más citado en manuales orientados a estudiantes no es aceptable en trabajos profundos sobre teorías de pena. Pues un verdadero análisis de textos clásicos que resulte enriquecedor debería tratar de captarlos en su complejidad. Por cierto, para la enseñanza del tema puede regir otra cosa, pero sólo a efectos pedagógicos. ROXIN refiere al final de la nota citada que sobre otras variantes de teorías absolutas debe verse la obra de HÖRNLE que aquí se comenta, lo que acredita su relevancia en la discusión actual. Respecto de la necesidad de no subestimar las fundamentaciones clásicas de KANT y HEGEL en otro ámbito, como el de la legítima defensa, ver PAWLIK, "La legítima defensa en Kant y Hegel", en PAWLIK *et al.*, *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Montevideo, B de F, 2013.

funda en dos argumentos. En primer lugar, sostiene que en un Estado moderno toda intervención en derechos fundamentales del individuo requiere que se expliciten racionalmente sus motivos. En segundo término señala que "hay que fundamentar de manera racional frente a la comunidad de los contribuyentes el gasto de grandes sumas para la justicia criminal" (p. 23). Por este mismo motivo descarta también lo que denomina como otras versiones de teorías "absolutas", esto es, las que sostienen que la pena pueda estar desvinculada de toda finalidad, o las que afirman que ésta debe existir al único fin de retribuir la culpabilidad, o que debe contribuir a la "justicia" o servir a un fin extra-mundano.

La cuestión de la justificación del gasto frente a los contribuyentes es una idea recurrente en la obra. Si bien es una perspectiva interesante, entiendo que a veces no resulta sencillo conciliarla con la idea general de la fundamentación del castigo. De parte de las argumentaciones que se realizan en esta línea en la obra que se comenta, parecería poder derivarse que la idea de justificar el gasto del sistema penal tiene como presupuesto la necesaria recepción por parte de los contribuyentes de una "contraprestación" por la porción de sus impuestos destinada a tal fin, como si tuvieran que recibir algo de valor equivalente a lo que pagan. Sin embargo, que la pena estatal tenga que tener un beneficio práctico para todos aquellos que están obligados a solventarla es una premisa que requiere de fundamentación. No necesariamente toda actividad estatal debe traducirse en un beneficio en tales términos prácticos. Más allá de ello, no puede negarse que existe una pretensión legítima de los contribuyentes para que se expliquen los motivos de los gastos del Estado. Por ello, la perspectiva en cuestión suma razones por las cuales la tarea de los teóricos de la pena es necesaria.

Ahora bien, luego de ello HÖRNLE analiza la idea de prevención especial, consistente en que mediante la pena se puede influir de forma positiva en el comportamiento legal futuro de los autores. Indica que ello plantea la cuestión de si es posible demostrar empíricamente el nexo entre la pena y los pretendidos efectos y la de si esos efectos son tales que puedan justificar el alto costo del sistema penal. Entonces, analiza si existe una efectividad tal a partir de las tres ideas clásicas de prevención especial. Así, sobre el efecto "intimidación", indica que éste sólo puede ser analizado comparando las tasas de delitos de quienes nunca tuvieron una condena, con las de quienes ya la padecieron. Esta comparación demuestra, a su juicio, el fracaso del efecto intimidatorio de la pena: el hecho de haber sido condenado por un tribunal no parece tener efectos positivos para evitar la reincidencia. Con relación a la idea de "resocialización", o mejora mediante la pena, HÖRNLE se muestra sólo un poco más optimista; señala que los resultados son modestos y que

dependen de la edad de la persona. En adultos entiende que es cuestionable que el Estado pueda obtener mediante la pena cambios de conducta estables de modo generalizado. Sobre la "inocuización" (entendida como aislamiento mediante el encierro) la autora señala que por supuesto tiene efectos, aunque agrega con ironía "al menos fuera de la prisión" y luego indica los altos costos que se generan por cada día de prisión.

A su criterio, en definitiva, los pocos beneficios comprobados que se obtienen desde una perspectiva de la prevención especial no alcanzan para justificar los costos del sistema penal.[2] Para influir en las conductas de las personas, entiende que es más efectivo invertir el dinero en ayudar a la primera infancia. Claro que luego afirma que para determinar el *cómo* de la sanción sí habría que volver a la prevención especial, pero no para fundamentar la aplicación de la sanción.

Luego, HÖRNLE pasa a analizar la prevención general positiva. Explica que ésta toma por destinatario del mensaje de la pena a las personas que no contemplan la posibilidad de cometer un delito. Sostiene que la teoría tiene como premisa que la disposición de estas personas *"a reconocer el orden normativo como vinculante y a comportarse conforme a él es socavada cuando los quebrantamientos de la norma quedan sin respuesta"* (p. 30). Si bien HÖRNLE sostiene que un problema de esta posición radica en que no es posible comprobar la existencia de una relación entre la falta de aplicación de sanciones y tal erosión de la disposición a reconocer el orden normativo -pues ello sólo podría corroborarse en situaciones de total carencia de normas y en ellas sería muy complejo aislar el problema a analizar-, le asigna a esa premisa cierta plausibilidad y en virtud de ello considera que la explicación de la prevención general positiva debe estar presente en *"un modelo de teoría de la pena suficientemente complejo"*[3](p. 31).

Al momento de extraer conclusiones sobre la prevención general en materia de su teoría de la pena, sostiene que ésta es uno de los *"pilares que la sostienen argumentativamente"* y le asigna así tanto un rol a la prevención general negativa como a la positiva, señalando que las combinaciones de

[2] Concepciones actuales siguen defendiendo una fundamentación de la pena a partir de la prevención especial, ver por ejemplo LÜDERSSEN, "Einführung zum StV- Ringspublikationsprojekt ‚Prävention und Zurechnung' – Präventionsorientierte Zurechnung", en *StV*, 4/2014, pp. 247 ss.

[3] Una cuestión adicional que plantea es la de si, desde la perspectiva de la prevención general positiva, es conveniente aplicar pena por la comisión todos los delitos o sólo de algunos, teniendo en miras que la aplicación de penas a todos los delitos podría remarcar que existen muchos incumplimientos de las normas. HÖRNLE hace una referencia a estudios empíricos que sostendrían que, respecto de delitos violentos cometidos frente a otros, lo más relevante (para evitar su comisión) sería la formación de la primera infancia en la que se desarrollan disposiciones de conducta conforme con ideas morales básicas, mientras que en otras clases de delitos, en los que no se tiene contacto directo con la víctima que sufre, la cuestión de la imposición habitual de penas puede tener efectos en la idea de respeto a las normas.

ambas son preferibles frente a planteos monistas (p. 32). Ese dualismo, que juzga necesario, entiende que se origina en las diferencias entre personas y delitos que requieren influencias al estilo de la prevención general negativa o positiva, según el caso. Empero, a juicio de HÖRNLE la perspectiva de la prevención general es insuficiente como fundamentación del castigo Estatal, y destaca que existen casos en los que considera que hay merecimiento de pena, sin necesidades de prevención. Es en este punto cuando entra a considerar las llamadas teorías expresivas de la pena[4], siendo ésta la parte más original de la obra. A su juicio las teorías expresivas parten de la idea de que la pena se orienta hacia un fin que se funda en *"intereses legítimos de las personas",* aunque para ellas lo relevante no es controlar la tendencia a delitos futuros, sino el tratamiento adecuado del comportamiento pasado. Estas teorías subrayan así el aspecto comunicativo de la pena.

La autora distingue entre teorías comunicativas "orientadas a la norma" y "orientadas a la persona". En las teorías comunicativas orientadas a las personas, el mensaje comunicativo de la pena se dirige a determinadas personas, que pueden ser las que han sabido del hecho, el autor o la víctima. Las teorías comunicativas orientadas a la norma, por su parte, entienden que el mensaje de pena se dirige a la generalidad (y este consiste en una confirmación de la norma).

Tras realizar esta clasificación, HÖRNLE analiza distintas variantes de teorías comunicativas orientadas a la norma. Una de ellas, que en la obra se atribuye a autores angloamericanos, asume que la pena se dirige a afianzar conductas morales. HÖRNLE entiende que habría un problema en estas posturas, por el hecho de no separar moral de derecho. En cambio, estima que esa crítica se diluye si se considera que el objetivo de la pena es afianzar normas *jurídicas*. Como ejemplo de esta última posición menciona a JAKOBS, de quien dice que si bien llama a su posición prevención general positiva, sería a su criterio más adecuado ubicarla dentro de las teorías expresivas orientadas a la norma (p. 34). Así, considera que si JAKOBS sostiene que la contradicción del delito con la pena es necesaria porque la comunicación sobre las normas se concibe como esencial para las sociedades, la pena expresiva puede ser interpretada como fin en sí mismo, y no puede ni debe ser considerada de modo empírico. HÖRNLE señala que esta postura fue criticada afirmándose en tanto llevaría a que la estabilización de las normas fuera concebida como un fin en sí mismo, sería equivalente al sinsentido de las teorías absolutas. Para HÖRNLE esa crítica es parcialmente injusta,

[4] Otro reciente trabajo de fundamentación de la pena que se denomina a sí mismo como exponente de una teoría expresiva puede verse en PÉREZ BARBERÁ, "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena", *InDret,* 4/2014. Sobre la relación de las teorías de la pena con un concepto expresivo de delito ver FRISCH, "Pena, delito y sistema del delito en transformación", *InDret*, 3/2014, especialmente p. 15.

pues si las normas resultan convenientes para la convivencia pacífica y el bienestar en sociedad, entonces debe coincidirse en que hay un beneficio obvio en su estabilización. Sin embargo, a su juicio, ésta teoría no constituye una explicación suficiente para la pena estatal. Y ello porque entiende que también hay intereses de determinadas personas que hablan en favor de no aceptar sin reacción alguna transgresiones a las normas (p. 35). Esto último considera que se logra aclarar con las teorías expresivas de la pena orientas a las personas, lo que requiere consideraciones diversas de acuerdo a la "persona" de que se trate.

Así, presenta, en primer lugar, los modelos de teorías expresivas de la pena orientadas al autor. En este punto analiza la cuestión del *reproche* que se encuentra unido al acto de la condena. HÖRNLE propone el ejercicio de considerar la posibilidad de una condena sin infligir ningún mal, a los efectos de advertir que el reproche no es una mera modalidad unida a la pena como mal, sino un elemento diferente. A su juicio, la más exigente teoría expresiva de la pena que se orienta a la persona del autor es la teoría de la expiación. Según su opinión, esta teoría fue incorrectamente asociada a una teoría absoluta, a pesar de que según sus fundamentos (los de la teoría de la expiación) la pena tiene un fin que se encuentra en la comunicación mediante la pena en interés del autor: contribuir al conocimiento propio y la auto-mejora. Sin embargo, a criterio de HÖRNLE estas posiciones deben ser criticadas porque el Estado no puede justificar la coacción mediante la pretensión de mejorar moralmente a los individuos.

Por ello, pasa a analizar las teorías expresivas orientadas a los "sentimientos de indignación" de aquellos que conocieron el delito concreto. Ello, incluye según HÖRNLE no sólo a la víctima, sino a quienes fueron testigos y también a quienes lo conocieron con posterioridad. Considera que hay que mitigar con la pena los sentimientos de indignación de tales personas. Si bien describe ciertos intentos de fundamentación sociológica sobre ello -basados en la necesidad de evitar la justicia por mano propia, o bien en considerar que la aceptación del ordenamiento jurídico depende de que se tomen en serio sentimientos de indignación- el núcleo de la posición de HÖRNLE radica en que, normativamente, *tras la constatación de sentimientos de indignación hay prácticas normativamente adecuadas*. Y que es preferible (en toda forma de trato interpersonal y, en particular, en los procesos estatales) un "enfoque participativo" que no cosifique al autor, sino que ante un autor capaz de culpabilidad, se reaccione mediante un reproche dirigido al autor. De esa forma, la pena contendría un mensaje de reproche dirigido al autor que sería una reacción estatal ante los sentimientos de indignación que su conducta generó en ciertas personas. HÖRNLE subraya, a su vez, la función comunicativa de la pena frente a la víctima, siendo éste uno de los puntos centrales

de su teoría. Así, remarca que en la visión tradicional de la teoría de la pena, la víctima no era incluida en la justificación de la sanción y sólo recientemente se pasó a discutir si puede haber un interés legítimo de la víctima en el castigo del autor. Conforme con su opinión la existencia de una reparación o una disculpa no son suficientes para la víctima (a pesar de que los haya aceptado), pues entiende que no es relevante lo que el individuo concreto que es víctima considera como una reacción adecuada frente al delito. Asume como decisivo, en cambio, el determinar si el juicio jurídico-penal de desvalor tiene que cumplir *para las víctimas en general* una función de reconocimiento por disposición del derecho (p. 40). Desde ya que la utilización de esa noción de *"las víctimas en general"* resulta altamente problemática, lo que seguramente generará ulteriores discusiones.

Lo cierto es que la autora sostiene que, normativamente, habría un interés legítimo de la víctima en la aplicación de la pena como acto de comunicación; con ella se le confirmaría a la víctima que le ha ocurrido un injusto y que su destino no lo ha decidido una casualidad o una desgracia. Y asume que si se renunciara al juicio institucionalizado que desvalora el hecho, el mensaje sería que no ha habido lesión, que ésta no es suficiente para aplicar recursos estatales (más allá del procedimiento civil), que la culpa es de la víctima, o bien que no hay que tomarla en serio. Si se renunciara a tal juicio ante una lesión grave al derecho, ese mensaje que afecta a la víctima es claro para HÖRNLE: *"tú no mereces que el Estado se ocupe de tus asuntos"*. En definitiva, este es el punto en el que teoría de HÖRNLE hace un mayor hincapié. Esta justificación vinculada a la comunicación orientada a la víctima tiene un rol central en su teoría de la pena compleja, en la cual también le asignó un lugar a la prevención general positiva y negativa y en la que puede haber diferentes fundamentos a la pena dependiendo de la clase de delitos. Eso no implica, para la autora, que se le deba dar más derechos a la víctima en el proceso penal, como ser la facultad de decidir la elección de la sanción, pues ello implicaría para ella renunciar a "logros civilizadores esenciales". El correcto alcance de su posición lo describe con la siguiente referencia a una figura del derecho civil: el Estado sería frente a las víctimas un *"fiduciario"* en la medida en el que *"el juicio estatal de desvalor también se produce en interés de la víctima del hecho"* (p. 42).

Tras esto HÖRNLE se dedica a analizar por qué, partiendo de una justificación de la pena de esta clase, al juicio de desvalor se le debe sumar *el mal* de la pena. La autora sostiene que toda teoría que le asigne a la pena un valor expresivo tiene que dar una explicación de esta clase, es decir, dar cuenta de por qué no es suficiente como acto de comunicación que el Estado se limite a formular un juicio de desvalor, sin aplicar coacción real, sin infligir un mal. Ello en tanto podría

pensarse un sistema en el que se le otorgue relevancia al factor comunicativo, pero en el cual el mal de la pena sea eliminado. La pregunta es, en definitiva, si es posible justificar con una teoría expresiva de la pena una práctica penal que castiga con una aplicación de sanciones que implican un mal real. La respuesta es para HÖRNLE afirmativa, en la medida en que, a su juicio, una expresión meramente verbal no podría emitir el mensaje necesario, sobre todo a nivel cuantitativo. Para ella *"[l]a aclaración de la seriedad de una declaración se logra mediante el apoyo simbólico en forma de privación o entrega de bienes tangibles"* (pp. 42 y 43). El mal de la pena vendría a funcionar como un refuerzo y como forma de diferenciación del acto comunicativo necesario. Así, entiende que a nivel simbólico sólo se podría cuantificar un reproche con categorías muy burdas como, grande, muy grande, mediano; mientras que el mal de la pena permite cuantificar con mayor detalle. La cuestión de cuán intenso debe ser el refuerzo de lo verbal mediante la sanción real se hace depender en la obra bajo análisis de "la sensibilidad, históricamente marcada, de una sociedad" (p. 43).

IV. Por último analiza la pregunta sobre si la imposición de la pena criminal es legítima frente al penado. Esta cuarta cuestión está más bien orientada a la existencia de fines preventivos en la teoría de la pena sostenida por la autora. Es que a su juicio, la fundamentación de la legitimidad de la sanción frente al penado depende de cuánto deba servir la pena a fines que estén más allá del acto comunicativo de la condena. Lo esencial es que para teorías de la pena que dan prioridad al reproche, la justificación frente al autor es sencilla. Y si el mal se considera como refuerzo y diferenciación del acto comunicativo también éste queda para HÖRNLE justificado. En cambio, si hay metas de prevención de delitos futuros, la justificación frente al autor no es tan sencilla, pues se lo estaría usando para fines que le son ajenos. Sin embargo, para HÖRNLE la idea de que se estaría instrumentalizando al autor debe ser relativizada, pues esta afirmación sólo permitiría fundar prohibiciones absolutas para casos extremos de intervenciones estatales, como la tortura. Pero respecto de otros ámbitos, debería pensarse la cuestión de si el autor no ha consentido acaso, de algún modo, su propio castigo.

HÖRNLE analiza esta última cuestión y trata primero las posiciones que buscan legitimar *en abstracto* un consentimiento del autor recurriendo al contrato social, en el marco del cual se habría producido un consentimiento del futuro castigo. Sin embargo, cuestiona tales construcciones por no corresponderse con la realidad, por el hecho de que parten de la idea de un *homo oeconomicus*, puramente racional-calculador, que no se correspondería con el modo real en que están constituidas las personas.

Por otra parte, explora la posibilidad de que se afirme la existencia de un consentimiento del autor en el caso concreto, como se si pudiera decir que con su delito ha consentido su propio castigo. Considera, sin embargo, que esto es incorrecto, porque en el acto del delito no se puede entender incorporada la afirmación de que, a partir de entonces, el autor está de acuerdo con su propio castigo.

Analiza entonces la posibilidad de que la respuesta a este cuarto interrogante se encuentre en el concepto de culpabilidad: si el autor sabe que con su conducta realiza un tipo penal y pese a ello decide actuar de esa manera, no puede alegar, si luego hubiera una condena con fines de prevención general positiva y negativa, que se le ha tratado de manera deshonesta. Quien sabía lo que podía ocurrirle y podría haberlo evitado tiene que asumir las consecuencias. Pero para la autora ese argumento es incorrecto, porque del haber sido consciente de la posibilidad de castigo, no se puede derivar que ese castigo sea legítimo. Por otro lado, HÖRNLE señala que la referencia a la culpabilidad depende de la decisión sobre la cuestión de la libertad de voluntad, respecto de la cual afirma que no se ha llegado a un grado de certeza suficiente.

Prefiere, por ello, una justificación frente al autor con referencia a la "honestidad" o "juego limpio" (*fairness*), que procure demostrar que al autor no se lo trata con la pena de manera deshonesta "*unfair*" (p. 50). Ello, por un lado, mediante referencia a las posibilidades de participación democrática que habría tenido en el proceso jurídico, pero, sobre todo, porque también el mismo autor ha sido favorecido efectivamente por el hecho de que, en el pasado, muchas otras personas se han comportado de conformidad a la norma (lo que a su juicio rige también para un extranjero recién llegado), lo que implicaría que no es injusto castigarlo si él no lo hace.

En definitiva, el texto de HÖRNLE presenta una teoría de la pena compleja en la cual la dicotomía entre teorías absolutas y relativas es sustituida por teorías orientadas a la prevención y concepciones expresivas; y en el marco de la cual, en esencia, las concepciones preventivo generales y expresivas orientadas a la víctima son utilizadas de modo pretendidamente complementario para lograr una fundamentación. Los intereses de las víctimas en el acto comunicativo parecen cobrar especial relevancia cuando las teorías preventivas se topan con problemas para fundamentar una sanción (que se entiende correcta).

Como puede advertirse, el libro permite reflexionar sobre muchos problemas de fundamentación de la pena que normalmente no son considerados en los análisis clásicos. Dos son las cuestiones que se estima merecerían un detallado tratamiento a partir de una concepción de esta clase y que no son suficientemente tratados en esta obra: la forma en la que se define la pena cuando los principios múltiples llevan a resultados antinómicos y cuál es la manera en que esta posición encuentra un límite certero para la pena estatal. Si bien en el capítulo dedicado a la fundamentación de la pena frente al penado pueden visualizarse las bases para dar cuenta de la existencia de límites a la sanción estatal, queda pendiente una explicación de cómo los conceptos allí vertidos operan para fijar restricciones a las aspiraciones de sanciones que pueden encontrarse en fundamentos preventivo generales y en la posición expresiva orientada a la víctima. Cómo se coordinan tales expresiones y cómo se limitan son respuestas que toda teoría que recurra a principios múltiples para fundamentar la facultad de sancionar debería poder brindar. Por cierto, las novedosas perspectivas de análisis que se presentan en la obra permiten que una discusión sobre esta cuestión se vea enriquecida.

"COSA JUZGADA FRAUDULENTA – *UN ENSAYO SOBRE LA COSA JUZGADA ÍRRITA*" DE FEDERICO MORGENSTERN

Diana VELEDA*

Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2016
Fecha de aprobación: 17 de noviembre de 2016

MORGENSTERN, Federico, *Cosa Juzgada Fraudulenta – Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita*, Buenos Aires, B de F, 2015, 205 pp.

I. Un asunto incómodo

La posibilidad de revisar una sentencia firme en favor del condenado no nos resulta, al menos generalmente, una posibilidad controversial. Es que hemos asumido, no sin sólidas razones, que la inmutabilidad de un pronunciamiento condenatorio que ha adquirido la calidad de *cosa juzgada*[1] no es absoluta. De hecho, nuestras reglas procesales prevén mecanismos específicos para practicar ese reexamen que, comúnmente, denominamos acción o recurso de revisión.[2] Ello no importa el desconocimiento de los valores tutelados por la cosa juzgada[3] sino que se explica, entre otras razones, por la necesidad de asegurar el derecho de todo individuo a la protección de su inocencia.[4] En cambio, consideramos irrevisables en perjuicio del acusado las resoluciones

*Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Ayudante docente en la asignatura "Medios de impugnación en el proceso penal", cátedra del Prof. Dr. Daniel Pastor. Agradezco a E. Matías Díaz y a Agustín Varela la lectura de este trabajo y sus comentarios. Contacto: diana_veleda@hotmail.com.

[1] Se entiende aquí a la *cosa juzgada* en su sentido material, como "la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla" (PALACIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 445).

[2] Véanse, entre otros, arts. 479 del CPPN, 467 del CPP de la Pcia. de Bs. As., 297 del CPP de la CABA y 318 del nuevo CPPN, de implementación pendiente.

[3] Entre estos valores, se halla la recomposición de la paz y seguridad jurídicas (MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, pp. 91-93). Al respecto, MORGENSTERN explica que "los sistemas jurídicos no pueden sobrevivir sin una prohibición de litigar una y otra vez la misma cuestión" pues "la ciudadanía no respetaría lo decidido por los jueces si las decisiones judiciales siempre tuvieran carácter provisorio" (MORGENSTERN, *Cosa juzgada fraudulenta – Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita*, Buenos Aires, B de F, 2015, p. 15).

[4] Como explica DÍAZ CANTÓN, "[d]esde un punto de vista sustancial, la finalidad de la pena (preventiva, retributiva o mixta) está subordinada a la finalidad de evitar una condena errónea" y, particularmente en lo que hace a los medios de impugnación, la mayor gravedad del error en una condena "exhibe una proyección procesalmente subjetiva: tendrá un

liberatorias, determinación que también vinculamos con una cuestión constitucional concreta: el alcance que conferimos a la garantía del *ne bis in idem*, como inadmisibilidad de la *persecución* penal múltiple de una misma persona, por un mismo hecho.[5]

Ahora bien, MORGENSTERN considera que contamos con buenas razones para permitir, en determinados supuestos, la revisión de una sentencia absolutoria firme en un caso penal.[6] Es más, según el autor, no se trata sólo de buenas razones, sino que tenemos a nuestra disposición las herramientas jurídicas necesarias para canalizar esa pretensión de revisar aquellas decisiones que, en principio, parecían irrevisables.

Todo el asunto resultará, a primera vista, bastante incómodo. Una aproximación ligera a la propuesta de MORGENSTERN parecería sugerir que, sea cual fuere la posición que asumamos, ninguna nos satisfará completamente, ya sea por importar la desatención de un fenómeno indeseado —la fabricación de procesos dirigidos a garantizar la impunidad de una persona— o bien la creación de un riesgo significativo desde una perspectiva constitucional —desdibujar la cosa juzgada y relativizar intolerablemente el *ne bis in idem*—.

El trabajo de MORGENSTERN pretende apaciguar esta incomodidad. Además, viene a llenar un vacío, pues las implicancias de la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta o írrita en el proceso

derecho más 'fuerte' a recurrir el fallo quien pretende recurrir una condena para lograr su revocación que quien recurre una absolución" (DÍAZ CANTÓN, "La vigencia de la garantía del 'doble conforme' en el proceso penal", ponencia presentada en el *XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal: "Una sentencia cumplida es un derecho escuchado"*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 2013). Sobre la conexión entre la revisión de la condena firme y cierta *ultractividad* del principio de inocencia véase también DÍAZ/VELEDA, "La acción de revisión en el Código Procesal Penal de la CABA y su repercusión en la corrección de sentencias injustas", en *El sistema recursivo en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 166-170, con cita de AROCENA /BALCARCE, *La revisión en materia procesal penal*, Córdoba, Mediterránea, 2006, p. 26.

[5] MAIER enseña que reconocemos a la fórmula *ne bis in idem* su alcance más vasto o su *sentido procesal*, que cubre "el *riesgo* de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite" (MAIER, *supra* nota 3, p. 599). Según el autor, el sistema alemán, que autoriza la revisión de decisiones absolutorias firmes, exhibe una comprensión más limitada de la garantía, es decir, su sentido material, como prohibición de la doble *condenación* penal (MAIER, "La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos" en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 345).

[6] Cabe aclarar que MORGENSTERN refiere, en general, a cualquier clase de decisión liberatoria que pueda adquirir la calidad de cosa juzgada material —*v. gr.* sobreseimientos del proceso— y no sólo a la sentencia absolutoria dictada tras la realización del debate. Aquí utilizamos la noción de absolución en sentido general, comprensivo de todas ellas, pero la clase de resolución judicial conclusiva de que se trate podría tener alguna incidencia en la posibilidad de autorizar la revisión. Por ejemplo, la Corte Suprema de EEUU ha considerado que la protección de la *Double Jeopardy Clause* no es aplicable en caso de *mistrials*. MORGENSTERN reflexiona críticamente sobre esta solución (v. *supra* nota 3, pp. 50 ss).

penal no habían sido estudiadas antes con esta profundidad.[7] Su contribución es central no sólo por esa originalidad sino en razón de la audacia con la que encara un asunto complejo, de indudable actualidad[8] —asunto que el lector, tras consultar el trabajo que aquí se reseña, conocerá más acabadamente—.

II. Un recorrido por la obra

A modo de advertencia preliminar, me permito aclarar que, en homenaje a la brevedad, este apartado contiene un apretado resumen del ensayo. Como consecuencia de ello, se han omitido algunos de los temas abordados por el autor, así como las riquísimas citas bibliográficas y jurisprudenciales —nacionales y extranjeras— que contiene el trabajo y que dan cuenta de la seriedad con la que ha estudiado cada asunto.

El trabajo se encuentra estructurado a partir de una breve introducción, seguida de nueve capítulos y una reflexión final. Convenientemente, MORGENSTERN revela en forma temprana su posición. Su argumento central, anuncia, consiste en que "cuando la exploración judicial no se encaminó a la búsqueda de la verdad, sino a rescatar y sobreseer a quien fue objeto de una hipótesis delictiva plausible, la firmeza del sobreseimiento no tiene que ser inmutable".[9] Para sustentarlo, no limita su análisis al ámbito jurídico procesal, sino que su ensayo incluye reflexiones bien diversas, ya sea de índole constitucional, filosófica o moral. Pese a ello, puede decirse que hay una noción que atraviesa todo el trabajo y enlaza sus distintas secciones a modo de hilo conductor. Se trata de la idea de *riesgo procesal* o *riesgo efectivo de condena*.[10] Ésta proviene, fundamentalmente, de la formulación anglosajona de la garantía —*double jeopardy*—[11] y, dada su

[7] En rigor, una versión anterior del trabajo de MORGENSTERN había sido publicada junto con el ensayo de Guillermo ORCE sobre la misma temática en MORGENSTERN/ORCE, *Cosa Juzgada Fraudulenta – Dos ensayos sobre la llamada cosa juzgada írrita*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.

[8] De hecho, uno de los puntos de discusión en torno a la implementación del nuevo CPPN se vincula con la posibilidad de incorporar en su artículo 5 —que recepta la prohibición de doble persecución— alguna mención a la doctrina de la cosa juzgada írrita que habilite la revisión de absoluciones firmes.

[9] MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 1.

[10] No se trata de la idea de riesgo procesal que usualmente asociamos a las medidas de coerción cautelares —por ej., el riesgo de entorpecimiento de una investigación o de fuga del imputado para la prisión preventiva—. Se trata, a grandes rasgos, del *riesgo de ser condenado* en el marco de un proceso penal.

[11] La *Double Jeopardy Clause* está contenida en la Enmienda V a la Constitución de los EEUU y establece *"nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb"*. Tal riesgo, como explica BERTELOTTI, es entendido "en el sentido de un nuevo riesgo de privación de la libertad" (véase BERTELOTTI, "El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada" en HENDLER (comp.), *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico comparado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, p. 113).

importancia en la obra, abundan en ella interesantes referencias a los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia de EEUU sobre la materia.

Sólo para ilustrar brevemente la pluralidad de perspectivas desde las cuales el autor enfoca el problema de la *cosa juzgada fraudulenta*, efectuaré una breve mención al contenido de los capítulos que componen la obra.

En el Capítulo I, titulado "Fundamentos filosóficos de la cosa juzgada y el *ne bis in idem*. Lo írrito", MORGENSTERN expone su entendimiento de *lo írrito* —que incluye el proceso fraudulento en sentido genérico, comprensivo tanto del fraude como de la simulación—[12] y reflexiona acerca de las diferentes clases de fundamentos que respaldan la *cosa juzgada*. En el Capítulo II, se dedica a refutar el denominado *argumento antiacoso*, que pone la atención en los padecimientos que implica el proceso penal para quien reviste el rol de imputado. Para ello, MORGENSTERN tiene en cuenta fundamentalmente la noción de riesgo procesal y la necesidad de reparar en otros intereses que entran en juego, distintos de los derechos del acusado.

En su Capítulo III, titulado "Sobreseimientos fraudulentos, riesgo efectivo y el caso Aleman", el autor nos enfrenta con un caso paradigmático de fraude judicial en el derecho de EEUU, la absolución de un sicario de la mafia, Harry Aleman.[13] Con referencia a este caso y otros, MORGENSTERN continúa dando contenido a la noción de *inexistencia de riesgo procesal* y reflexiona sobre la relevancia de la participación del imputado en el fraude —a la que considera una circunstancia agravante, pero no una condición imprescindible para habilitar la revisión—.

Seguidamente, MORGENSTERN dedica parte del capítulo IV —"Maier, el sistema alemán y Derecho vs. ciencia"— a discutir la posición de Julio B. J. MAIER, a quien critica por no haber considerado debidamente la noción de *riesgo procesal*. El Capítulo V, titulado "Reglas, principios y excepciones. Ilícitos atípicos", es uno de los más ricos e interesantes del ensayo. Allí, el autor se

[12] MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 14. Según algunas formulaciones, la cosa juzgada írrita comprende las decisiones *gravemente injustas* mientras que la cosa juzgada fraudulenta incluye los fallos en los que *el juez resuelve deliberadamente de manera incorrecta o falla coaccionado* (OTTAVIANO, "Los fundamentos de la prohibición constitucional de *bis in idem*", RIVERA(h)/ELÍAS/GROSMAN/LEGARRE (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 252 y sus citas).

[13] Como relata MORGENSTERN, el abogado defensor había sobornado al juez de juicio a través del pago de diez mil dólares (U$ 10000) para que Aleman fuese absuelto por los hechos de homicidio que se le imputaban. Tras demostrarse dicha manipulación, la Corte Federal de Apelaciones del 7° Circuito declaró la nulidad del proceso en 1977 (MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 33-35).

propone demostrar que "abogar por la aplicación de la cosa juzgada írrita de las sentencias absolutorias no implica repeler la cosa juzgada y el *ne bis in idem*"[14] y lo hace a través de un interesante análisis sobre la vigencia y aplicación de principios y reglas y las excepciones a estas últimas.[15]

Luego, en el Capítulo VI —"Misión del Derecho penal, disintiendo del garantismo. La interacción justicia/seguridad"— MORGENSTERN discute con la corriente que denomina "garantismo" y la concepción agnóstica de la pena construida por Eugenio Raúl Zaffaroni,[16] en razón de las implicancias negativas que, a su criterio, podrían tener estas perspectivas para la aplicación de la teoría de la cosa juzgada fraudulenta en el proceso penal. A su vez, reflexiona sobre la legitimidad del sistema de justicia penal y la denominada "*falsa opción*" entre seguridad y justicia.[17]

En el Capítulo VII, dedicado a "Falacias y contraargumentos", el autor se ocupa de refutar las objeciones que podrían formularse a su posición. Atribuye el fracaso de algunas de ellas a la incursión en una *falacia non sequitur* pues, según explica, muchos juristas pasan por alto que del hecho de revestir la calidad de imputado en un proceso penal no se sigue, necesariamente, que se haya corrido un riesgo efectivo de resultar condenado. Asimismo, se dedica a contestar el argumento que denomina como de la *pendiente resbaladiza*.[18]

En los Capítulos VIII —"Galeano"—, IX —"'Isabelita' y el uso de los precedentes"— y X —"Novela encadenada y jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH"—, MORGENSTERN se dedica al estudio de variados precedentes jurisprudenciales nacionales e internacionales, de diversos tribunales, en los que fue analizada la posibilidad de revisar una decisión judicial que había adquirido la calidad de cosa juzgada. Puntualmente, en el Capítulo X, examina la evolución de la jurisprudencia de la CSJN y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de la

[14] MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 77.
[15] Sobre el concepto de principios y reglas, el debate Hart-Dworkin y las tesis de diferenciación, véase ALONSO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010, pp. 156 ss.
[16] Al respecto, véase ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 44-65.
[17] La opción es falsa pues, como explica MORGENSTERN, "[s]e valora la seguridad en lo justo, no en lo injusto". La expresión corresponde a HITTERS, *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata, Librería Editora Platense, 2006, pp. 175-177.
[18] MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 112. MORGENSTERN define la objeción de la *pendiente resbaladiza* como aquella posición que considera que esta clase de revisión implicaría "la provisionalidad de todas las decisiones judiciales y […] la paranoia eterna que dominará la vida de los absueltos". Además de negar esas consecuencias catastróficas, advierte que esta objeción, en rigor, no cuestiona el acierto de la propuesta, sino en todo caso sus consecuencias.

noción de *novela encadenada* de DWORKIN,[19] para afirmar que "no se trata de expresiones aisladas en una disidencia, sino que la viabilidad de este instrumento normativo está sustentada por valores constitucionales, una línea jurisprudencial concordante de la CSJN y precedentes nacionales y regionales".[20]

Su capítulo final está dedicado principalmente a la reflexión sobre los riesgos que la tramitación y el cierre definitivo de los procesos fraudulentos puede tener para la legitimidad y la credibilidad moral del sistema penal. Para desarrollar este punto, utiliza como marco de análisis algunas nociones de la teoría del castigo de A. DUFF.[21]

III. Por qué revisar y en qué casos hacerlo

(a) Distintas alternativas argumentativas

En la obra de MORGENSTERN parecen coexistir dos justificaciones posibles de su tesis. La primera, exige un ejercicio de ponderación entre la garantía que prohíbe la doble persecución y el interés estatal en la persecución de los delitos.[22] La segunda, en cambio, supone que, en determinadas circunstancias, la garantía del *ne bis in idem* resulta inaplicable. En otras palabras, sugiere un nuevo límite para la aplicación de la prohibición.[23]

[19] Con la idea de novela en cadena DWORKIN comprende al derecho como construcción colectiva y a la interpretación judicial como una actividad que, entre otros puntos, debe tener en cuenta las prácticas constitucionales del pasado. MORGENSTERN explica que "DWORKIN plantea que los jueces deben visualizarse como autores de una novela encadenada, teniendo en mente que sus decisiones integran una larga tradición que ellos deben interpretar y continuar" y lo hace con cita de DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005, cap. VII.

[20] MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 150.

[21] Sobre su teoría del derecho penal democrático y el carácter *relacional* de la responsabilidad penal, véase DUFF, *Sobre el castigo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

[22] En este sentido, el autor discute en varias ocasiones el carácter absoluto del *ne bis in idem* y afirma, por ejemplo, que "[e]l valioso derecho del imputado a que su juicio sea completado por un tribunal puntual debe en ciertas instancias subordinarse al interés público en procesos justos" (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 32).

[23] Nuestro ordenamiento jurídico ya reconoce algunos límites a la aplicación de la garantía del *ne bis in idem*, relacionados con supuestos en los que autorizamos la renovación de una persecución en razón, por ejemplo, de los obstáculos jurídicos que inhibieron en el primer intento el conocimiento de un caso desde todos los puntos de vista jurídico-penales posibles, o bien con decisiones a las que sólo reconocemos fuerza de cosa juzgada en sentido *formal* (véase MAIER, *supra* nota 3, pp. 623-631). Por otra parte, MORGENSTERN explica que su propuesta no implicaría, en rigor, reconocer una *excepción* a la regla que prohíbe la doble persecución. En este sentido, precisa que "una *cualificación* incluida en un enunciado no es precisamente una excepción" y que "[n]o es igual cuando el juez admite una excepción novedosa a una regla (allí se da una redefinición de la regla) que cuando identifica una condición de una regla ya articulada", que es lo que sucede en la revisión de las absoluciones fraudulentas firmes (MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 83-86). Explica que, por ejemplo, "[e]n la regla fijada en un cartel en una puerta que dice: 'No entre salvo que sea personal autorizado', personal autorizado no es una

Si pretendemos ponderar los intereses en juego, es imprescindible identificarlos debidamente. A lo largo de la obra, MORGENSTERN invoca diferentes valores asociados con el proceso penal y que podrían oponerse a la garantía del *ne bis in idem*, entre los que incluye la legitimidad del sistema y de sus decisiones, las razones por las cuales castigamos, entre otros. Sin embargo, confiere un considerable protagonismo a la justicia, asociada con el descubrimiento de la verdad.[24] Esta noción no es invocada por el autor en su función de garantía y, quizás, hubiese sido preferible restarle centralidad, pues es sabido que el proceso penal alberga múltiples limitaciones en relación con la averiguación de la verdad.[25] Incluso quienes reconocen una conexión teleológica entre ésta y la actividad probatoria admiten que "la presencia del medio (la prueba) no garantiza la obtención del fin (verdad)"[26] y hasta se ha llegado a recomendar, directamente, descartar a la averiguación de la verdad como una de las finalidades de la actividad probatoria o del proceso penal.[27]

excepción" (*idem*, p. 84). En definitiva, si no existió un auténtico primer proceso, habilitar otra persecución no es una excepción al *ne bis in idem*.

[24] MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 2, 28, 62, 69, entre otras.

[25] Al respecto, explica MAIER que el derecho procesal penal implica un límite para la capacidad del conocimiento humano "en tanto sólo permite conocer por los medios indicados por la ley y prohíbe ciertos otros medios de conocimiento". Además, enseña, "la vocación por la verdad del procedimiento penal descansa sobre la verificación posible de una mera hipótesis, esto es, no consiste en la comprobación lisa y llana de un suceso real, sino que reside en la verificación de la mera afirmación hipotética acerca de la existencia o inexistencia de un suceso", al tiempo que "el procedimiento penal alcanza incluso su finalidad [...] cuando la llamada verdad no pueda ser descubierta, esto es, aun cuando no alcancemos por su intermedio el conocimiento real necesario para afirmar o negar la hipótesis cuya existencia o inexistencia pretendemos verificar" (MAIER, *Derecho procesal penal*, t. III, Buenos Aires, Del Puerto, 2011, pp. 71-72). En similar sentido, TARUFFO denomina exigencias *contraepistémicas* a las reglas probatorias que funcionan como límites a la averiguación de la verdad en el marco de un proceso judicial (TARUFFO, *Simplemente la verdad*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 176).

[26] FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2005, p. 31.

[27] Advierte PASTOR que "resulta exagerado creer que el derecho procesal penal es un instrumento predispuesto para conocer la verdad, cualquier verdad y con la mayor amplitud y confiabilidad" y, tras formular sus objeciones teleológica, epistemológica, metodológica, técnica, política e histórica, concluye que "[e]l recurso de invocar la verdad es cuestionable no sólo por la absoluta carencia de una determinación aceptable de ésta, sino ante todo por su disponibilidad a ser utilizada como valor incuestionable para imponer a ultranza el propio punto de vista" (PASTOR, "Acerca de la verdad como derecho y como objeto exclusivo del proceso penal" en PASTOR/MACULAN, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pp. 69-125). GUZMÁN sostiene, en el mismo sentido, que "el proceso tiene, en sentido estricto, un *conjunto* de fines, que tienden a posibilitar la *válida* aplicación de la ley penal", de modo que "[e]l conocimiento del hecho por el cual se condene —o, mejor dicho, la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria— dejará de ser un fin en sí mismo para pasar a ser, simplemente, una condición necesaria más de *validez* de la sentencia condenatoria por medio de la cual se aplica la norma sustancial" (GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2011, p. 124). En un refinado estudio del asunto, DÍAZ advierte que el valor de la verdad de una proposición debe ser juzgada dentro de un sistema y, en el marco del proceso penal, la necesidad de determinar la veracidad de un enunciado fáctico funciona como una condición para la aplicación de una pena a una persona. Así, tras examinar en profundidad la relación de la verdad y el proceso penal a la luz del principio constitucional de inocencia, concluye que "[q]uizás sería mejor aludir directamente a que la protección del inocente es el fin fundamental del proceso penal, y para ese fin es que se debe acudir al estándar de prueba 'más allá de la duda razonable'" (DÍAZ, "Algunas

Al margen de ello, podemos afirmar que en aquellos casos que, según el autor, reclaman la aplicación de la teoría de la cosa juzgada fraudulenta, nos hallaremos ante una tensión entre un interés general o estatal y una garantía constitucional y no, en cambio, con una colisión entre derechos individuales.[28] Si bien MORGENSTERN no adopta ningún modelo de ponderación en particular, podría afirmarse que en su esquema **(i)** esos principios son considerados, *en abstracto*, de igual rango[29] —pues, de otro modo, el conflicto debiera resolverse sin más en favor del precepto jerárquicamente superior o de mayor *peso*—[30] y **(ii)** dadas determinadas condiciones en un caso *concreto* —vinculadas a la verificación de un proceso fraudulento— es posible que uno preceda al otro. Se trata, pues, de una *relación de precedencia condicionada* entre el interés general e individual.[31]

La primera premisa de ese razonamiento, vinculada con la equiparación, en abstracto, de los principios en tensión, podría exigirnos algún esfuerzo argumental adicional. Es que la prohibición de la doble persecución, en tanto garantía individual, es generalmente considerada de rango superior al interés estatal en la aplicación de la ley penal.[32] Por razones similares, se ha afirmado

apreciaciones sobre la peculiar relación entre la *verdad* y el fin del proceso penal, y sus repercusiones en la revisión de la condena" en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 14, vol. 2, 2015, p. 91).

[28] En efecto, quizás en razón de las características de los procesos que tiene en mira —vinculados con hechos de corrupción política— MORGENSTERN no plantea la cuestión como una posible tensión entre derechos del imputado y, por caso, algún derecho de la víctima. No obstante ello, en relación con las dificultades que presenta el reconocimiento de un pretenso derecho de las víctimas a obtener el juzgamiento y castigo de los autores de delitos, particularmente en casos de delitos de lesa humanidad, véase GUZMÁN, "El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un pronóstico incierto para el *ne bis in idem* y la cosa juzgada" en PASTOR (dir.)/GUZMÁN (coord.), *Neopunitivismo y neoinquisición*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 226-240.

[29] ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 90. Nótese que MORGENSTERN busca sustento constitucional para la doctrina de la cosa juzgada írrita y lo hace, por caso, con referencia al preámbulo constitucional (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 23).

[30] En la alternativa de la ponderación, nos referimos al interés estatal y al *ne bis in idem* como principios. Sobre la dimensión del *peso* de los principios, explica DWORKIN que "no puede haber, por cierto, una medición exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia" (*Los derechos en serio*, Ariel Derecho, 2010, pp. 77-78).

[31] ALEXY, *supra* nota 29, p. 92.

[32] A esta conclusión puede arribarse si se consulta la posición de MAIER. Él advierte que la importancia del principio reside en su significado como garantía de seguridad individual, propia de un derecho penal liberal de un Estado de Derecho. Así, explica que estos principios "se traducen en valores que alcanzan la cúspide de nuestro orden jurídico, cuyo centro es el individuo que se coloca bajo la vigencia del orden jurídico nacional, valores que, por tanto, aparecen como *superiores* en rango a la misma potestad penal del Estado y, en nuestra materia, específicamente, a la misma facultad de realización (persecución penal) del Derecho penal material y a su eficacia" (MAIER, *supra* nota 3, p. 476).

que resulta inviable la utilización de un mecanismo de ponderación o *balancing test* para la resolución de litigios entre intereses generales y derechos individuales.[33]

Ahora bien, el ensayo parece sugerir, paralelamente, otra alternativa argumental. Esta propuesta de justificación tiene su eje en la idea de que ocupar el banquillo de los acusados en un proceso penal no implica, necesariamente, estar siendo *perseguido penalmente*.[34] Ello es así pues, como explica MORGENSTERN, los vicios que exhiben las investigaciones fraudulentas —que se traducen en la inexistencia de un riesgo efectivo de condena— impiden calificarlas como auténticas persecuciones penales y reconocer a sus decisiones conclusivas los efectos de la cosa juzgada.[35] Entonces, según esta visión, la revisión de la cosa juzgada no implicaría una *reiteración* de la persecución pues, en rigor, la que habría ocurrido en primer lugar no puede ser considerada tal.

Esta alternativa tiene la virtud de no obligar al juzgador a comprometerse con una interpretación más restrictiva del *ne bis in idem* —*v. gr.* una que solamente prohíba la doble *condenación* penal—. Más aun, esta justificación se sustenta en los fundamentos mismos de la garantía, pues si vedamos múltiples procesos por la necesidad de evitar el sometimiento del imputado a reiterados *riesgos de persecución*, la inexistencia de ese riesgo en la persecución inicial dejaría sin razón de ser a la prohibición. Sin embargo, este punto también podría exigir algunas precisiones adicionales.

Cuando nos referimos al fundamento de la regla *ne bis in idem*, solemos asociar las molestias y restricciones de derechos que el imputado padece con el riesgo de condena,[36] pero esos elementos

[33] Véase, por caso, las tres razones que ofrece TOLLER para justificar esta imposibilidad en "Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales", en RIVERA(h)/ELÍAS/GROSMAN/LEGARRE, *supra* nota 12, p. 177.

[34] "Así como comprar un piano no te convierte en pianista, figurar formalmente como imputado en un proceso que es una impostura, un mero juego de marionetas, no hace que juegue la garantía contra el doble juzgamiento" (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 36).

[35] "[E]l juicio al que alude la Constitución Nacional dos veces en el art. 18 asignándole ciertas consecuencias, es un procedimiento tramitado en forma legal, no uno fraudulento" (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 181).

[36] Al referirse a la cuestión, MORGENSTERN acude a las formulaciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre caso "Polak", ocasión en la que el máximo tribunal afirmó que "a partir del fundamento material de la [garantía del *ne bis in idem*] no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable" ("Polak, Federico Gabriel s/ violación de los deberes de funcionario público s/ casación", 15 de octubre de 1998, *Fallos*: 321:2826, del considerando 17 del voto de la mayoría).

podrían ser considerados separadamente.[37] Si hacemos eso, entonces la inexistencia de un riesgo de condena —provocada, por ejemplo, por haber sido sobornados todos los jueces del tribunal oral— podría no importar, necesariamente, que el proceso no haya importado restricciones graves para los derechos del imputado —*v. gr.* encarcelamiento preventivo, excesiva duración, etcétera—. De este modo, si el fundamento de la prohibición se vincula también con la evitación de estos padecimientos —y no sólo de un nuevo riesgo de condena—, la mera ausencia de ese riesgo no sería suficiente para autorizar una segunda persecución. Pareciera, sin embargo, que no es ésta la conclusión a la que arriba MORGENSTERN, quien si bien admite que son reconocibles los padecimientos y molestias antes mencionados, entiende que esos costos no son inaceptables en los procesos en los que no hubo *riesgo efectivo*.[38] Restaría precisar, entonces, si esto se debe a que la prohibición constitucional sólo prevendría la reiteración del riesgo de condena[39] o bien que, a fin de cuentas, debemos aquí también usar un argumento de ponderación.

(b) Sobre la determinación de los casos en los que sería permisible la revisión

Es claro que, para cualquier argumentación de MORGENSTERN, desempeña un rol central la noción de *riesgo procesal*: en la primera, determina la prevalencia, en un caso concreto, de un principio sobre otro y, en la segunda, da cuenta de la imposibilidad de afirmar la existencia de una *reiteración* de la persecución. Por esa razón, es imprescindible que acordemos a qué nos referimos cuando hablamos de *ausencia de riesgo*.

MORGENSTERN asume esta necesidad y, por ello, advierte que los supuestos de cosa juzgada írrita o fraudulenta deben ser determinados "con el mayor grado de refinamiento posible"[40] y que

[37] Por ejemplo, OTTAVIANO señala que a la luz de la prohibición de la doble persecución podrían considerarse "todos los males que un proceso penal acarrea" o bien únicamente "la posibilidad de resultar condenado" (OTTAVIANO, *supra* nota 12, P. 245).

[38] MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 31.

[39] Desde esta perspectiva explica OTTAVIANO la noción de *jeopardy* desarrollada por la Corte Suprema de EEUU, que ha definido "a partir de qué momento del primer proceso se fija el riesgo relevante desde la perspectiva del *double jeopardy*" y que lo vincula con "la efectiva instauración de un jurado". No se consideran, entonces, "los riesgos padecidos en las etapas preliminares de investigación". El autor propone, seguidamente, una visión "más abarcadora" que considere "también otras situaciones como la duración del primer proceso (independientemente de su grado de avance) y las injerencias efectivamente soportadas por el imputado" (OTTAVIANO, *supra* nota 12, p. 246).

[40] MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 6.

no pueden incluir cualquier clase de error en la persecución.[41] Sin embargo, bajo la noción de *inexistencia de riesgo* engloba situaciones bastante diferentes, que incluyen, entre otros, la fabricación intencionada de un proceso para obtener la impunidad de una persona, la coacción a un magistrado, el cohecho o simplemente la conducta gravemente negligente del investigador.

Dada su indiscutible relevancia, hubiese sido preferible un mayor grado de determinación de esas condiciones. Cuando menos, podríamos preguntarnos si, en efecto, es posible afirmar con certeza la inexistencia de riesgo de condena en casos de impericia en la conducción de una investigación o si, en cambio, para ello es necesario que los responsables del fraude hayan tenido pleno dominio del curso causal, circunstancia asociada a una manipulación dolosa o intencionada del proceso.[42]

El caso que quizás despierte menos inquietudes es el del imputado que participa en el fraude dirigido a conseguir su absolución. Aquí, además de la inexistencia de riesgo de condena, contamos con una razón adicional —ya sea para determinar la precedencia del interés general sobre el derecho individual o bien para negar la existencia de una auténtica persecución penal—. En estos casos, es la propia conducta del imputado la que podría justificar que sea desprovisto de legitimación para reclamar la protección de la garantía.[43] Como bien explica MORGENSTERN, aquí "la negativa a permitir que un sobreseimiento fraudulento impida un segundo proceso también tiene fundamento en la idea de que a nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o ilícito".[44] Sin embargo, como fue advertido anteriormente, el autor no reduce la posibilidad de revisión a estos supuestos, pues entiende que "lo decisivo no es la competencia del absuelto y su conducta antijurídica para propiciar su sobreseimiento, sino el carácter fraudulento del fallo".[45]

[41] "Un error en el proceso que no es imputable al acusado y que no obedece a una decisión deliberada para sabotear la búsqueda de la verdad no puede ser un motivo para deshacer un sobreseimiento, porque si no se vacía la garantía del *ne bis in idem*" (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 46).

[42] Para determinar la existencia de una conducción dolosa de la investigación y del dominio del curso causal, podríamos acudir a ciertos institutos que ofrece la dogmática penal, o quizás también analizar los desarrollos que han sido efectuados en torno a la noción del Estado que "no quiere investigar", propia de las reglas de complementariedad en la intervención de tribunales internacionales como la Corte Penal Internacional (cf. art. 17 del Estatuto de Roma).

[43] Como explica MORGENSTERN, "negar la protección de la cosa juzgada en estos supuestos es consistente con los principios del *double jeopardy*, porque cuando un acusado manipula indebidamente el proceso y hace que (o contribuye a que) no exista el riesgo asociado tradicionalmente a una acusación penal, desiste tácitamente de un eventual reclamo al *finality* de la decisión o a que se acabe la ansiedad" (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 56).

[44] MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 47.

[45] MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 43.

IV. La falta de una norma, un problema aparte

En la visión de MORGENSTERN, que nuestras leyes procesales no prevean un recurso o acción de revisión en sentido acusatorio[46] no es un obstáculo para la aplicación de la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta. Entre las razones que esgrime para sustentar esta afirmación se destacan que "el Derecho argentino ya receptó la nulidad por cosa juzgada írrita" y que "la evaluación de la existencia de la cosa juzgada írrita es inevitablemente específica y casuística, y tampoco se debe pretender cargar el asunto con un nivel de precisión que no puede soportar" .[47]

Sin embargo, quedó pendiente el estudio de esta cuestión a la luz de la exigencia de *legalidad* en el proceso penal. Si toda injerencia estatal en el ámbito de una libertad individual debe estar precedida de una autorización normativa que, a su vez, debe reunir determinados recaudos —*v. gr.* ser previa, cierta, estricta—[48], el argumento de autoridad vinculado con la actividad de nuestros tribunales —cuya falibilidad es eje de la obra que aquí reseña—, o bien con las dificultades que podría presentar la determinación precisa de los motivos de revisión, podrían resultar insuficientes para descartar este problema constitucional.

V. A modo de conclusión. La investigación de casos de corrupción.

Si bien MORGENSTERN no circunscribe su propuesta a los procesos penales seguidos por delitos vinculados con hechos de corrupción, es claro que estos casos son el eje de sus preocupaciones. Cabría preguntarse, entonces, si son las peculiares características de estos procesos las que hacen más probable la existencia de manipulaciones y resultados fraudulentos y, en su caso, si ello justificaría una regulación *ad hoc* para prevenir este tipo de conductas.[49]

[46] Los distintos ordenamientos procesales penales federal, provinciales y de la CABA prevén la revisión de la cosa juzgada sólo *en favor* del imputado. Esta decisión, claro, no es universal. Como ya mencionamos, por ejemplo, el derecho procesal alemán reconoce la revisión de sentencias firmes tanto en favor como en perjuicio del acusado (véase, al respecto, ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2003, pp. 491-499).

[47] MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 66, 115-117.

[48] Esta exigencia determina que todas las actividades judiciales se desarrollen, bajo pena de nulidad, según un rito legalmente preestablecido (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2009, p. 606). Sobre la vigencia de una reserva de ley general en el ámbito procesal penal con fuente en el art. 30 de la CADH, véase PÉREZ BARBERÁ, "Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal" en *Revista En Letra. Derecho Penal*, vol. 1, 2015, pp. 42-86. También analiza la legalidad como requerimiento de legitimidad en el juzgamiento penal DÍAZ en *Aplicación de la ley procesal penal en el tiempo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 42-53 y 53-62.

[49] Nuestro derecho ya contiene algunas medidas del estilo, como la suspensión de la prescripción mientras dura el ejercicio de la función pública (art. 67, CP), pero ellas han demostrado ser insuficientes. Una alternativa podría relacionarse con el

Por otra parte, si bien la falta de sistematicidad del ensayo pudo haber tenido algún costo en términos de claridad expositiva, puede que lo controversial del tema trabajado haya empujado al autor a abordarlo no tanto a través de una explicación metódica, sino más bien desde la refutación de las objeciones que tradicionalmente se esgrimieron frente a la posibilidad de implementar esta clase de revisión. Además, el propio MORGENSTERN advierte al inicio de su obra que ésta carece de una pretensión totalizadora y, en cambio, tiene por objeto "experimentar para romper las costuras de la cosa juzgada írrita".[50] Aun así, su trabajo es de consulta obligada para cualquier lector interesado en los problemas que suscita la revisión de la cosa juzgada en el proceso penal.

incremento del control ciudadano en esta clase de investigaciones. Sólo para mencionar una propuesta, BINDER advierte que la persecución penal de la corrupción de los funcionarios públicos es problemática y, aunque con ciertos reparos, considera que es preferible dejar abierta la posibilidad de implementar en estos casos la *acción popular* (BINDER, *Derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, p. 537).

[50] MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 6-7.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistematicidad y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración y/o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del/de los autor/es. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (de ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de "(ed.)" y, si es compilador, de "(comp.)". En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo "/", y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al*. (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis "(eds.)" y si son compiladores "(comps.)".

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van "entre comillas dobles". En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, "¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, "El desistimiento de la tentativa. La 'voluntariedad' como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal", en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, "New Court, Old Dogmatik", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los "autos" (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, "Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case", 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Sólo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el día 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, "'Umräumen von Möbeln' auf offener Bühne", en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, "§ 242", en S/S-StGB, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por éste. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquél y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA:

DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

***

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que éstos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).

***

EN LETRA
DERECHO PENAL

Año II, N.º 4
Mayo de 2017

Director:
Leandro A. Dias

Secretaria de Redacción:
Carla Salvatori

Comité Editorial:
José R. Béguelin
Cindi Bertola
Antonella Donnes
Santiago Mollis
Juan Nascimbene
María Belén Rodríguez Manceñido
Paula Scianca Luxen

Consejo Académico:
Kai Ambos
María Laura Böhm
Hernán Bouvier
Alejandro Chehtman
Luis Chiesa
Fernando Córdoba
Marcelo Ferrante
George P. Fletcher
Luís Greco
Hernán Gullco
Alejandro Kiss
Máximo Langer
Marcelo D. Lerman
Marina Lostal Becerril
Ezequiel Malarino
Juan Pablo Montiel
Héctor Olásolo Alonso
Daniel Pastor
Gabriel Pérez Barberá
Marcelo A. Sancinetti
Eugenio Sarrabayrouse
Patricia Ziffer